JUSTICIA Razón

Año 8 • Número 16 • Julio - Diciembre 2018

La labor de un presidente del Poder Judicial

Importancia de la teoría general del derecho para el operador jurídico en la solución de casos

Maternidad gestacional subrogada:

Diversidad contractual y

conflictos de filiación

Igualdad, no discriminación y derechos humanos

La restricción de los derechos humanos (y de igual naturaleza) por parte de las autoridades del Estado

> Pensión alimentaria retroactiva: Una propuesta

El derecho a la propiedad y la prohibición de las constancias anotadas

> La perención de la instancia: un incidente de la instancia en materia inmobiliaria

Amplitud de acceso en el sistema de justicia constitucional dominicano, a la luz del derecho comparado

> Análisis jurídico de la película "Disclosure"

Informe de avances Compromisos

Cumbre Judicial Nacional

Igualdad no discriminación y Derechos Humanos

Mag. Martha Cristina Diaz Villafaña



CONSEJO EDITORIAL

Presidente Mariano Germán Mejía Presidente del Poder Judicial

Miembros Manuel Ramón Herrera Carbuccia Juez Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia

July E. Tamariz Nuñez Jueza de la Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional

Olga M. Altagracía Guzmán Ruiz Jueza de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Departamento Judicial de San Cristóbal

Yoaldo Hernández Perera Juez del Tribunal Superior de Tierras del Departamento Central

Katty A. Soler Báez Jueza de la Tercera Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Nacional

Luis Borges Carreras Muñoz Juez de la Segunda Sala del Juzgado de Paz Municipal del Distrito Nacional

Gervasia Valenzuela Directora de la Escuela Nacional de la Judicatura

> Yildalina Tatem Brache Directora de Políticas Públicas

> > Odé Coplin

Directora del Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (CENDIJD)

Yildalina Tatem Brache
Directora de Políticas Públicas

Coordinación
Equipo de la Dirección de
Políticas Públicas

REDACTORES DE ESTA EDICIÓN

MARIANO GERMÁN
JOSÉ A. CRUCETA
VÍCTOR JOSÉ CASTELLANOS ESTRELLA
MARTHA CRISTINA DÍAZ VILLAFAÑA
JUAN FRANCISCO CARVAJAL CABRAL
ARÍSTIDES DALMIRO HEREDIA SENA
BAYOAN RODRÍGUEZ PORTALATÍN
KATE ECHAVARRÍA PIMENTEL
VLADIMIR M. ROSARIO GARCIA

Fotografia Isbelia Martinez Rosa Reynoso

Diseño de portada Amaury Antonio Silva Nuñez

Corrécción de estilo Mayra Arbaje Lembert

Diagramación José Miguel Pérez Nery

Impresión Editora Corripio República Dominicana 2018

CONTENIDO

- 1 ¿Cómo publicar un artículo?
- 4 Dicen que no hablan las plantas (poema).
- 6 La labor de un presidente del Poder Judicial
- 20 Importancia de la teoría general del derecho para el operador jurídico en la solución de casos
- 52 Maternidad gestacional subrogada: Diversidad contractual y conflictos de filiación
- 62 Igualdad, no discriminación y derechos humanos
- 74 La restricción de los derechos humanos (y de igual naturaleza) por parte de las autoridades del Estado
- 80 La pensión alimentaria retroactiva: Una propuesta
- 88 El derecho a la propiedad y la prohibición de las constancias anotadas.
- 94 La perención de la instancia: un incidente de la instancia en materia inmobiliaria
- 100 Amplitud de acceso en el sistema de justicia constitucional dominicano, a la luz del derecho comparado
- 104 Análisis jurídico de la película DISCLOSURE (Acoso)
- 112 Informe de Avances Compromisos Cumbre Judicial Nacional
- 171 INFOJURIS.



Imágen de portada.

JUSTICIA & Razón

La revista semestral Justicia & Razón es relativa a la ciencia jurídica que se interesa en publicar escritos que versen sobre el Derecho con todas sus ramas y en materias afines que pueden ser no jurídicas.

Está orientada a la divulgación de estudios, ponencias, ensayos, investigaciones, jurisprudencia y demás documentos tratados con rigor conceptual, académico, metodológico y sobre todo original, de interés para la comunidad académica, respetando la diversidad de opiniones y libertad de expresión.

A través de Justicia & Razón, el Poder Judicial busca fomentar la exposición, análisis y reflexión académica de temas de interés jurídico y de actualidad susceptibles de impactar en el quehacer judicial para así contribuir al enriquecimiento de la doctrina y jurisprudencia utilizadas como herramientas de interpretación y aplicación de normas por los servidores del sistema de justicia dominicano en sus distintas áreas.

http://poderjudicial.gob.do/publicaciones/justicia_razon/justicia_razon.aspx

Tel.: 809-533-3191 · Ext. 2237 · Email: cce@poderjudicial.gob.do

Todos los derechos reservados.

¿Cómo publicar un artículo?

CONDICIONES DE FORMA

Los jueces, juezas y demás servidores judiciales que estén interesados en publicar un artículo en la Revista Justicia & Razón, deben acogerse a las disposiciones contenidas en el Reglamento de la misma, así como a la Política de Publicaciones del Poder Judicial (ver Resoluciones núms. 10-2013 y 12-2013 del Consejo del Poder Judicial, de fecha 12 de agosto de 2013) y remitir su escrito en un original y en versión electrónica al Comité de Comunicación y Editorial (cce@ poderjudicial.gob.do), manifestando su interés de someterse a dichas disposiciones y de que su escrito sea sometido al Consejo Editorial para su evaluación y recomendación de publicación.

El artículo a remitir debe estar estructurado de la siguiente manera:

- a) Portada, la cual contendrá:
 - Título del artículo.
 - Nombre del articulista, seguido de su cargo dentro del Poder Judicial y su correo institucional.
 - Un breve perfil con información en los siguientes renglones: formación y estudios universitarios relevantes, labor docente (si aplica), labor doctrinal (si aplica). Este perfil no debe superar las 100 palabras.
 - Resumen: el cual irá en cursiva y en el que el articulista expondrá de manera precisa y concisa de qué trata el artículo. Este resumen no podrá exceder de las 75 palabras.
 - Palabras clave: estas son palabras o términos que más hacen destacar el contenido del artículo, o lo que sería lo mismo, categorías.
- Cuerpo o desarrollo del artículo. Dado el carácter de la revista, sólo aceptarán artículos originales o inéditos que sean el resultado de estudios, investigaciones jurídicas, ensayos y/o reflexiones expuestas en congresos/seminarios. Deberá tener las siguientes características:
 - Extensión: Los artículos no tienen límite en la extensión de palabras.
 - Tipografía: los artículos deben ser enviados en un documento de Microsoft Word, en letra tipo Cambria, tamaño 13, interlineado sencillo.
 - Imágenes: En caso de proveer alguna imagen para ilustrar su artículo, deberá incluirlas en archivos separados del documento de texto, en formato jpg y con una resolución mínima de 200 dpi.
- Bibliografía. En ella vamos a enlistar todas las fuentes que hemos empleado, tanto las que citamos como las que no.
 - Para estructurar la bibliografía, debe consultar la "Guía de Estilo" de la Resolución núm. 10-2013, de fecha 12 de agosto de 2013, del Consejo del Poder Judicial sobre la Política de Publicaciones del Poder Judicial. Adicional a estas, debe tener en cuenta lo siguiente:
 - Referencias a la jurisprudencia dominicana. Al citar jurisprudencia nacional el autor deberá referirse de manera directa a la sentencia citada, y no a resúmenes jurisprudenciales.
 - Las referencias a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) deberán contener toda la información necesaria para que cualquier lector interesado pueda consultar fácilmente la sentencia citada, tanto en los boletines judiciales impresos como en línea, en el portal del Poder Judicial (www.poderjudicial.gob.do).



Para las sentencias de otros tribunales, se deberá indicar: a) nombre del tribunal; b) cámara que ha dictado la sentencia, si la hubiere; c) fecha de la sentencia; d) número de la sentencia; e) indicación de la fuente si ha sido impresa o puesta en internet, o indicación de que no ha sido publicada.

Ejemplos:

Sentencia de la SCJ impresa en boletines judiciales antes de la división en **cámaras en 1991**: SCJ, 8 de septiembre de 1978, B.J. 814, p. 1645.

Sentencia de la SCJ impresa en boletines judiciales después de la división en cámaras en 1991: SCJ, 1ª Cám., 10 de enero de 2007, núm. 15, B.J. 1154, p. 113.

Sentencia de la SCJ publicada en el portal de la SCJ: SCJ, 1ª. Cám., 3 de junio de 2009, núm. 10, B.J. 1183, en línea, www.suprema.gob.do [consulta: 7 de marzo de 2010].

Sentencia de Corte de Apelación: C. de Apel. del Distrito Nacional, 1ª Sala, 7 de marzo de 2010, núm. , sin publicar.

Referencias a la jurisprudencia francesa. Se anotará: a) nombre del tribunal o su abreviatura, b) identificación de la cámara, si la hubiere, c) fecha y d) procedencia notas,

Ejemplos:

Cas. civ., 29 de diciembre de 1947, D. 1948.127.

Cas. 2^a civ., 1 de abril de 1968, D. 1968.653, nota R. Savatier.

C. de Apel. de Riom, 6 de julio de 1989, D. 1990.284, nota Ph. le Tourneau

Trib. de G. Inst. de Bobigny, 15 de dic. de 1976, D.1\977.245.

C. de Apel. de Angers, 11 de abril de 1946, JCP 1946. II.3163.

Cas. 1^a civ., 6 de diciembre de 2007, [en línea],

http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do

[Consulta: 7 de marzo de 2010].

Referencias a otras jurisprudencias.

Ejemplos:

España, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de dic. de 2006, [en línea], www.poderjudicial.es/jurisprudencia [consulta: 7 de marzo de 2010].

Estados Unidos, Suprema Corte, Brown v. Helvering, 291 U.S. 193, 203 (1934).

Estados Unidos, Corte Federal de Apelación del 1er. Circuito, Wilson v. Mar. Overseas Corp., 150 F.3d 1 (1st Cir. 1998).

RECEPCIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deberán enviarse por correo electrónico a: cce@poderjudicial.gob.do

Los artículos podrán ser rechazados sin pasar por el proceso de revisión, por no cumplir con los criterios editoriales de la revista.

Para más información, puedes contactar al Comité de Comunicación y Editorial vía cce@poderjudicial.gob.do o en teléfono 809.533.3191 ext. 2237.

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA





Para la Escuela Nacional de la Judicatura es de grato placer contar con el interés de usted en participar en alguna de las actividades de formación Continua, dirigida a los(as) Servidores del Poder Judicial y la Defensa Pública. Nos honraría con su pre-inscripción ingresando a la página Web de la ENJ: http://enj.org/web/servicios/admisiones.html

En el trimestre Octubre-Diciembre 2018, nuestras áreas de estudios ofrecerán las siguientes capacitaciones:

PROGRAMACIÓN TRIMESTRE OCTUBRE-DICIEMBRE 2018

Ciclo Octubre - Diciembre 2018

IDIOMAS

- · Inglés para Servidores Judiciales Santiago
- Portugués para Servidores Judiciales Distrito Nacional

POSGRADO

 Especialidad en Redacción Expositiva y Argumentativa de las Decisiones Judiciales

CURSOS PRESENCIALES Y DIPLOMADOS

- · Diplomado Derecho Penal Económico
- · Diplomado Técnica para el Manejo de Archivo
- Curso Cuestiones Incidentales en el Proceso Civil Dominicano
- · Curso Resolución Alterna de Conflictos
- Curso Razonamiento, Argumentación y Estructuración de las Decisiones Judiciales
- · Curso Estrategia en el Proceso Penal
- Curso Judicialización de la Ejecución de las Sanciones Penales
- · Curso Sociedades Comerciales
- · Curso Especializado en Responsabilidad Civil
- · Curso Precedente Constitucional
- Curso Teoría de la Justicia
- Curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- · Curso Derecho Inmobiliario y Registral

CURSOS VIRTUALES Y SEMIPRESENCIALES

- · Curso Derecho Comercial
- Curso Práctico de Lavado de Activos
- · Curso Práctico en Extinción de Dominio
- · Curso Derechos Inespecíficos en la Relación Laboral

TALLERES Y SEMINARIOS

- · Seminario Libertad de Expresión
- Taller Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Servicios Públicos
- · Taller Relaciones Humanas y Desarrollo Personal
- · Taller Manejo del Estrés y Trabajo bajo Presión
- · Taller Comunicación Asertiva
- Taller Oratoria
- · Taller Ley de la Actuación del Notario
- · Taller Conceptos Fundamentales del Derecho
- Taller Bloque de Garantías Constitucionales II: Hábeas Corpus
- · Taller Sensibilización de Género
- · Taller Gestión Administrativa del Tribunal
- · Taller Estrategias en el Proceso Laboral
- Taller Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad
- Taller Bloque de Garantías Constitucionales I: Hábeas
 Data
- Taller Ley 63-17 de Movilidad, Transporte, Tránsito y Seguridad Vial
- Taller Sobre Ley de Armas
- Seminario Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad

Dicen que no hablan las plantas

Dicen que no hablan las plantas, ni las fuentes, ni los pájaros, Ni el onda con sus rumores, ni con su brillo los astros, Lo dicen, pero no es cierto, pues siempre cuando yo paso, De mí murmuran y exclaman: –Ahí va la loca soñando Con la eterna primavera de la vida y de los campos, Y ya bien pronto, bien pronto, tendrá los cabellos canos, Y ve temblando, aterida, que cubre la escarcha el prado.

-H<mark>ay canas en mi</mark> cabeza, hay en los prados escarch<mark>a,</mark> Mas yo prosigo soñando, pobre, incurable sonámbula, Con la eterna primavera de la vida que se apaga Y la perenne frescura de los campos y las almas, Aunque los unos se agostan y aunque las otras se abrasan.

Astros y fuentes y flores, no murmuréis de mis sueños, Sin ellos, ¿cómo admiraros ni cómo vivir sin ellos?

Rosalía de Castro

JUSTICIA & Razón

Magistrado / Magistrada

Te interesaría publicar tus artículos jurídicos en nuestra revista?



Comité de Comunixcaciones y Editorial del Poder Judicial Tel.: 809-533-3191 ext. 2237 • cce@poderjudicial.gob.com



MARIANO GERMÁN MEJÍA

Magistrado Presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo del Poder Judicial República Dominicana magerman@poderjudicial.gob.do

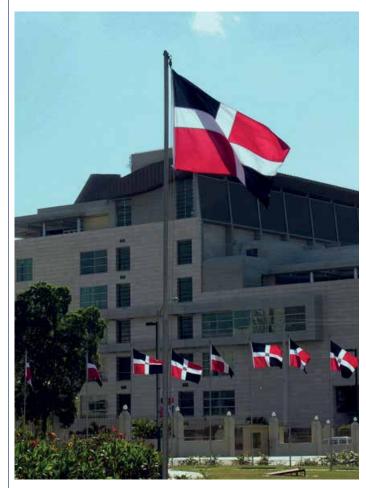
Fue designado como Juez Presidente de la Suprema Corte de Justicia por el Consejo Nacional de la Magistratura, en la sesión del 22 de diciembre de 2011, posición que le atribuye de pleno derecho la presidencia del Consejo del Poder Judicial.

Ha sido docente universitario en las materias de procedimiento civil, derecho de las obligaciones, responsabilidad civil, derecho del trabajo, derecho de personas, entre otras. Fue miembro de la comisión redactora del anteproyecto del Código de Ordenamiento de Mercado y Redactor del anteproyecto del Código de Procedimiento Civil. Ha sido reconocido por diversas instituciones, como la Universidad Autónoma de Santo Domingo, el Colegio de Abogados, y entidades políticas y privadas. Fue miembro suplente de la Junta Central Electoral en el año 1992 y Director del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones en el año 2000. Procurador General de la República en los años 1998-1999.

Ha realizado varias publicaciones de doctrina, como son: Vías de Ejecución (Tomo I y II), La Responsabilidad Civil Dominicana: antecedentes y evolución, entre otras. Además, ha escrito artículos para revistas y periódicos de circulación nacional.

LA LABOR DE UN PRESIDENTE DEL PODER JUDICIAL

THE WORK AS PRESIDENT OF THE JUDICIAL POWER



RESUMEN:

A través de este escrito se presenta un recorrido de los siete años de gestión liderada por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo del Poder Judicial, los avances logrados y desafíos enfrentados.

PALABRAS CLAVES:

Poder Judicial, Presidente, Jueces, Tribunal, Administración de justicia, Consejo del Poder Judicial.

Recibido el 29/08/2018 Aprobado 30/8/2018

ABSTRACT:

This text presents the administration of the Judicial Power led by the President of the Supreme Court of Justice and Counsel of the Judicial Power, highlighting its successes and challenges during the last seven years.

KEY WORDS:

Judicial Power, President, Judges, Court, Administration of justice, Counsel of the Judicial Power.



'nicio estas líneas con un sabio refrán del filósofo griego Heráclito "Nadie se baña Len el río dos veces porque todo cambia en el río y en el que se baña", reconociendo que todos los días el mundo y el país cambian, también lo hace el Poder Judicial; y en vista de que todo tiene que transformarse permanentemente, debemos decir que recibimos un Poder Judicial con una realidad definida. Cuando inicié mi gestión de Presidente en el Poder Judicial de la República Dominicana realicé viajes en todos los Departamentos Judiciales para levantar informaciones internas de las necesidades generales e inmediatas para iniciar las mejorías e implementaciones de políticas públicas que eficientizaran el Poder Judicial, necesidades que se han respondido casi en su totalidad.

Las necesidades van cambiando, por lo que cada año me propuse a que este compromiso tan honorable y delicado como lo es la administración de justicia sea **pronta**, **oportuna**, accesible y veraz; nuestra visión sobre el Poder Judicial, ya que, quien asume y participa en la dirección y administración de un Poder del Estado ha de tener una visión precisa con relación al Estado en general y con relación al poder que dirige. Me permito afirmar con mucho placer que en la justicia dominicana ha habido muchos avances, tanto en su organización como en su eficiencia, pese a que no es un secreto que el Poder Judicial administra fondos insuficientes para sus necesidades. Conjuntamente con mis pares en dicho tribunal se le ha dado seguimiento a las tareas en curso por ante esta jurisdicción, dándole cumplimiento a lo que dispone el Artículo 180.1 de la Constitución vigente.

En el ámbito administrativo institucional nos encontramos con un Consejo del Poder Judicial, como órgano deliberativo, compuesto por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien la preside, y por cuatro jueces libremente elegidos por sus pares, y bajo cuya orientación realizan sus trabajos diarios: sus órganos operativos integrados por la Secretaría General, la Dirección General de Administración y Carrera Judicial, la Dirección General Técnica, la Inspectoría General y la Escuela Nacional de la Judicatura.

Por debajo de estos órganos operativos funcionan los órganos consultivos, compuestos por: el Comité de Compras y Licitaciones, el Comité de Retiro, Pensiones y Jubilaciones, el Comité de Gestión Operativa de la Jurisdicción Inmobiliaria, el Comité Técnico Operativo de Registro de Títulos y el Comité Técnico Operativo de Mensuras, así como las Comisiones Permanentes del Consejo: la Comisión de Evaluación del Desempeño y Promoción, la Comisión Disciplinaria, la Comisión de Seguridad Social, la Comisión de Seguimiento a la Jurisdicción Inmobiliaria, la Comisión de Publicaciones Impresas y Digitales, la Comisión de Niñez, Adolescencia, Familia y Género, la Comisión de Armonización de las Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia y el Consejo del Poder Judicial, la Comisión Permanente de Oficiales de la Justicia, la Comisión Permanente de Selección y Reclutamiento de Servidores Administrativos. De cada una de estas comisiones forma parte uno de los Consejeros.

La función judicial de la Suprema Corte de Justicia consiste pues en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o jurídicas, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (Art. 149, Párrafo I de la Constitución). Recibimos un Poder Judicial con atribuciones jurisdiccionales y administrativas separadas y concebidas constitucionalmente con criterios democráticos. En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia que he presidido durante el periodo designado ha tenido a su cargo las funciones jurisdiccionales que le atribuyen la Constitución y las leyes, así como las funciones de designar los jueces que están jerárquicamente colocados por debajo de ella; en tanto que, la administración del Poder Judicial está a cargo del Consejo del Poder Judicial.

Según el economista francés *Henry Gitton*: "Mientras las necesidades se multipliquen día a día, los bienes sólo se suman, por lo tanto, siempre habrá necesidades insatis**fechas**". Afirmación aplicable a los servicios que ofrece el Poder Judicial. En efecto, la sociedad dominicana siente necesidad de justicia y nos demanda más y mejores servicios de esta naturaleza. Nos demanda servicios

más asequibles y más rápidos, pero sobre todo, servicios de más calidad.

Siempre habrá la sensación de insatisfacción, pero asumí el reto de que conjuntamente con mis pares en dicho tribunal contribuyamos a acercarnos más y más a una justicia bien servida, ya que sólo con una justicia bien servida habrá paz.

Por tanto, hemos garantizado el respeto a la supremacía de la Constitución y a las normas relativas a los derechos fundamentales. Ningún país ha salido de la violencia, ha construido la paz y el desarrollo, sin respeto a la legalidad y a la constitucionalidad, que es una preceptiva legal superior a la conocida legalidad ordinaria. Igualmente hemos salvaguardado el principio consagrado en el numeral 4 del Artículo 64 de la Constitución de la República, según el cual los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos con el mandato de la Constitución.

Hemos luchado arduamente y continuaremos luchando por la igualdad de género y por la oportuna intervención en los casos de violencia intrafamiliar, así como la garantía de la niñez y la adolescencia. También hemos respetado los convenios de colaboración que ha firmado la Suprema Corte de Justicia con entidades especiales, organizaciones de la sociedad civil, universidades y gremios profesionales.

Hemos sido diligentes a través de la inspectoría, que se ha encargado de vigilar los actos de los jueces y demás servidores del sector justicia, lo que ha permitido mantener la ética y la probidad de la justicia suspendiendo y expulsando a los Jueces y servidores judiciales que no se apegaron a los principios éticos del Poder Judicial, pero reconociendo a su vez el trabajo a los que se apegan a las normas, respetando siempre el escalafón y que cada quien ascienda por sus méritos.

Citando al gran filósofo Sócrates: "Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y

decidir imparcialmente". En tal sentido La Escuela Nacional de la Judicatura ha hecho posible que cada día haya más jueces eficientes, como fruto de un mayor nivel de capacitación y más jueces en condiciones de ofrecer una justicia más pronta y cumplida dentro de los sistemas procesales existentes. Un juez capacitado tiene condiciones para ser independiente y por lo tanto, para arbitrar con mayor exactitud y justicia, así como para manejar con más agilidad los diferendos que la ciudadanía ponga en sus manos. La capacitación es el eje fundamental de la reforma de todo el sistema judicial. Con jueces capaces caminamos hacia la construcción de un Poder Judicial más actualizado y más justo. La Escuela Nacional de la Judicatura ha formado jueces capaces. Las vistas públicas para la selección de los miembros de las Altas Cortes que recién han sido juramentados y tomado posesión han dejado sorprendido al país. La capacidad exhibida por los participantes en dicho evento es asombrosa. Pero esa capacidad necesita ser incentivada.

Desde la Escuela Nacional de la Judicatura, institución formadora y capacitadora de jueces y servidores judiciales, en el año 2017, el Poder Judicial:

- Desarrolló los Programas de Formación de Aspirantes a Jueces de Paz, dando como resultado que desde sus aulas se hayan integrado al servicio judicial 75 nuevos jueces de paz;
- 2. Desarrolló diversos programas formación continua dirigidos a jueces, servidores judiciales administrativos y defensores públicos;
- Impartió diversos cursos de profundización de conocimientos, talleres, seminarios, maestrías, entre otros. Con la finalidad de garantizar la calidad de la docencia y ampliar los temas educativos, la Escuela Nacional de la Judicatura firmó, en el año 2016, diversos acuerdos de colaboración y se recibieron relevantes aportes de:
 - El Centro Cultural de Brasil, representado por el señor Embajador de

- b. El Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán, Provincia de Argentina, representado por Dr. Daniel Oscar Posse.
- La Escuela Judicial de Salta, Provincia de Argentina, representada por Dr. Guillermo Félix Díaz.
- d. La Universidad de Castilla la Mancha, representada por el señor Rector Miguel Ángel Collado.
- El Ministerio de la Mujer, representado por la señora Ministra, Licda. Jeannette Camilo.
- f. La Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, representada por su Directora, Licda. Yocasta Guzmán.
- De otras instituciones y entidades.

Del Consejo del Poder Judicial, según el artículo 156 de la Constitución de la República, el Consejo del Poder Judicial es el órgano permanente de administración y disciplina del Poder Judicial; por lo que, en sus sesiones celebradas en el finalizado año 2017, los 2,363 temas que se conocieron y decidieron giraron alrededor de:

- Las acciones de personal;
- La elaboración y ejecución presupuestaria;
- La vigilancia de la disciplina, tanto en el ámbito de los servidores administrativos judiciales como en el ámbito de los jueces;
- Los actos Administrativos de la Jurisdicción Inmobiliaria;
- Las relaciones institucionales;
- Las relaciones internacionales, el combate a la mora judicial;
- Las políticas de mejores servicios a la población que recurre al sistema de justicia;
- La aplicación de políticas dirigidas a la protección de personas vulnerables: mujeres, niños, niñas y adolescentes, envejecientes y discapacitados;

- Los trabajos de investigación, inspectorías, auditorías contables y financieras. Como acciones concretas de la aplicación de dichas políticas administrativas me permito hacer constar:
 - A) La creación de las Comisiones Regionales con el objetivo de dar seguimiento a los acuerdos de la Cumbre Judicial, en las cuales, desde una mesa común, se trabajan: las acciones diarias, las necesidades, las medidas a implementar y los logros por cada departamento iudicial.
 - B) La descentralización de los servicios ofrecidos en la Jurisdicción Penal de la provincia Santo Domingo, la cual ha pasado a una nueva organización con los siguientes componentes:
 - 1. El traslado a Los Mameyes de la Cámara Penal de la Corte de Apelación de Santo Domingo; permitiendo que haya más espacio para los Tribunales de Primera Instancia y las otras dependencias del sistema que funcionan en el local de la Avenida Charles de Gaulle.
 - 2. La puesta en funcionamiento en la demarcación de Las Caobas de un Tribunal de Atención Permanente, el Sexto Juzgado de Instrucción y el Tercer Tribunal Colegiado.
 - 3. La puesta en funcionamiento en el mismo sector de Las Caobas de la Segunda Sala de Trabajo, la Tercera Sala de la Cámara Civil, una Sexta Sala para Asuntos de Familia y el Juzgado de Paz de Santo Domingo Oeste.
 - 4. La puesta en funcionamiento de un Juzgado de Paz y la Cuarta Sala del Juzgado de Trabajo, en el municipio de Los Alcarrizos.
 - 5. A transformaciones estas agregan la puesta en

- funcionamiento de la Sala de Videoconferencia y del Centro de Entrevistas en Higüey, Puerto Plata y la Provincia Santo Domingo.
- C) En materia de Recursos Humanos nos permitimos dar a conocer que durante el año 2017, el sistema de justicia prosiguió su ascendente proceso de capitalización; al efecto:
 - Una vez aprobados los cursos de formación en la Escuela Nacional de la Judicatura, ingresaron al Poder Judicial 76 nuevos Jueces de Paz.
 - 2. Fueron ascendidos 43 magistrados por parte de la Suprema Corte de Justicia, a propuesta del Consejo del Poder Judicial, en atención a los méritos acumulados en el ejercicio de sus respectivas funciones.
 - 3. Se realizaron traslados de 89 jueces, en consideración a un mejor servicio.
 - 4. Ingresaron al servicio administrativo 1,148 nuevos servidores, para garantizar un mejor servicio; y
 - 5. Fueron ingresados a la Carrera Administrativa Judicial 506 servidores, con las condignas garantías que para su retiro lleva consigo el nuevo estatus.
- D) En sus atribuciones disciplinarias, el Consejo del Poder Judicial:
 - 1. Conoció de 150 juicios disciplinarios contra servidores administrativos. Unos culminaron con destituciones, otros con suspensiones, otros con amonestaciones y otros con descargos.
 - 2. Dictó 6 sentencias de destitución de jueces en juicio disciplinario; unas sentencias llevaron consigo suspensiones y otras descargos;

- 3. Realizó 412 diferentes acciones de inspectoría. El Consejo del Poder Judicial ha probado pues su eficacia como institución disciplinaria; y se ha constituido en un espacio de laboriosidad y tenacidad, de cara a las exigencias éticas.
- 4. Ha sentado una firme y afianzada jurisprudencia con relación al Código de Comportamiento Ético y sus 26 principios, ya que todo el que ha cometido violación ha recibido la condigna sanción y ha sido absuelto aquel a quien no se le probó haber cometido falta.
- E) En la Jurisdicción Inmobiliaria fueron acciones relevantes:
 - 1. La implementación del Sistema Integrado de Recepción y Entrega (SURE) en los Tribunales de Tierras.
 - 2. La implementación del Sistema de Digitalización y Gestión de Documentos.
 - 3. La continuación de los trabajos relativos al Plan de Titulación de los Terrenos del Estado.
 - El fortalecimiento de los procesos de los Tribunales de Tierras, mediante la implementación de mejores prácticas Fase I, con miras a:
 - El levantamiento de procesos y documentación de los Tribunales de Tierras del Distrito Nacional.
 - ii. La unificación de criterios con jueces y servidores judiciales de los Tribunales de Tierras del Distrito Nacional.
 - iii. El mejoramiento y diseño de la estructura organizacional del Sistema Integrado de Recepción y Entrega (SURE) en el Distrito Nacional, para ser replicado

10

- F) Con relación a los Registros de Títulos hay lugar a destacar:
 - 1. La implementación del servicio de Ventanilla Exprés en el Distrito Nacional, La Vega, Santiago y Santo Domingo, con proyección a ser replicado en los Registros de Títulos de Moca, Samaná, Higüey, San Cristóbal, Puerto Plata, Santiago Rodríguez y Montecristi.
 - 2. La conclusión del proyecto de creación de la Base de Datos Histórica del Registro Títulos de la Provincia Santo Domingo, para su réplica inmediata en los Registros de Títulos de Santiago, San Francisco de Macorís, Moca, entre otras.
 - La implementación de un sistema de gestión que permitirá disminuir los tiempos de respuesta y que los expedientes se manejen completamente vía digital; y,
 - 4. La continuación de la ejecución del proyecto de Titulación de Inmuebles del Estado, en coordinación con la Comisión designada por el Poder Ejecutivo; lo que permitió la emisión de 4.379 títulos a nivel nacional. en el año 2017, fruto del procesamiento de 1,427 expedientes relativos a 19 Registros de Títulos.
- G) En la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales los avances se alcanzaron mediante:
 - 1. La elaboración de normativas para mejorar los procesos catastrales.
 - 2. La actualización de la plataforma de trabajo para la automatización de los procesos con miras a ofrecer servicios en línea a los usuarios.

- 3. La puesta en marcha de la Oficina Virtual para Mensuras.
- 4. La implementación del Sistema Único de Recepción y Entrega (SURE-Componente Mensuras).
- 5. La conclusión del proyecto para aumentar la capacidad de realizar inspecciones de campo.
- 6. La conclusión de la fase II de la implementación de herramientas para el post proceso de datos crudos del trabajo de los profesionales habilitados (PH).
- 7. La habilitación de los servicios de geolocalización de inmuebles georreferenciados de la Jurisdicción Inmobiliaria.

Reconocemos que en materia inmobiliaria todavía hay mucho que hacer, pero la sociedad y la comunidad jurídica reconocen que estamos transitando por la vía correcta y que se está haciendo lo que se tiene que hacer para su eficientización.

- H) En el campo de las relaciones internacionales, el Poder Judicial dominicano, durante el año 2017, conjuntamente con las comunidades jurídicas de Iberoamérica, Centroamérica y el Caribe encaminó acciones dirigidas:
 - 1. A la armonización de la legislación penal y la lucha contra el crimen organizado en Centroamérica y República Dominicana.
 - 2. Al fortalecimiento de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional.
 - 3. Al desarrollo de las Cumbres Judiciales Centroamericanas y del Caribe, las Cumbres Judiciales Iberoamericanas; 11 unas y otras, como espacios de convergencia de los Poderes Judiciales con los cuales nos vinculamos permanentemente; y,

12

4. A la ética judicial, como punto central de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial y del Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe y parte importante de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Es mucho lo que aprendemos al comunicarnos y mantenernos comunicados con los demás poderes judiciales de América, El Caribe y el mundo. Es mucho lo que los demás países aprenden de nosotros. Confieso que me siento orgulloso al participar en los eventos internacionales y en ellos dar a conocer lo que tenemos en República Dominicana. Seguiremos trabajando para más y mejores logros y por lo tanto para mayores satisfacciones.

Numerosos fueron los acuerdos de cooperación firmados con tales propósitos.

Para todas las acciones descritas y una cantidad no descritas, por razones de tiempo, el Poder Judicial se manejó con un presupuesto cuyos detalles me permito dar a conocer a continuación:

- 1. El Poder Judicial, para el año 2017, recibió recursos presupuestarios por un monto ascendente a RD\$6,406.64 millones. De su ejecución, RD\$6,124.86 millones correspondieron a Gastos Corrientes y RD\$281.79 millones a Gastos de Capital.
 - De los Gastos Corrientes:
 - RD\$4,737.01 millones, es decir el 77.34%, fue destinado a cubrir gastos del personal fijo y contratado;
 - RD\$994.0 millones, el 16.23%, a servicios básicos, materiales y suministros; y
 - RD\$393.7 millones, el 6.43%, a Transferencias Corrientes a Escuela Nacional de la Judicatura, al Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial v la Jurisdicción Inmobiliaria.
 - b. A gastos de capital, en el año 2017, el Poder Judicial dedicó el 4.4%, conforme la distribución siguiente:

- RD\$160.5 para la adquisición de bienes muebles, inmuebles e intangibles;
- RD\$121.3 millones en construcciones y remodelaciones de diferentes obras localizadas en diferentes puntos del territorio nacional.
- 2. A pesar de que la cantidad solicitada para cubrir sus necesidades y ejecutar sus planes y programas de desarrollo, nunca ha sido otorgada, el Poder Judicial ha impulsado acciones para incrementar la eficiencia del sistema de administración de justicia mediante la creación de tribunales de diferentes jurisdicciones, entre otras acciones.
- 3. Aun con el bajo presupuesto asignado, durante el año 2017:
 - Se crearon y se pusieron en funcionamiento 14 tribunales, 3 fueron divididos en Salas y otros tantos fueron reubicados.
 - Se realizaron 31 nuevas construcciones y 58 pequeñas obras de ingeniería diversas, entre las cuales se encuentran: reconstrucciones, ampliaciones, mantenimientos, remodelaciones, impermeabilizaciones, adecuaciones, readecuaciones y reparaciones múltiples, etc.
 - El manejo riguroso de cada centavo recibido nos permitió además el pago de alquileres de 110 locales distribuidos en todo el país, en razón de la carencia de locales propios del Poder Judicial.

En el trabajo jurisdiccional:

Durante el período enero-septiembre de 2017, los tribunales de fondo recibieron 445,867 expedientes para decisión. De los expedientes recibidos:

- 1. Las Jurisdicciones Penales resolvieron 180,718;
- 2. Las Jurisdicciones Civiles y Comerciales resolvieron 74,445;
- 3. Las Jurisdicciones Laborales resolvieron 16.469:

- 5. La Jurisdicción Inmobiliaria resolvió 20,784.
- 6. El Tribunal Superior Administrativo resolvió 1,053 diferendos.
- 7. Los Juzgados de Paz resolvieron 87,925 diferendos. Sin computar otros actos con categorías similares, los números que totalizan: 427,842 casos resueltos. Estos datos nos reflejan un 90% de solución; lo que significa que de cada 100 casos que ingresaron a cada tribunal, 90 fueron fallados.

SOBRE LA CUMBRE JUDICIAL

Como recordarán, la Cumbre Judicial Nacional fue una iniciativa que surgió en el seno del Poder Judicial para identificar e impulsar reformas que respondan de forma efectiva a las necesidades de la sociedad dominicana y de sus instituciones de una mejor justicia.

Los ejes transversales de los Compromisos de la cumbre giraron, alrededor de:

- 1. La autonomía e independencia judicial;
- 2. El acceso a la justicia;
- 3. La eficiencia y eficacia en el procesamiento de casos:
- 4. La coordinación interinstitucional;
- 5. La integridad en la labor judicial;
- 6. El sistema de carrera y el régimen de consecuencias; y
- 7. La gestión administrativa y presupuestaria. Tomando en cuenta los valores que dichos ejes comprenden, hemos venido trabajando de forma enfática y persistente, con el propósito de cumplir con el mandato constitucional de administrar justicia a tiempo, con eficiencia y transparencia.

El Consejo del Poder Judicial durante los últimos dos años se ha avocado principalmente a honrar los compromisos asumidos con la población y con el país en octubre de 2016, de cara a las necesidades y expectativas de la sociedad dominicana.

Como Presidente del Consejo Nacional de la Defensa Pública en el año 2017-2018. he tenido la oportunidad de contribuir de manera activa en la aprobación de sus actos relacionados con:

- El manejo de su presupuesto;
- Sus actos reglamentarios;
- La firma de acuerdos institucionales;
- Las designaciones de su personal;
- Los actos disciplinarios dirigidos a garantizar la ética y el buen comportamiento de sus servidores:
- La aprobación de sus planes operativos;
- La formación de su equipo de defensores, a través de la Escuela Nacional de la Judicatura.

Hace exactamente un año, declaramos al 2017, como el año de la Lucha contra la Mora Judicial, en respuesta a la gran demanda a la solución a esa situación irregular creada en los tribunales con el paso del tiempo.

Situándonos en la mora judicial, a 28 de febrero el 2017, fueron reportados 23,575 expedientes, con lo que se dio inicio al proyecto, sin embargo, para finales de marzo y principio de abril del mismo año, se requirió completar y/o actualizar los inventarios de los tribunales a nivel nacional en estado mora judicial. Este levantamiento tuvo como ingreso la cantidad de 35,734 expedientes, resultando la suma final de 59,309 expedientes en mora judicial.

De dicha cantidad, fueron fallados 44,864 expedientes de la mora judicial para el mes de noviembre, representando el 70.3% del total iniciado. Esto se traduce en 42 tribunales, de los 133 que iniciaron en el proyecto.

Al mes de diciembre, de los 59,309 expe- 13 dientes en mora judicial reportados en un inicio, fueron trabajados 46,351, de los cuales quedan pendientes de trabajar 12,958 expedientes.

Cabe señalar que para el 2018 se actualizó el inventario inicial y fueron agregados 15,739

expedientes, para un total de 28, 697 expedientes pendientes en mora judicial.

El Plan de lucha contra la mora judicial ha podido identificar a la fecha un total de 75,048 expedientes, de los cuales se han trabajo en total de 66,393, de los cuales quedan pendiente a junio 2018 un total 8,655.

De los 133 tribunales que han iniciado en el proyecto para junio 2018, han terminado a la fecha de hoy 97 tribunales, a saber:

Departamento Judicial de Santo Domingo:

- 1. Cámara Penal de la Corte de Apelación de la Provincia Santo Domingo (Despacho Penal);
- 2. Corte de Trabajo de la Provincia Santo Domingo;
- Cámaras Penales/ Tribunales Colegiados de las Cámaras Penales de los Juzgados de Primera Instancia de la Provincia Santo Domingo (Despacho Penal);
- 4. Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de Santo Domingo;
- 5. Primera Sala del Juzgado de Trabajo de la Provincia Santo Domingo;
- Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes de Santo Domingo;
- Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de Monte Plata;
- Juzgado de Paz de la Segunda Circunscripción de Santo Domingo Este;
- Juzgado de Paz de Asuntos Municipales de Santo Domingo Norte;
- 10. Juzgado de Paz Ordinario de Santo Domingo Norte;
- 11. Juzgado de Paz Ordinario de los Alcarrizos:
- 12. Juzgado de Paz de Boca Chica.

14

- 13. Departamento Judicial de Santiago de los Caballeros:
- 14. Corte de Trabajo del Departamento Judicial de Santiago de los Caballeros;

- 15. Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de Santiago;
- 16. Cuarta Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de Santiago;
- 17. Segunda Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de Santiago;
- 18. Cuarta Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de Santiago;
- 19. Despacho Penal del Distrito Judicial de Valverde:
- 20. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Valverde:
- 21. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Valverde;
- 22. Juzgado de Paz de la Segunda Circunscripción de Santiago.

Departamento Judicial de La Vega:

- 1. Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de La Vega (Despacho Penal);
- Primer Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de La Vega (Despacho
- Segundo Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de La Vega (Despacho Penal);
- Primer Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Vega (Despacho Penal);
- Segundo Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Vega (Despacho Penal);
- Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de La Vega;
- Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de La Vega;
- Segunda Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de La Vega;

- 9. Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monseñor Nouel;
- 10. Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monseñor Nouel;
- 11. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Monseñor Nouel:
- 12. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Monseñor Nouel:
- 13. Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Espaillat;
- 14. Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Espaillat;
- 15. Despacho Penal del Distrito Judicial de Sánchez Ramírez;
- 16. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Sánchez Ramírez:
- 17. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Sánchez Ramírez:
- 18. Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Constanza;
- 19. Juzgado de Paz de la Primera Circunscripción de La Vega;
- 20. Juzgado de Paz de la Segunda Circunscripción de La Vega;
- 21. Sala I del Juzgado de Paz Especial de Tránsito de Monseñor Nouel.

Departamento Judicial de San Francisco Macoris:

- 1. Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís:
- 2. Tribunal Superior de Tierras del Departamento Noreste;
- Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Francisco de Macorís;

- 4. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Hermanas Mirabal:
- 5. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Hermanas Mirabal:
- 6. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de María Trinidad Sánchez;
- 7. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de María Trinidad Sánchez.

Departamento Judicial de Monte Cristi

- Corte de Apelación del Departamento Judicial de Monte Cristi;
- 2. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Monte Cristi;
- Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Cristi:
- 4. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Cristi:
- 5. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Monte Cristi;
- Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Santiago Rodríguez;
- 7. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Dajabón;
- 8. Juzgado de Paz Ordinario de Santiago Rodríguez.

Departamento Judicial de San Cristóbal

- Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Cristóbal:
- 2. Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Cristóbal;
- 3. Juzgado de la Instrucción del Distrito 15Judicial de San Cristóbal;
- Segunda Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Cristóbal:

- 5. Juzgado de Trabajo del Distrito Judicial de San Cristóbal;
- 6. Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de San Cristóbal:
- 7. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de San Cristóbal:
- Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Peravia;
- Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Peravia;
- 10. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Azua;
- 11. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Azua;
- 12. Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de Azua;
- 13. Primera Sala del Juzgado de Paz Especial de Tránsito del Distrito Judicial de San Cristóbal:
- 14. Segunda Sala del Juzgado de Paz Especial de Tránsito del Distrito Judicial de San Cristóbal;
- 15. Juzgado de Paz Ordinario de Las Charcas;
- 16. Juzgado de Paz Ordinario de Nizao.

Departamento Judicial de San Pedro de Macoris

- 1. Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís;
- Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís;
- Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís:
- Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original de El Seibo;
- 5. Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Hato Mayor;

- Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Hato Mayor;
- 7. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Hato Mayor;
- Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de La Romana;
- Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Romana:
- 10. Tribunal Colegiado Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Altagracia;
- 11. Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Altagracia;
- 12. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de La Altagracia;
- 13. Primera Sala del Juzgado de Paz Especial de Tránsito del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís:
- 14. Segunda Sala del Juzgado de Paz Especial de Tránsito del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís.

Departamento Judicial de Barahona

- Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Barahona;
- Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial Barahona:
- 3. Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Jimaní;
- 4. Juzgado de Primera Instancia con Plenitud de Jurisdicción del Distrito Judicial de Jimaní.

Departamento Judicial de San Juan de la Maguana

- 1. Cámara Civil, Comercial y de Trabajo de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Juan de la Maguana;
- 2. Juzgado de Primera Instancia de Las Matas De Farfán.

16

- 1. Corte de Apelación del Departamento Judicial de Puerto Plata;
- 2. Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Puerto Plata:
- Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Puerto Plata:
- 4. Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial de Puerto Plata.

De los 133 tribunales que han iniciado en el proyecto para junio 2018, han terminado 97 tribunales. Quedarán 36 tribunales para culminar la mora judicial durante el último trimestre de este año 2018, que estamos trabajando arduamente para llevar a 0.

Como creo en el futuro y los jóvenes son el futuro, el Consejo del Poder Judicial (CPJ) dispuso la creación del Sistema Nacional de Pasantías para estudiantes de todas las universidades del país, la apertura de 1,200 plazas y un conjunto de regulaciones que regirán ese programa en el sistema de administración de justicia.

La disposición está contenida en el Acta núm. 12/2018, del 20 de marzo del 2018, que contiene la Resolución del Sistema Nacional del Programa de Pasantía del Poder Judicial.

El órgano de gobierno del Poder Judicial ordenó la creación de la Unidad Coordinadora del Sistema Nacional de Pasantía, adscrita a la Dirección de Gestión Humana y Carrera Administrativa, bajo la denominación de Coordinación Nacional de Pasantías.

Asimismo, estas 1,200 plazas de pasantes a nivel nacional están distribuidas de la siguiente manera: 200 en el Distrito Nacional e igual cantidad en el Departamento Judicial de Santo Domingo; para los Departamentos Judiciales de Santiago y La Vega, 150 cada uno; 100 pasantes para cada uno de los Departamentos Judiciales de San Francisco de Macorís, Puerto Plata, San Pedro de Macorís y San Cristóbal; y 50 pasantes para los Departamentos Judiciales de San Juan de la Maguana y Barahona, cada uno.

Otra de la las cosas más importantes que me propuse aplicar en el Poder Judicial es afianzar las relaciones de la justicia con los demás sectores que sobre ella inciden, ya que para mejorar todo lo que incide en materia de justicia se requieren de varios actores, en este sentido con relación a las relaciones interinstitucionales el Poder Judicial dominicano. durante el año 2017, y lo que va del año 2018 se ha trabajado intensamente para mantener la cooperación permanente y la armonía con el Ministerio Público, la Defensa Pública, el Colegio de Abogados, el Colegio de Notarios, los distintos ministerios, los municipios, gremios profesionales, gremios empresariales y la sociedad civil.

En otro aspecto, de acuerdo al estudio de "Análisis de Sentencias y Resoluciones de la Jurisdicción penal 2013-2015", fueron examinadas 5 mil 25 sentencias de un total de 197 mil 502 decisiones emitidas por los tribunales penales del país diseminados en los 11 departamentos judiciales.

El estudio realizado por la Dirección de Políticas Públicas del Poder Judicial, arrojó que el Departamento Judicial con mayor cantidad de casos es el de Santo Domingo con un 17.27% de casos penales. De las 5 mil 25 decisiones analizadas hubo involucradas un total de 5 mil 780 personas demandadas.

Según el estudio, la normativa penal más infringida fue el Código Penal Dominicano, seguida de los asuntos de drogas (Ley 50-88) y el porte y tenencia de armas (Ley 36-65) con un porcentaje de 45.70%, 20.32% y 7.02%, respectivamente.

Resaltando que entre las infracciones más comunes en relación con el Código Penal Dominicano son el robo agravado con un 21.14%, la asociación de malhechores con un 18.44% y la violencia intrafamiliar y de género con un 11.78%.

Este análisis hace una comparativa de lo que es solicitado al tribunal por las partes en el 17 proceso, tanto Ministerio Público como la parte querellante, y luego analiza lo decidido por los jueces, lo que permite apreciar lo solicitado versus lo decidido en justicia.

Al final del mismo, se recomienda reforzar los mecanismos alternos de solución de

conflictos que ofrece el Código Procesal Penal, como son la suspensión condicional del procedimiento y el juicio penal abreviado, a fin de descongestionar la jurisdicción penal, principalmente en la fase de la instrucción.

Este importante estudio tiene como una de sus finalidades luego de ser presentado a los jueces y juezas de las distintas instancias de la jurisdicción penal que puedan reflexionar sobre el informe y los datos que aporta sobre sus sentencias.

En aras de mantener el acceso a la justicia y que la misma sea pronta y oportuna y en razón del aumento considerable de la población penitenciaria preventiva, de los procesos penales en curso, fueron puestos en funcionamiento un sistema de furgones móviles localizados en 5 Departamentos Judiciales para agilizar los procesos a fin de que sean conocidos por los tribunales los procesos en los cuales el Ministerio Público haya presentado formal acusación. El 19 de febrero de 2018, el Consejo del Poder Judicial, dictó la Resolución núm. 5/2018, mediante la cual se aprobó la implementación de furgones móviles, para el conocimiento de la audiencia preliminar de los imputados desde los centros penitenciarios.

Fueron instalados los furgones móviles en los departamentos judiciales siguientes:

- Santo Domingo, (2) furgones los cuales trabajan los casos de la penitenciaria la victoria, los furgones fueron designados como Tribunal Móvil (A) y Tribunal Móvil (B) que funcionarán en Centros de Privación de Libertad de dicho departamento;
- San Cristóbal, 2 furgones, los cuales operarán en los Centros de Privación de Libertad de Najayo y del 15 de Azua;
- La Vega (1);
- San Francisco de Macorís (1), y
- Santiago de los Caballeros (1).

18 Finalmente concluyo diciendo que la Justicia siempre será Justicia, pero las aristas que necesita para ser aplicada en sí misma deben de ser veladas para su fiel cumplimiento. En este sentido, he sido fiel guardián de la ley, ha sido mi compromiso desde mi primer año en gestión en el Poder Judicial y hasta la fecha.

He insistido y persistido en las necesidades imperantes del Poder Judicial, como lo es el Palacio de Justicia de Santo Domingo, el cual finalmente como hijo de una madre que gesta y espera pacientemente para dar a luz, se ha dado el primer picazo para dar inicio a la construcción del Palacio de Justicia de Santo Domingo Este, que contribuirá en la eficientización en todos los ámbitos en ese Departamento Judicial, tanto en lo administrativo y en lo jurisdiccional, así como la disminución de la mora judicial.

No todo está concluido pero hemos realizado e implementado muchas cosas relevantes en este Poder Judicial. Queda la satisfacción de que es un Poder Judicial mejor que ayer y esperamos que con ayuda de Dios pueda aún ser mejor el día de mañana.

Como expresé en mis palabras en el acto del primer picazo para la construcción del Palacio de Justicia de la Provincia Santo Domingo, seguimos trabajando para fortalecer un sistema de justicia más institucionalizado y accesible; un sistema de justicia que dará paso a más seguridad ciudadana y, en consecuencia, a más tranquilidad. Un sistema de justicia que, en consecuencia, facilitará la inversión y por vía de consecuencia, la producción de más riqueza. Un sistema de justicia, fundamentado en la confianza y, en consecuencia, facilitador del crecimiento. Un sistema de justicia que proporcionará las condiciones para el funcionamiento de la economía.

Ante todos ustedes me atrevo a decir que:

- Siendo un país pequeño sólo seremos sobresaliente en la medida en que continuemos trabajando unidos y desarrollemos una institucionalidad que sea ejemplo del mundo;
- Tenemos la convicción de que los grandes sobresalen, aunque no brillen, en tanto que los pequeños sólo brillan por el color que dan a sus acciones lo que llevan en su interior. Sólo brillan si son "ejemplo".

Estamos transitando por buen camino para alcanzar definitivamente esas metas. Y me siento satisfecho y agradecido de la oportunidad de dirigir el Poder Judicial. Y haréis justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Resumen de un año de trabajo 2012.
- Resumen de un año de trabajo 2013.
- Resumen de un año de trabajo 2014.
- Resumen de un año de trabajo 2015
- Resumen de un año de trabajo 2016.
- Resumen de un año de trabajo 2012.
- Resumen de un año de trabajo 2017.
- Constitución de la República Dominicana:
- Artículo 64, numeral 4; Art. 149, Párrafo I; Artículo 180.1
- Discurso pronunciado por el Dr. Mariano Germán Mejía en ocasión de la conmemoración del día del Poder Judicial, Audiencia Solemne 7 de enero de 2018.
- Discurso pronunciado por el Dr. Mariano Germán Mejía en ocasión de la conmemoración del día del Poder Judicial. Audiencia Solemne 7 de enero de 2017.
- Discurso pronunciado por el Dr. Mariano Germán Mejía en ocasión de la conmemoración del día del Poder Judicial, Audiencia Solemne 7 de enero de 2016.
- Discurso pronunciado por el Dr. Mariano Germán Mejía en ocasión de la conmemoración del día del Poder Judicial, Audiencia Solemne 7 de enero de 2015.
- Discurso pronunciado por el Dr. Mariano Germán Mejía en ocasión de la conmemoración del día del Poder Judicial, Audiencia Solemne 7 de enero de 2014.
- Discurso pronunciado por el Dr. Mariano Germán Mejía en ocasión de la conmemoración del día del Poder Judicial, Audiencia Solemne 7 de enero de 2013.
- "Análisis de Sentencias y Resoluciones de la Jurisdicción Penal 2013-2015".
- Acta del Consejo núm. 12/2018 del 20 de marzo de 2018.
- Resolución núm. 5/2018, mediante la cual se aprobó la implementación de furgones móviles.



ISSN: 1991-5292



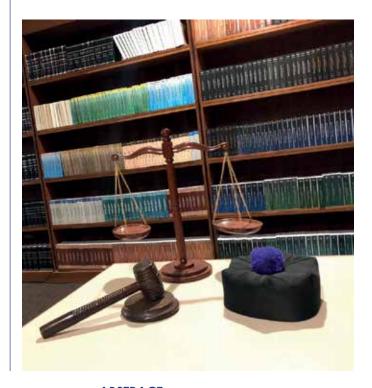
JOSÉ A. CRUCETA ALMÁNZAR

Juez de la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia República Dominicana jcruceta@poderjudicial.gob

Juez de la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Magíster en Derecho General, Pensamiento Social, Derecho Societario y Comercial; Posgrado en Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica (Alicante, España); Egresado de la Escuela Judicial de Barcelona sobre Control de la Administración por los Tribunales, Especialista en Derecho Judicial. Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal y Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino; Miembro de la Comisión creada por la Real Academia de la Lengua para la elaboración y redacción del Diccionario Jurídico-Panhispánico para Iberoamérica. Varios de sus ensayos han sido publicados en obras colectivas a nivel mundial. Además, ha sido conferencista en seminarios en Estados Unidos, México, Argentina, Bolivia, Chile, España, Perú, Ecuador, Puerto Rico y Venezuela. Miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil.

IMPORTANCIA DE LA TEORÍA GENE-RAL DEL DERECHO PARA EL OPE-RADOR JURÍDICO EN LA SOLUCIÓN **DE CASOS**

IMPORTANCE OF THE GENERAL THEORY OF LAW FOR THE LEGAL OPERATOR IN THE CASE SOLUTION



RESUMEN:

Al operar en torno a la fundamentación o justificación que habrá de dar como solución a un caso en concreto, el juez se ve irremediablemente influenciado por determinada teoría general del derecho, que pauta su postura frente a los problemas de justicia, validez y eficacia de la norma 20 aplicable. Criterios estos que dan lugar a las diferentes concepciones del derecho: ius naturalismo, positivismo, realismo; escuela histórica, sociológica, feminista, etc.

PALABRAS CLAVES:

Juez, teoría general del derecho, paradigma ius filosófico, modelo jurisprudencial y adjudicación jurídica.

Recibido el 13/03/2018 Aprobado el 26/7/2018

ABSTRACT:

When operating around the basis or justifications that should give as solution to a case in particular, the judge sees himself irremediably influenced by certain general theory of law, that rules its position against the problems of justice, validity and effectiveness of the applicable norm. Criteris that give rise to the different conceptions of law: ius naturale, positivism, realism; historical school, sociological school, feminist, etc.

KEY WORDS:

Judge, general theory of law, philosophical ius paradigm, jurisprudential model and legal adjudication.

IMPORTANCIA DE LA TEORÍA **GENERAL DEL DERECHO PARA** EL OPERADOR JURÍDICO EN LA **SOLUCIÓN DE CASOS**

🗖 n la teoría de la ciencia, es aplicable la ley de Campoamor, expresión metafórica y popular (que refiere que las cosas se pueden ver de distintas maneras) proclamando el relativismo de las interpretaciones. "En este mundo traidor/nada es verdad, ni es mentira/todo es según el color/del cristal con que se mira". Lo que se observa depende de la teoría que asuma el cognoscente, por ejemplo: cuando Ptolomeo y Copérnico veían, cada quien en su época, el amanecer, ambos percibían el mismo objeto cuando veían el sol, pero sus observaciones eran distintas: mientras el primero observaba que con el amanecer el Sol iniciaba su ciclo alrededor de la Tierra, el segundo observaba que la Tierra iniciaba su giro alrededor del Sol. De ahí la importancia de la teoría en el mundo de la epistemología, la cual es definida como un conjunto de conceptos interrelacionados, definiciones y proposiciones que presentan una versión sistemática de los fenómenos al especificar las relaciones entre variables con el propósito de explicar y predecir fenómenos¹.

Una teoría organiza los conocimientos (conceptos, términos, supuestos) en función de una explicación. La teoría en el ámbito del derecho se centra en la determinación y el análisis de los elementos y fundamentos del ordenamiento jurídico, por lo que el conocimiento teórico incide determinantemente en la práctica de los ordenamientos jurídicos en general, esto porque: condiciona el modo de razonamiento jurídico y también en la identificación del derecho que se asume. Por lo que, una teoría jurídica también puede ser definida como "Un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación a una serie de cuestiones básicas en relación con el derecho"2.

parte introductiva de su obra "Teoría de la

cho, España, Primera Edición. 2006, p.19

Conforme lo establece Trias Monge en la Kelinger, y Fred. N. y Lee, Howard B, "Investigación del Comportamiento; métodos de investigación de las ciencias sociales", 4ta edición, Mc Graw Hill editores, México, 2002, pág. 10. ATIENZA, Manuel. El Derecho como Argumentación: Ariel Dere-

Adjudicación", entre estas cuestiones básicas tenemos las siguientes: ¿El juez se limita tan solo al hallazgo y aplicación de la ley o debe ser también, al menos en determinadas situaciones, partícipe en la creación de la ley, en el proceso de evolución y cambio del derecho? ¿Si fuese partícipe, es decir, si el juez gozase legítimamente de la facultad de legislar, cuáles son los límites, si algunos, de su discreción? ¿Cómo se precisa el derecho aplicable a determinado caso? ¿Qué requisito, si algunos, debe cumplir una norma para convertirse en derecho? ¿Hay clases de normas o reglas, o no hay distinción entre ellas? De haber diferencia, ¿Cómo se afecta el proceso decisorio? ¿Qué es el derecho, ante todo? ¿Consiste exclusivamente del mandato del soberano o es algo más? ¿Cuáles son sus fines? ¿Qué propósitos sirve? ¿Cuán sensibles al cambio es o debe ser el derecho? ¿Cómo es que se modifica o sustituye la norma jurídica? ¿Es parte el juez del proceso de alteración de la norma jurídica o es ello asunto que tan solo atañe al cuerpo legislativo? ¿Cuáles son las fuentes del derecho a consultarse por el juez? Los precedentes judiciales, ¿constituyen fuentes del derecho? La doctrina, ¿Es fuente de Derecho? ¿Lo son los principios generales del derecho? ¿Cómo se hayan o establecen esos principios? ¿Qué es la justicia? ¿Qué es la equidad?

De esta pequeña lista de interrogantes, fundamentalmente cuestionaría: ¿Cuál es la función de un juez? ¿Se limita tan solo al hallazgo y aplicación de la ley o debe ser también, al menos en determinadas situaciones, partícipe en la creación de la ley, en el proceso de evolución y cambio del derecho?

En este contexto, relacionaremos los diferentes sentidos en las concepciones del derecho: la iusnaturalista a partir del criterio de justicia; la positivista a partir del criterio de validez; y la escuela histórica, sociológica, realista, feminista, y la teoría del derecho como argumentación, a partir del criterio de eficacia, criterios que han dado lugar a estas concepciones a fin de que el juez con el dominio teórico de estas escuelas sea consciente de su propia filosofía jurídica, la cual podría orientar al juez en la emisión de sus fallos; debido a que magistrados de filiación teórica distinta adoptarán usualmente ante la



misma hipótesis fáctica decisiones diferentes o al menos sus razonamientos no serán idénticos; es deseable que el juez sea consciente de su teoría personal del derecho, mientras más consciente sea del proceso adjudicativo, como de los distintos modos de adjudicar controversias, mientras más conozca de sus propias inclinaciones y se preocupe por su legitimidad, mayor será la adecuación de sus fallos. Es loable la advertencia que hace Trias Monge cuando afirma "El juez sonámbulo camina por terrenos minados"³.

Criterios de Justicia, validez y eficacia en la fundamentación de las concepciones del Derecho.

Frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas de acuerdo a la tesis de Norberto Bobbio en su obra Teoría General del Derecho: Si la norma es justa o injusta, desde el punto de vista de los valores; si es válida o inválida, desde el punto de vista legal, y si es eficaz o no, desde el punto de vista de los aspectos fenomenológicos.

El problema de la justicia: es el problema de la más o menos correspondencia entre las

3 TRIAS MONJE, José. Teoria de Adjudicación. Editorial de la Universidad de Puerto Rico. Estados Unidos de América. Primera Edición 2000 P.3

reglas y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. Como la justicia, la equidad y la igualdad. Es decir, que existe una relación de dependencia entre el derecho positivo y tales principios fundamentales, de modo que el carácter jurídico de una norma o del sistema en su conjunto depende de la adecuación a este criterio, lo cual quedó explícito en los Juicios de Nuremberg (1945) y confirmado en la sentencia Guardianes del Muro (Ver FGE 95, 96 Mauerschützen), del Tribunal Constitucional alemán.

En casos donde se sancionó penalmente a diversos funcionarios y autoridades de la Alemania oriental por haber cumplido con la ley válida y vigente, pero por haber violado el derecho. Es decir, que la validez de una norma más que jurídica es ética. Por lo que el criterio de la justicia, tal como lo precisa Bobbio, consiste en plantear un problema deontológico del derecho y por tanto de filosofía jurídica. Lo anterior significa que es inaplicable al caso concreto toda norma que colide con principios morales, relación necesaria que supone una relación jerárquica superior de los valores y principios sobre la ley. (La fórmula de Radbruch, la ley injusta no hace derecho).

El problema de la validez: revela la dificultad de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre ella, esta se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica. Es decir, si esa norma existe como norma jurídica y si pertenece a determinado sistema jurídico para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y la dimensión de un suceso.

Resumiendo a Bobbio, encontramos que la definición clásica de validez jurídica fue consagrada en el paradigma dogmático positivista, apoyado en tres operaciones que son: Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas; comprobar si no ha sido derogada y, comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema, esta última

23

se resuelve con las reglas: a) Ley superior deroga la inferior (criterio de jerarquía), b) Ley posterior deroga a la anterior (criterio de temporalidad) y c) Ley especial deroga la general en el punto que le es controvertido (criterio de especialidad).

El problema de la eficacia: de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por los destinatarios de la norma jurídica y por el Poder Judicial encargado de la ejecución coactiva, es decir, es el problema fenomenológico del derecho.

Resulta paradigmático para identificar la valoración de este criterio, el caso de la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas mediante la llamada ley seca en Estados Unidos, puesto que no obstante ser una norma prohibitiva, la población siguió consumiendo bebidas embriagantes.

Tal como plantea Bobbio⁴, "Estos tres criterios de valoración de una norma crean tres clases distintas de problemas, independientes entre sí, en cuanto que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez la cual puede dar lugar a una serie de proposiciones:

- Una norma puede ser justa sin ser válida.
- Una norma puede ser válida sin ser justa.
- Una norma puede ser válida sin ser eficaz.
- 4. Una norma puede ser eficaz sin ser
- Una norma puede ser justa sin ser eficaz.
- 6. Una norma puede ser eficaz sin ser justa".

Las cuales crean grandes dilemas al juzgador a la hora de decidir los casos sometidos a su consideración.

Escuela del Derecho Natural (Criterio de Justicia).

La historia del derecho está marcada fundamentalmente por el enfrentamiento de dos corrientes: la de derecho natural o

iusnaturalismo y la del derecho positivo o positivismo jurídico. En líneas generales, la disputa gira en la relación que existe entre derecho y moral. Los iusnaturalistas consideran que esa relación es definitoria del derecho, mientras que los positivistas entienden que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender qué es el derecho. Por ejemplo, el caso del nieto que asesinó a su abuelo para heredarle. A continuación se esboza un resumen del referido caso, procedente de la jurisprudencia norteamericana, en el siglo XIX.

El Caso Elmer o del nieto desesperado.

Para poner de manifiesto la importancia de los valores y principios en una teoría del derecho, hemos tomado el caso recreado por el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin en su obra "LOS DERECHOS EN SERIO". Es decir, el caso Riggs contra Palmer conocido como el caso Elmer (o del nieto desesperado), decidido por sentencia dictada en el año 1889, el cual enjuiciaba los siguientes hechos:

En su testamento Francis Palmer dejaba sus bienes a sus hijas la señora Riggs y la señora Preston, así como a su nieto Elmer. Pero Elmer, ante la posibilidad de que Francis contrajera nuevo matrimonio y con el fin de proteger su herencia de la eventual alteración del testamento inicial a la que podría conducir la celebración de estas segundas nupcias, dio muerte a su abuelo. Elmer fue condenado por la comisión de su crimen y entonces las señoras Riggs y Preston iniciaron un proceso judicial con el objeto de impedir, además, que el parricida percibiera la herencia de su propia víctima.

Esta acción civil contaba con el obstáculo de que el "statute of wills" de Nueva York no contemplaba la indignidad en la que Elmer habría incurrido como impedimento para suceder. Encontramos en este caso, un ejemplo de laguna axiológica.

Tras ser desestimada la pretensión de las demandantes en la primera instancia, la cuestión se elevó a la Corte de Apelación de Nueva York, en donde se enfrentaron dos posiciones: la mayoritaria, mantenida por el juez Earl, a favor de Riggs y Preston, y la

BOBBIO, Norberto. Teoría del Derecho. Editorial Debate. Sexta Reimpresión. 1999. P. 35,36, 37.

defendida por el juez Gray, que favorecía a

Finalmente se impuso la primera opinión, basándose en un principio formulado en los siguientes términos "A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen".

La cuestión que cabe plantearse, entonces es de dónde había surgido este principio que resolvió el caso en perjuicio de Elmer el nieto desesperado. Al parecer no estaba escrito en ningún lugar hasta entonces y sin embargo formaba parte del derecho y sería aplicado por parte de los jueces.

En la teoría del derecho, los principios han sido considerados como un elemento que revela vinculación del derecho a la moral, doctrina denominada Derecho Natural o Iusnaturalismo; si existen principios en el derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

El caso Elmer demuestra que los jueces hacen referencia no solo a una serie de normas jurídico- positivas, sino también a principios morales, aspectos que serán tratados cuando estudiemos a Ronald Dworkin.

Sin embargo, es oportuno aclarar que no existe un iusnaturalismo lineal, y ejemplo de esto es la existencia de un iusnaturalismo religioso, en oposición a un iusnaturalismo racional⁵.

El iusnaturalismo afirma que por encima de las leyes creadas por el hombre, existen ciertos principios de derecho natural, estos principios de moralidad son inmutables y eternos contrariamente a las leyes humanas que pueden cambiar de una comunidad a otra y de tiempo en tiempo. En consecuencia, la validez jurídica de las leyes humanas depende de lo establecido en los principios⁶ y no solamente en la norma hipotética fundante de Kelsen.

La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe estar de acuerdo a los valores supremos del ordenamiento jurídico. Una ley que colide con el concepto de justicia - en opinión de San Agustín - no es una ley sino una corrupción de la ley. Otros casos emblemáticos fundamentados en esta escuela son: Los exploradores de la caverna⁷, Guardianes del Muro⁸.

Sentencia fundamentada en el Modelo Iusnaturalista. (Ejemplo sentencia nacional).

Sentencia Civil núm. 72-2003.Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Vega. República Dominicana. (Caso guarda de menores).

CONSIDERANDO: Que aún más, luego de analizados todos los factores envueltos en el presente caso, la madre se encuentra esencialmente en la misma posición que el padre, por lo que solamente ante la existencia de otras circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario, como sería el caso de que ella esté llevando una vida al margen de la moral, lo cual como ya se dijo no fue probado; la guarda y la custodia debe serle adjudicada; que por otro lado influye en nuestro espíritu el que generalmente la madre, por ley natural dimanante de imperativos biológicos, y arraigada profundamente en nuestra conciencia, con reconocimiento casi universal, es la persona que con más dedicación, celo y cariño cuida de sus hijos.

 $^{24^{-5}}$ Existen dos formas básicas de las teorías iusnaturalistas tradicionales: El iusnaturalismo teológico: sus máximos representantes son los filósofos tomistas, quienes creen que el origen del derecho natural es Dios y que las leyes positivas deben derivarse de este. El iusnaturalismo racionalista, representado por los filósofos iluministas, quienes sostuvieron que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana y quienes trataron de axiomatizar esos principios autoevidentes que permitían derivar el resto de las normas. Lo común a ambas es que se desarrollan a partir de una teoría moral desde la cual, sostienen se puede analizar mejor la forma de pensar y actuar en cuestiones jurídicas.

Es útil recordar la clasificación propuesta por Jerzy Wróblewski atendiendo la relación de los principios con el sistema jurídico: Principio positivo de derecho: La norma explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones, por ejemplo: El artículo 8 de la Constitución dominicana, que consagra el principio del respeto a la dignidad humana. Principio implícito del derecho: Una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones normativas o legales, esto es, principios no formulados en los códigos, pero derivables de sus contenidos. Principio extra sistemático del derecho: es decir, una regla que no es ni principio positivo de derecho, ni principio implícito del derecho. Por ejemplo: A nadie se le permitirá beneficiarse de su propio crimen.

Fuller, Lon L. "El caso de los exploradores de cavernas", Lexis Nexis Abeledo- Perrot. Segunda Edición 2002. Argentina. (Traducción de Genaro R. Carrió).

⁸ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia "Los guardianes del muro de Berlín", 1964.

CONSIDERANDO: Que el vínculo entre madre e hijo deviene mucho más profundo que el vínculo del padre al hijo, ya que la madre lo sintió moverse y palpitar en sus entrañas, no sólo es gen de su gen, sino carne de su carne, por lo tanto la mutilación de un acto tan brutalmente carnal, como parir, produciría en la madre una alteración psíquica difícil de sobrellevar que afectaría indudablemente el desarrollo normal de los menores, en consecuencia, al no probarse que la actual recurrida tenga una conducta licenciosa, que descuide las atenciones de los niños y les ocasione malos tratos, sería un acto injusto despojarla de la guarda y custodia de sus hijos menores.

CONSIDERANDO: Que es oportuno destacar, que lo que da vida al derecho tanto al derecho positivo como al casuístico es la idea de lo justo, de lo equitativo, por consiguiente las ideas de justicia y equidad son esenciales y consustanciales a la noción de Derecho, el cual dejaría de cumplir sus finalidades morales y sociales si no aspirase a realizar la justicia y no una justicia abstracta y teórica, sino una justicia realista y humana acorde a las circunstancias de cada caso; que precisamente es lo que se pretende realizar en el caso que nos ocupa.

Por asunto de espacio, nos limitaremos a tratar en forma sucinta, la tesis de los Iusnaturalistas modernos:

LON FULLER (1902-1978) con su obra "The Morality of Law" quien crea desde Harvard un renacimiento del iusnaturalismo.

Fundamentalmente Fuller plantea un derecho más procesal que sustantivo desde el momento en que elabora ocho requisitos para la conformación de un sistema jurídico entendiéndose que estas condiciones son las indispensables o mínimas que constituyen una aspiración de tipo moral.

Se considera que una de las grandes debilidades del positivismo, es definir el derecho obviando los fines del propio derecho.

Trias Monge, citando a Fuller acerca de la moralidad de la aspiración y la moralidad del deber, expresa que: "la moral del deber, que ocupa la parte inferior de la escala, en contraste con la de la aspiración, que se haya en la superior, sienta las reglas básicas indispensables para asistir a una sociedad ordenada hasta ciertas metas específicas".

Continúa diciendo que si bien la excelencia es ilegislable, otorga un impulso que lo eleva hacia los fines más altos.

Las condiciones mínimas para un ordenamiento jurídico son las siguientes:

- Requisito de Generalidad, el cual consiste en que el sistema jurídico contenga reglas independientemente de su justeza.
- La promulgación de las leyes. No se exige del ciudadano ser un especialista.
- La irretroactividad de las leyes, y la acepta solo cuando el estatuto tiene efectos remediadores o curativos.
- 4) La claridad de las leyes. Fuller reconoce que las ambigüedades son propias del lenguaje y la necesidad de utilizar estándares como el concepto de "buena fe".
- 5) Las leyes no deben ser contradictorias. La existencia de contradicciones en un ordenamiento jurídico son las que dan lugar a las antinomias, que muchas veces pueden ser resueltas aplicando el criterio jerárquico, cronológico etc.
- 6) Las leyes no deben ordenar lo imposible. Obviamente este requisito garantizaría la eficacia del derecho.
- Las leyes no pueden cambiar de manera frecuente. Esto no debe significar que si la sociedad y las condiciones sociales cambian, no deba de cambiar la ley por la sola atención de la seguridad jurídica.
- 8) Los actos oficiales deben ser congruentes con las reglas vigentes, es decir, que de alguna manera los actos oficiales deben establecerse en consonancia con las leyes vigentes, produciendo así una armonía entre ambas.

JOHN FINNIS (1940-1999), Profesor de Derecho y Filosofía de la Universidad de Oxford, en su obra "Natural Law and Natural Rights" identifica siete valores que son básicos para la existencia humana, basados en la intuición y los requisitos de razonabilidad práctica que el derecho debe cumplir.

En la obra de Finnis, "práctico no significa eficiente ni funcional, sino algo ha de hacerse

con el propósito de tomar una decisión o ejecutar un acto. El pensamiento práctico es pensamiento sobre lo que se debe hacer, la razonabilidad práctica significa razonabilidad en la toma de decisiones, en la celebración de compromisos, en la selección y realización de proyectos, en simplemente actuar"9.

Los valores básicos identificados por Finnis son evidentes y por tanto es la simple intuición que los acredita y no la prueba. Estos valores son: 1) la vida (auto-preservación, evitando el sufrimiento); 2) el conocimiento, sea desde una perspectiva funcional basada en razones de utilidad o por el mero deseo de conocer; 3) el juego, que se concretiza en el placer de la actuación en sí mismo; 4) la experiencia estética, que va desde la creación o la contemplación de lo bello; 5) la sociabilidad, consistente en la paz y la armonía del humano; 6) la razonabilidad práctica; la presencia de la inteligencia en nuestras acciones, en la formación del carácter y en la selección del estilo de vida, y por último, 7) la religión, en su aspecto genético y relacional con el cosmos.

Es importante destacar que la realización de los valores básicos implica aspectos que como la valentía ayudan a la concreción de los mismos.

Respecto a esto, suele concluirse que los mismos son una modalidad de lo bueno, que son independientes unos de los otros y que su jerarquización es un aspecto personal del individuo.

A pesar de la importancia que tiene, en la teoría de Finnis, la diferencia entre lo moralmente correcto o incorrecto no puede ser establecida en el nivel de los bienes básicos. Para ello se deben derivar una serie de requisitos intermedios que Finnis denomina las exigencias de la razonabilidad práctica. Principios de la razonabilidad práctica. Como existen diferentes bienes básicos, sin jerarquía ni prioridad entre ellos, existe la necesidad de contar con una serie de principios que permitan fundar una elección cuando surgen vías de acción alternativas que conducen a la satisfacción de distintos bienes básicos. ¿Qué escoger como actividad en una tarde de verano? Un partido de fútbol satisfaciendo el bien básico del juego o estudiar filosofía del derecho, obteniendo con ello el bien del conocimiento; o en un contexto más profundo ¿Se debe matar a una persona (vulnerando el bien de la vida) si ese es el único medio para salvar muchas otras vidas? El caso de un avión de pasajeros, donde un terrorista introduce una bomba que va a destruir una gran ciudad. ¿se debe o no derribar el avión?

Finnis desarrolla el concepto de razonabilidad práctica en dos sentidos, como un fin en sí mismo en cuanto que es un bien básico y como un medio para lograr ciertos fines. El conjunto de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica está conformada por las siguientes nueve pautas de carácter metodológico.

- Toda persona debe tener una serie armoniosa de propósitos y orientaciones en su vida. Estos propósitos o compromisos (que deben ser realizables y no meras quimeras), constituyen un plan de vida racional.
- 2) No se deben tener preferencias arbitrarias entre los distintos bienes básicos. Al intentar cumplir con ese plan racional de vida se debe conceder la misma validez a todos los bienes básicos, sin sobrevalorar exageradamente ni despreciar la consecución de ningunos de ellos. Esto no significa que se nos debe perseguir a todos por igual. Aun cuando seamos conscientes de que estamos persiguiendo un bien más que a los otros, eso no debe significar que no los consideremos valiosos y que, en consecuencia, nos despreocupemos totalmente de procurar su satisfacción. Un plan de vida racional debe buscar satisfacción para todos los bienes básicos. Las diferencias entre los distintos planes de vida que resulta razonable escoger, radica en la importancia relativa que ellos otorgan a cada uno de esos bienes.
- No se deben realizar preferencias arbitrarias entre personas en lo que atañe la posibilidad de conseguir los bienes básicos. Para actuar razonablemente se

TRIAS MONJE, José. Teoría de Adjudicación. Editorial de la Universidad de Puerto Rico. Estados Unidos de América. Primera Edición, 2000, P.271

debe seguir el principio subyacente en la formulación de esta exigencia: Haz a los demás lo que quieras que ellos hicieran contigo.

- Se debe mantener una distancia crítica respecto de todos aquellos proyectos específicos y limitados que se persiguen en la vida, para poder estar abiertos a la consecución de todos los bienes básicos en las cambiantes condiciones que se dan a lo largo de la existencia humana.
- 5) Se debe ser fiel a los compromisos personales generales que determinan el plan de vida racional que se ha elegido. Se debe mantener un equilibrio entre el fanatismo ciego y el abandono a la ligera de los propósitos asumidos. La fidelidad a los propios objetivos debe equilibrarse con la posibilidad de realizar un cambio razonable en ellos.
- 6) Se deben realizar las acciones que son eficientes para cumplir con los objetivos asumidos. No se deben perder las oportunidades que se tienen por el hecho de utilizar métodos ineficaces.
- 7) Cuando se ejecuta un acto se debe respetar cualquier bien básico que pudiera ser puesto en peligro al hacerlo. No se deben cometer actos que por sí mismos causan daños. No se puede justificar la producción de un daño apelando a los resultados beneficiosos que podrían traer aparejada de la acción que directamente lo provoca, ni siquiera cuando el beneficio a obtener fuera más importante que el daño que se generaría. En otras palabras, el contenido de este principio puede sintetizarse en la máxima "el fin nunca justifica los medios, cuando los medios seleccionados implican dañar un bien básico".
- 8) Se debe favorecer y alentar el bien de la propia comunidad.
- Se debe actuar siempre de acuerdo con la conciencia. Si tras meditar una cuestión uno piensa (cree o siente) que no debería hacer algo, entonces no debe hacerlo.

Estas nueve pautas de la razonabilidad práctica constituyen un mecanismo para guiar la

conducta de los hombres y para indicarles los criterios a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones prácticas. Estas nueve pautas de acuerdo a Finnis, forman el contenido del derecho natural y constituyen lo que se entiende por moral.

En consecuencia, cada una de estas exigencias constituye una forma de obligación moral, pues determinan lo que se debe (o no se debe) hacer. La función que cumple el derecho natural es dotar de principios capaces de guiar el proceso de toma de decisiones en cuestiones morales.

Finnis nos remonta a la justicia distributiva y a la justicia correctiva de Aristóteles, que es llamada justicia conmutativa por Santo Tomás de Aquino.

RONALD DWORKIN. Filósofo estadounidense y sucesor de H.L.A. Hart en la cátedra de jurisprudencia en Oxford, es autor de las obras "Los Derechos en Serio y El Imperio de la Justicia".

Dworkin elabora su teoría criticando las tres tesis del positivismo Hartiano: 1) La tesis de las fuentes sociales del derecho. 2) La tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. 3) La tesis de los límites del derecho o de la discreción judicial.

Contra la tesis de las fuentes sociales, Dworkin aduce que hay estándares aplicables jurídicamente (es decir, los principios) para los cuales no existe ningún origen cimentado en un hecho social, lo cual conlleva, contra la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, que hay estándares jurídicamente válidos porque son moralmente válidos. Esta concepción del Derecho conduce a Dworkin a la tesis de que los jueces nunca tienen discreción cuando deciden los casos, porque existe una única respuesta correcta.

La idea central de Dworkin es que, además de las reglas, existen en el mundo del derecho los principios, advirtiendo que estos desbordan a cualquier "regla de reconocimiento" en tanto no se le podía someter a ningún test de origen o pedigrí.

En los casos difíciles, hay que acudir a los principios, ya que solo abriéndonos a ellos podemos reconocer la judicialidad de fallos que excepcionan, por razones de equidad en la

aplicación de una ley, o que declaran la antijuridicidad de aquellas soluciones normativas que resultan absurdas axiológicamente, por ejemplo el caso Elmer o del nieto desesperado, afirmando que en estos casos el juez no dispone de discrecionalidad para su solución, por lo que Dworkin apela a un juez crítico llamado Hércules, capaz de tener en cuenta todos los materiales relevantes y todas las cuestiones posibles que se podrían suscitar en un sistema jurídico, como el único capaz de determinar la existencia de una única respuesta correcta en un caso difícil, aquella que resulta apoyada con las mejores razones y argumentos.

La idea central de Dworkin es que además de las reglas entendidas como pautas relativamente específicas de conducta, el derecho está formado por otro tipo de pautas a las que denomina principios. Los principios jurídicos constituyen proposiciones morales que poseen un fundamento en actos de autoridades oficiales del pasado (como textos jurídicos o decisiones judiciales). Constituyen principios morales, pero no pertenecen a la moral crítica que los jueces encargados de aplicarlos consideren correcta.

Según Dworkin, existen los principios jurídicos y se debe considerar que forman parte del derecho al igual que las reglas y que obligan de la misma manera que estas.

Pablo Raúl Bonorino, en 1999, en su publicación en el Anuario de Filosofía del Derecho de Madrid, hace énfasis que en los casos en que los juristas no se ponen de acuerdo (casos difíciles) los jueces no deciden de manera discrecional, como afirman los positivistas, pero si existiera esa discrecionalidad el juez invadiría la función del legislador. Según esta concepción, el juez al decidir no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que los individuos poseían antes de su decisión. Los principios constituyen los materiales que permiten al juez buscar las respuestas correctas en los casos difíciles.

28 La respuesta correcta sería la afirmación que estuviera apoyada por los mejores argumentos en el marco de una controversia jurídica.

El derecho como integridad.

Para Dworkin las reglas y principios no son el derecho mismo, sino que son los materiales que los juristas deben usar para resolver los conflictos jurídicos.

En la teoría normativa que defiende Dworkin se considera a la integridad como la virtud política central. Y se divide en dos principios: el principio legislativo de integridad que exige a los legisladores que traten de hacer del conjunto total del derecho, en cada acto de aplicación, un conjunto moralmente coherente; y, el principio de integridad judicial que exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación en la estructura política y en la doctrina jurídica de su comunidad, a partir de algún conjunto coherente de principios que permita dar cuenta de los derechos y deberes de los miembros de esa comunidad.

Los jueces funcionan a base de principios y no de políticas. Los principios no pueden rendirse frente al interés público del momento. Para Dworkin el derecho se distingue primordialmente por ser una empresa interpretativa. Destacando en esta labor tres etapas:

Primera Etapa: El "pre interpretativo", se trata de identificar el objeto, el objeto interpretado y calificado como perteneciente a un determinado género. En el caso del derecho, el objeto no debe identificarse, viene constituido por los distintos materiales jurídicos (las reglas positivas) que conforman la práctica jurídica.

Segunda Etapa: Es la que Dworkin denomina como la propiamente "interpretativa", en ella se trata de averiguar cuál es el sentido de la práctica social. En el caso del Derecho, este "sentido" viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. A partir de aquí, ya puede entrar a operar la idea de integridad, en el sentido de que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad, unidad que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación.

Tercera Etapa: Es la que Dworkin denomina etapa "post-interpretativa", en ella se trata de elegir una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos.

El Derecho que interesa a Dworkin es el derecho visto desde la perspectiva post interpretativa, desde la cual es concebido fundamentalmente como un mecanismo de resolución de conflictos, cuyo principal problema es cómo reconstruir los distintos materiales jurídicos (provenientes de una diversidad de autoridades) para buscar una solución jurídica al caso. Este enfoque del derecho se opondría al adoptado por Hart.

Las aportaciones más interesantes de la teoría de Dworkin para una adecuada caracterización de la actividad aplicadora del Derecho son:

- La idea de coherencia y unidad del Derecho.
- La naturaleza valorativa y constructiva de la interpretación jurídica.
- La necesaria conexión entre la teoría y la práctica.

POSITIVISMO JURÍDICO (CRITERIO DE VALIDEZ).

El positivismo jurídico:

Es un conjunto de normas puestas por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas¹⁰.

Detrás de este concepto genérico se esconden diferentes tesis sobre su significado: 1) La tesis de la Ley: el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de la ley; 2) La tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido; 3) La tesis de la subsunción: la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones: 4) La tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva; 5) La tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. De estas cinco tesis el positivismo contemporáneo solo asume y defiende las tesis 2 y 4.

Nos permitiremos plantear en las líneas siguientes algunas vertientes del positivismo jurídico, sin embargo se hará alusión a los puntos principales de esta visión del Derecho y a algunos de los debates centrales que suscitan sus distintas vertientes.

Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Herbert Hart son los autores que trazan la obra del positivismo. En América Latina estos autores proyectan, con diferencias atendibles, los postulados de sus obras en autores como Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (que pueden encuadrarse en una visión Kelseniana del Derecho, aunque inclusiva de varios aspectos de la obra de Hart), y Genaro Carrió (cuya cercanía con Hart es evidente, aunque Carrió claramente muestra más interés en los aspectos argumentativos del Derecho).

HANS KELSEN, Austriaco del círculo de Viena, cuya escuela responde al nombre de su obra cumbre "La Teoría Pura del derecho", en la cual se plantea el qué y el cómo es el derecho, restando toda atención al deber ser, concentrándose solamente en el derecho como es. Su tesis central es "no hay más derecho, que el derecho puesto como tal". Su propósito fue claro, hacer una verdadera ciencia jurídica (objetiva exacta).

En consecuencia, Kelsen dice que "positivismo jurídico" es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como "derecho" al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

Para este autor, dos son las consecuencias del positivismo jurídico:

- La distinción entre el derecho y la moral, como dos órdenes sociales diferentes, y la distinción consiguiente entre derecho y justicia por entender que la justicia es el modo como la moral se proyecta en el campo del derecho; y
- b) La idea de que todo derecho estatuido por quienes se hallan autorizados para 29 producir normas jurídicas debe corresponder a la exigencia política y jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia de la seguridad jurídica.

Tres características señaladas por Atienza referentes a la Visión Kelseniana del Derecho

CISNEROS FARÍAS, Germán. Teoría del Derecho. Editora Trillas. Segunda Edición. México. 2000.

(Teoría pura del Derecho), que en buena medida se opone al enfoque del Derecho como argumentación son:

- "a) El énfasis en el enfoque estructural del Derecho, o sea el Derecho visto como conjunto de normas frente a un enfoque funcional (sociológico) o valorativo del Derecho.
- b) La consideración de las cadenas de validez en el Derecho como cadenas de autoridad (así la validez no reposa en criterios de argumentación racional, sino en una cuestión de "fíat").
- La consideración del Derecho como un objeto para ser conocido, más que una actividad, una práctica en la que se participa.
- d) La consideración de la justicia como ideal racional.
- La tesis del último, Kelsen, de que no hay relaciones lógicas entre normas; o sea, la imposibilidad de justificar racionalmente las decisiones jurídicas.
- Una escasa atención a la Teoría de la interpretación jurídica"11.

Robert Alexy expone muy bien el problema del positivismo, cuando señala: "Todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no intuya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser"12.

Por su parte, Norberto Bobbio distingue tres aspectos del positivismo jurídico:

El primer aspecto o modalidad del positivismo jurídico, el autor italiano lo llama "positivismo jurídico metodológico", porque consiste únicamente en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho. Lo llama también "positivismo jurídico en sentido estricto". Desde este primer punto de vista, positivista es todo aquel que adopta frente al derecho una actitud éticamente neutral, esto es, que acepta como criterio para distinguir una norma jurídica de uno que no lo es, ciertos datos verificables objetivamente y no la mayor o menor correspondencia con un determinado sistema de valores.

En segundo término, Bobbio identifica un positivismo jurídico como teoría del derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado.

En esta segunda modalidad, el positivismo jurídico es algo más que un método y se caracteriza por la idea de la supremacía del derecho producido por el Estado y por la idea de que las leyes tienen mayor valor como fuentes de derecho.

Por último, el positivismo jurídico - según Bobbio - existe también como una determinada ideología, que como tal, enarbola una o ambas de las afirmaciones que siguen, (a) que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto es, al margen de su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral con que se lo enjuicie, y (b) que es siempre un instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden, la paz y la seguridad jurídica.

En cuanto a **HERBERT HART** (1907-1992), profesor de jurisprudencia en la universidad de Oxford, su obra principal es "The Concept of Law" (El Concepto del Derecho, 1961). Sobre la base de Austin fundamenta su positivismo analítico, tratando de superar la idea de un soberano supremo e independiente, quien demanda y logra obediencia. Explica que no todas las leyes tienen un carácter sancionador cuando son incumplidas, sino que, las hay también con el objetivo de la realización de determinados actos.

En su obra identifica cinco significados diferentes del concepto "positivismo jurídico":

- La idea de que las normas jurídicas son órdenes o mandatos;
- La idea de que no existe conexión necesaria entre derecho y moral, o sea, entre el derecho que es y el derecho que debe ser;

Atienza. Ob. Cit. P- 2-30.

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona. Editorial Gedisa. 2004. P.13

- La idea de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena, y que este análisis no debe de ser confundido con las investigaciones históricas acerca del origen de las normas, con las investigaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, ni con las investigaciones estimativas que llevan a cabo una evaluación crítica del derecho:
- La de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas, por medios lógicos, de normas generales de la legislación y;
- La idea de que los juicios morales, o juicios de valor no pueden ser demostrados racionalmente.

En relación a los aportes de Hart, cabe destacar la clasificación de las normas en primarias y secundarias, definiendo las primeras como aquellas que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas cosas, los quieran o no. Se trata por tanto de normas que imponen deberes, mientras que las secundarias lo son, porque dependen en cierto sentido, de las primarias: establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar sus actuaciones¹³. Su función estriba, como ya se indicó, en conferir potestades que pueden ser públicas o privadas. Estas últimas ofrecen a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, ya que les otorgan poder para crear estructuras de derechos y deberes al amparo del marco coactivo general que ofrece el derecho¹⁴.

Las normas secundarias, con independencia de que puedan presentar una peculiar estructura, se caracterizan ante todo por la función que desempeñan en relación con las demás normas del sistema. Entre ellas se reconocen la de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

Las primeras permiten la construcción de la certeza desde el momento en que indican la pertenencia o no de la norma en el ordenamiento. La primera vez que se aplica la norma crea el precedente, y en el sistema inglés se está vinculado al precedente, el cual a su vez se fundamenta en la analogía. Es decir, la falta de certeza de la regla primaria es resuelta por la regla de reconocimiento; Kelsen hablaba de validez.

En cuanto a las reglas de cambio, permiten la revisión y modificación del sistema, permitiendo la introducción de nuevas pautas de comportamiento, mientras que, las reglas de adjudicación se utilizan en ocasión de una transgresión a la regla primaria que es planteada al juzgador.

En una comunidad en la que existiesen solo normas primarias o de conducta, tarde o temprano se plantearían dudas acerca de cuáles son las normas que efectivamente forman parte del grupo, esto es, que constituyen entre sí un sistema unitario diferente, por ejemplo, del sistema que rige una comunidad vecina. Así, imaginemos que en un conflicto entre particulares, una de las partes alega en su favor una determinada norma, y de la otra parte, en cambio, niega que dicha norma sea válida que exista: ¿Cómo puede determinar el juez quién tiene razón? Solo acudiendo a una norma secundaria, cuyo objeto sea identificar o reconocer las normas del grupo, puede el juez encontrar una respuesta.

Como se puede observar, la visión al estilo Hart del derecho (en sus obras "El concepto de derecho y Post scríptum), es más compatible con una visión del derecho como argumentación, mientras que la teoría de Dworkin es valorativa.

Modelo de sentencia positivista o dogmática.

CONSIDERANDO: Que el artículo 5, párrafo segundo, de la Ley sobre Procedimiento de Casación dispone que " El memorial de casación deberá ir acompañado de una copia auténtica de la sentencia que se impugna y de todos los documentos en que se apoye la casación solicitada...", constituyendo esta una formalidad sustancial en el procedimiento de casación, que pone en condiciones a la

GAZCON, Marina. Lecciones de Teoría del Derecho. Ciencias Jurídicas, Madrid. Graw Hill, 1997.P-139.

En el positivismo jurídico los casos se resuelven mediante un silogismo deductivo, el cual consta de dos premisas y una conclusión, la premisa menor es la verdad fáctica y la premisa mayor es verdad jurídica y la conclusión que es la sanción.

Ejemplo (verdad fáctica), en el caso de que Pedro ha ocasionado a Juan una herida curable en el plazo de 25 días, el juez no puede experimentar por sí mismo la agresión que Pedro le propinó a Juan, sino que solo puede captar signos de lesiones, historiales clínicos, piezas probatorias de convicción, informes periciales que le permitan remontarse al momento del hecho. De lo que se infiere que la actividad judicial no solo se reduce a la recopilación de datos de convicción, sino a la producción de nuevas fuentes de prueba (interrogatorios, testimonios, pericias), lo que el juez deduce no son los hechos delictivos del juicio, sino sus pruebas. La diferencia entre el experimento de un hecho en el presente y la prueba de un hecho pasado¹⁶.

Fijados los hechos procede ir al ordenamiento jurídico a buscar el enunciado o la disposición normativa en que se subsumen los hechos probados, premisa que casi siempre trae consigo la sanción como conclusión. El silogismo es la manera natural como se resuelven los conflictos jurídicos cuando la justificación es interna, sin embargo la aplicación del silogismo no es tan simple como aparenta, ya que los hechos no vienen dados, sino que hay que reconstruirlos y la disposición legal aplicable presenta también dificultades por la textura abierta del lenguaje, su ambigüedad y vaguedad que dan lugar a las tres "malditas" F de Octavio Paz, de que el lenguaje es siempre confuso, difuso y profuso, que lo hacen siempre opinable.

Por otra parte, "la verdad procesal jurídica (premisa normativa) es una verdad que podemos llamar clasificatoria, al referirse a

15 Sentencia del 21 de junio 2000, No. 8, B. J. No. 1075, Vol. 1. FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y razón", ob. Cit., p. 52.

la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados, conforme a las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal. En el caso anteriormente indicado sobre la verdad fáctica, la disposición normativa a la que se subsumen los hechos probados en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 309 del Código Penal dominicano, el cual dispone: "el que voluntariamente infiere heridas, diere golpes o vías de hechos si de ellos resultara una enfermedad o imposibilidad de dedicarse al trabajo durante más de 20 días sería castigado con prisión de seis meses a dos años y multa (...)".

Una aclaración pertinente en relación a la aplicación de las disposiciones legales, es que el estamento judicial al que usualmente nos referimos como jurisprudencia, ha tomado lentamente conciencia y continúa haciéndolo, de dar vida a un derecho vivo que se protege del esclerótico derecho oficial, es la señalada por el Tribunal Supremo Italiano de Casación, el cual mediante decisión del año 1994, haciéndose eco del gran debate hermenéutico, hace una diferenciación entre la disposición, considerada como parte de un "texto que todavía no ha sido corroborado por la labor interpretativa y la norma, entendida como texto que ya ha sido sometido a una relevante elaboración interpretativa.

Para concluir con la siguiente observación de muy notable importancia, tales operaciones interpretativas vienen a determinar la formación de un "derecho vivo", en continua evolución, que resulta más o menos distinto del significado original de la disposición escrita, introducida en un tiempo cierto por el legislador, se trata de una sentencia que no necesita comentarios, que demuestra la inmersión de esos jueces en su tiempo y, sobre todo, que indica la crisis de la ley y su transformación de materia extremadamente dura e inatacable por el devenir histórico, en una materia más elástica y con más disponibilidad. La consecuencia es una legalidad fluida. Consideramos que el jurista del civil law como el dominicano, todavía tiene mucho que hacer con un armazón de leyes y códigos que está recorrido por un equipo resistente que no deja de ser invocado por

los conservadores que acuden a poderosas divinidades protectoras, es decir, a la división de poderes, a la legalidad, a la certeza del derecho, entre otras. Por lo que el jurista de hoy debe deponer su vestimenta de exegeta servil de un texto legislativo transformado en texto sagrado y sentirse auténtico hacedor de esa historia viva que es el derecho.

La idea del derecho de hoy (post-positivismo jurídico) de que el mismo debe verse como una práctica social y no como un sistema de normas, que se caracteriza por tres componentes: 1) una concepción dinámica del Derecho, lo que supone considerarlo no simplemente como un hecho social, sino, como un artefacto social (extraordinariamente complejo) inventado para cumplir ciertos propósitos; 2) la distinción, dentro de esa compleja realidad, de dos dimensiones, una organizativa o autoritativa y otra finalista o axiológica, y articulada de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, sino que, más bien, goza de cierta preeminencia; 3) la necesaria vinculación de la práctica jurídica con valores morales objetivos o, si se guiere, con la idea de justicia. Esta concepción tiene una idea empobrecida del normativismo jurídico (positivismo) y asume la crisis del mismo, como teoría plausible para la solución de controversias jurídicas¹⁷.

Reacciones contra las concepciones iusnaturalistas y positivistas del derecho (criterio de eficacia).

En la historia del pensamiento jurídico, en el último siglo existieron teóricos del derecho que en diversas ocasiones han tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica, no tanto en los ideales de la justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, tampoco en los ordenamientos jurídicos positivos, sino en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres, que con su actuación hacen o deshacen reglas de conducta que los gobiernan.

Siguiendo la terminología adoptada por Bobbio, podemos decir que estos movimientos entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos combaten en dos frentes: el iusnaturalismo, que tiene la concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene la concepción formal del derecho.

Francisco Laporta (positivista) denomina mundo sin reglas a estas concepciones o corrientes del pensamiento jurídico que se oponen a una visión formalista del derecho, o sea, a un derecho formado por un conjunto de reglas objetivizadas y con vocación de permanencia en el tiempo resumida en la noción del imperio de la ley¹⁸.

Afirma Laporta que, la visión escéptica presenta el derecho como un dato consciente y caprichoso, un haz incontrolable de decisiones e iniciativas personales imprescindibles, fruto de decisiones individuales ad hoc, súbitas e imprescindibles, no gobernadas por pautas previas algunas emitidas por quien tiene el poder; que es así el artífice único e ilimitado del derecho. Ese poder puede ser el de un líder, un legislador o un juez, pero en todos los casos crea un contexto parecido, un contexto social, asaltado por decisiones impredecibles, que cancela las posibilidades del individuo de hacer planes de vida personales.

Se pueden distinguir varios momentos o escuelas que fundamentan su concepción del derecho en criterios diferentes al iusnaturalismo (ideal de justicia) y al positivismo (validez). Dentro de ellas, se encuentran: las concepciones del Derecho o Escuelas entre las cuales tenemos: la Histórica, la Sociológica, la Realista, la Feminista y la Teoría del Derecho como argumentación jurídica. Por su pérdida de vigencia y espacio, no desarrollaremos en el presente ensayo la escuela Marxista y la Critical Legal Studies, que también se inscriben en el criterio de eficacia.

Escuela Histórica.

Su fundador Friedrich Karl von Savigny, combate el modo racionalista y abstracto de la concepción iusnaturalista por esta considerar la razón humana estática. Plantea que

ATIENZA, Manuel. Filosofía del Derecho y Transformación Social, Editorial Trotta, S.A, 2017, Madrid, p.35

LAPORTA, Francisco. El Imperio de la Ley, una visión actual. Madrid 2007 P107-126

el derecho se desarrolla orgánicamente, de forma inconsciente en gran medida al igual que el lenguaje. El Estado es producto del espíritu del pueblo y no resultado de un contrato social, entiende el derecho como un fenómeno histórico social que emana del espíritu del pueblo, por lo que el derecho no es uno solo sino que asciende al número de pueblos y/o fases del desarrollo de esos pueblos y ubica la costumbre como fuente del derecho.

El cambio de perspectiva en el estudio del derecho se manifiesta principalmente en la consideración del derecho basado en la costumbre como fuente primaria del derecho, precisamente porque este derecho surge de manera inmediata de la sociedad y es la expresión genuina del sentimiento jurídico popular contra el derecho impuesto por la voluntad del grupo dominante (la ley) y el derecho elaborado por los técnicos del derecho (llamado el derecho científico). En esta reevaluación de la costumbre como fuente principal del derecho, podemos ver un aspecto de esa consideración social del derecho, que se contrapone tanto al iusnaturalismo abstracto como al rígido positivismo estatal generalmente predominante en los juristas.

El elemento histórico requiere que el juzgador precise las circunstancias históricas en que se produce la norma y el cambio que esta introduce.

Modelo sentencia escuela histórica.

Un caso ilustrativo de esta concepción es la sentencia famosa del Tribunal Supremo de Puerto Rico en relación con una ley de principios del siglo XX, que establecía que en Puerto Rico todos los procesos tenían que celebrarse en idioma inglés. El Tribunal Supremo decidió por una sentencia del año 1921, que durante más de tres siglos los puertorriqueños se habían comunicado, habían hecho negocios y habían construido todas sus relaciones en el idioma español, que tales procesos identitarios eran parte de la historia, la costumbre y de la idiosincrasia del pueblo puertorriqueño durante más de tres siglos, realidad que no podía ser cambiada por ninguna ley.

Escuela sociológica.

El segundo momento de la reacción iusnaturalista y antiformalista está representada por la concepción sociológica del derecho, se desprende del movimiento histórico en que código y realidad social no se corresponden. Es decir, hay un orden de ineficacia en la ley.

La sociología jurídica, a su vez, atiende al derecho en acción, a la conducta jurídica y a las ideas jurídicas que operan en esta conducta; no puede ser separada de la ciencia del derecho. Los fenómenos sociales, que son el tema de la sociología jurídica, solo adquieren su carácter específico cuando son puestos en relación con las normas del derecho vigente¹⁹.

El efecto más relevante de esta nueva concepción se manifiesta en la invocación, muy insistente, dirigida no tanto al derecho consuetudinario, cuanto al derecho judicial, es decir: al derecho elaborado por los jueces en su obra de permanente adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad, que debería haber constituido, según los seguidores de esta corriente, el remedio más eficaz para acoger las instancias del derecho que se elabora espontáneamente en el variado entrelazarse de las relaciones sociales y en la permanente y diversa, contraposición de intereses.

Modelo de sentencia de la escuela sociológica.

En Ramírez de Ferrer v. Mari Brás²⁰, se resuelve que aunque el requisito de ciudadanía norteamericana para ejercer el derecho al voto en Puerto Rico es constitucional, un ciudadano puertorriqueño que renuncia a dicha ciudadanía conserva la de Puerto Rico y no se le puede privar del derecho al voto en los comicios de la isla.

La reglamentación de requisitos electorales es materia estatal, ni la Constitución de Puerto Rico ni la ley de Relaciones Federales requieren la ciudadanía norteamericana para ejercer el derecho al voto en la isla. Pero la legislatura tiene amplia facultad para requerirla, por lo que tal disposición en la

¹⁹ ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Tercera Edición. 2005. P.43

²⁰ 97 JTS- (CT-96-14,188/11/97)

35

ley electoral no es inconstitucional. Sin embargo, la Constitución reconoce la existencia de una ciudadanía puertorriqueña. Por lo tanto, impedir al Lic. Mari Brás su derecho al voto violentaría su derecho a la libertad de expresión y puede constituir un discrimen por ideas políticas.

En voto particular el juez Hernández Denton sostiene la existencia de la ciudadanía puertorriqueña como una realidad socio**lógica y cultural.** El juez Negrón García sostiene el derecho al voto del peticionario como objetor por conciencia. Los jueces Corrada del Río y Rebollo López disienten sosteniendo la inexistencia de una ciudadanía puertorriqueña y que Puerto Rico es un territorio sujeto al poder pleno del Congreso Federal.

Otra decisión que se podría considerar como modelo de esta escuela es la núm. 44, dictada el 17 de octubre de 2001, por la Segunda Cámara de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, B.J. 1091, en la cual se juzgó que: "Las uniones no matrimoniales, uniones consensuales, libres o de hecho, constituyen en nuestro tiempo y realidad nacional una manifestación innegable de las posibilidades de constitución de un grupo familiar, y las mismas reúnen un potencial con trascendencia jurídica; que si bien el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes, de ello no se puede deducir que siempre procede la exclusión de amparo legal de quienes convivan establemente en unión de hecho, porque esto sería incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de todo discrimen que la Constitución de la República garantiza; por consiguiente, se impone contar con fórmulas que garanticen justicia a todos los ciudadanos, en especial a la institución familiar, la cual presenta diversas formas de convivencia, a las que el derecho, en caso de conflicto, tiene que dar respuesta, sin ninguna distinción, no en base a una teoría abstracta de las realidades sociales, sino fundándose en el reclamo concreto de demandas específicas, de intereses reales, bajo una tutela judicial efectiva y eficaz".

El realismo jurídico.

El realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal. El realismo jurídico como concepción surge como oposición tanto a las teorías del derecho iusnaturalistas como a los modelos de ciencias jurídicas formalistas. Su raíz filosófica es el empirismo, descansa en una teoría escéptica de la decisión judicial y de la interpretación.

Esta concepción se puede identificar por las siguientes características:

- 1) Común oposición tanto a las teorías del derecho iusnaturalistas como a los modelos de ciencias jurídicas formalistas.
- 2) Las tesis que presuponen estos autores descienden claramente de un único tronco filosófico común: el empirismo filosófico.
- Una teoría escéptica de la decisión judicial en general, y de la interpretación en particular.
- 4) Crítica del método para la elaboración y uso de los conceptos jurídicos, dogmáticos y teóricos.
- Rechazo a la hora de definir el concepto de derecho, acompañado de algunas manifestaciones provocadoras acerca del concepto predictivo de derecho.
- Una doctrina de la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, la tesis según la cual los estudiosos del derecho positivo deben desarrollar en general una tarea meramente descriptiva y, en particular, de carácter predictivo.
- 7) Tesis de la indeterminación del derecho. En definitiva, los realistas tienen un enfoque eminentemente conductista y su objetivo es predecir lo que harán los jueces en los casos concretos que conocen o en su defecto explicar las razones que llevaron al juzgador a esa decisión.

En relación a esta concepción hay varias corrientes que han encontrado grandes seguidores a partir de las declaraciones de Oliver Wendell Holmes "precursor", quien descalificó el tradicionalismo jurídico de las cortes. Son trascendentes el realismo norteamericano, a pesar de su extremismo que suele ser calificado de "inaceptable" y el realismo escandinavo; hay otros autores que hablan de un realismo genovés y francés.

Los realistas afirman que por el simple hecho de que los juristas "al formular las disposiciones legales, recurren al lenguaje natural, estos adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que se usan en sus normas, solo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad"21, planteando un problema de ambigüedad: los términos incluidos en las normas son a menudo ambiguos (designan más de un concepto, tienen varios significados) y de vaguedad: los conceptos designados por los términos son siempre imprecisos; no podemos perfilar con exactitud el conjunto de propiedades necesarias y suficientes que configuran un concepto, de modo que ello provocará una zona de imprecisión a la hora de determinar si un determinado hecho particular cae o no en el campo de aplicabilidad de un concepto. Estos problemas se agudizan en el derecho por el uso de términos de textura abierta como los principios (dignidad, igualdad, justicia, libertad, etc).

Por otra parte, las normas jurídicas más importantes son generales, es decir, tienen siempre una formulación lingüística generalizadora, pero tiene también una justificación subyacente. Sobre este punto, Laporta nos recrea el siguiente ejemplo:

La regla que prohíbe que los perros entren en un restaurante tiene un predicado fáctico que generaliza a todos los perros y una justificación subyacente, la de asegurar la tranquilidad y el bienestar de los clientes del establecimiento. La generalización impone su

aplicación a todos los perros sin distinciones ulteriores, pero si a la hora de aplicar la regla se apelase a la justificación subyacente cabría tomar en cuenta algunas de esas distinciones, por ejemplo, la regla no estaría justificada, para perros guías de invidentes cuya esmerada educación e intenso entrenamiento hacen imposibles que molesten a ningún cliente, lo que la doctrina llama "sobre-inclusión" (over-inclusion): la generalización propia de la regla forza a que un determinado tipo de perros, cuya entrada en el local no afectaría a la justificación subyacente de la regla, sea sin embargo, sometido a la regla.

Por otro lado, la regla no menciona la entrada de, por ejemplo, niños insoportables, de esos que gritan y corren entre las mesas, que sí podrían alterar la tranquilidad de la clientela. Es lo que la doctrina llama "infra inclusión" (under- inclusion), es decir, la posibilidad de que acudiendo a la justificación subyacente puedan tratarse casos que no se incluyen en la generalización. Pues bien, en el momento de tomar la decisión sobre un caso determinado, sería adecuado que pudiera apoyarse en la justificación subyacente de la regla (el bienestar de los clientes) para llegar a soluciones que evitaran tanto la sobre-inclusión de supuestos que no alteren ese bienestar como la infra-inclusión de supuestos que sí lo hacen. Como se puede observar podría decirse que una decisión asumida de esta manera alcanza un mayor grado de justificación, incluso de acuerdo con las razones que están bajo la existencia de la regla misma²².

Otro ejemplo, en una estación de tren nos encontramos con un rótulo bien visible que prohíbe la entrada de perros. Un día un campesino se presenta en el lugar acompañado de un oso, lo que provoca la natural confusión. El enunciado a ser interpretado reza así: Prohibida la entrada de perros. Existe al menos dos posibilidades en ese caso. Por un lado, se puede insistir en la literalidad de la prohibición, lo que no impediría la entrada de un oso a la estación, porque un oso no es un perro. Aplicando en este caso el argumento a contrario; o bien, se puede ensayar una segunda interpretación tomando en cuenta el espíritu y la finalidad de una norma de este

NINO, Carlos, Introducción al Derecho, Ariel, 2006, P.45

tipo. Desde el punto de vista de lo que pretende esta norma es no entrar a una estación con un animal que cause molestias a los demás clientes. Al ser el oso un animal menos domesticado que el perro y por lo tanto más peligroso con mucho mayor razón se debe prohibir su entrada a la estación²³.

Es por lo que Jerome Frank sostiene que el derecho está indeterminado respecto de las normas y respecto de los hechos, las normas no explican el comportamiento de los jueces, sino que otros factores idiosincráticos, biográficos, corazonadas, prejuicios son realmente lo que lo explican. Entonces propositivamente hablando, no se necesita norma, ni lógica, sino psicología para develar mitos como la seguridad jurídica, la respuesta correcta, la justificación de las decisiones judiciales. Al interior del realismo jurídico se presentan varias corrientes siendo la más extrema la de Jerome Frank. Las características de su tesis del derecho como argumentación son muy limitadas y pueden resumirse así:

- A) El escepticismo axiológico. Frank considera que los juicios de valor juegan un rol fundamental en la toma de decisiones judiciales. Pero estos juicios de valor no son racionales, entonces no es posible construir un discurso justificativo para las decisiones judiciales. De hecho, no se hace.
- B) Enfoque conductista. Se trata de predecir las decisiones judiciales o explicar a posteriori las conductas de los jueces. O sea a Frank no le interesa una teoría deontológica, sino descriptiva.
- C) La indeterminación radical del Derecho. Esta característica impide un acercamiento de Frank a la argumentación jurídica, pues Frank sostiene que el Derecho está indeterminado respecto de las normas y respecto de los hechos. Entonces, las normas no explican el comportamiento de los jueces, sino otros factores idiosincráticos y biográficos. Entonces, propositivamente hablando no se necesita lógica y argumentación, sino sicología, para develar mitos como

la seguridad jurídica, la justificación de las decisiones judiciales, las respuestas correctas.

En esta concepción también se da un escepticismo axiológico, Jerome Frank considera que los juicios de valor juegan un rol fundamental en la toma de decisiones judiciales, entonces no es posible construir un discurso justificativo para las decisiones judiciales.

Le interesa a Frank particularmente cómo fallan los jueces, para él no puede hablarse en sentido estricto de justificación de las decisiones judiciales sino, más bien, de seudojustificaciones.

Ante la pregunta ¿qué es lo que realmente determina las decisiones de los jueces? Frank enfatiza sobre todo la importancia de factores subjetivos propios de la psicología o la idiosincrasia de cada juez individual: intuiciones, corazonadas, prejuicios psicológicos.

Otra versión mucho más moderada de quien es considerado el autor más importante de esta corriente, Kart Llewellyn (1893-1962) profesor de la Universidad de Columbia, en la cual se advierte dos direcciones: la primera, más radical, es bastante parecida a la de Frank, aunque más moderada. Pero la segunda (The common law tradition, 1960) marca un cambio evolutivo en el pensamiento de este autor. En efecto, Llewellyn se queda en el enfoque conductista, y opone a la lógica la sabiduría o prudencia en el sentido aristotélico.

A Llewellyn le preocupa la pérdida de confianza en los tribunales de apelación en los Estados Unidos. Para él, los factores de estabilización que logran que las decisiones judiciales sean razonablemente previsibles no tienen que ver con la lógica, sino con un conjunto de prácticas judiciales (doctrina jurídica, técnicas judiciales de trabajo, única respuesta correcta como ideal regulativo, etc.).

Pero Llewellyn (en este aspecto se aleja de una concepción argumentativa) mantiene su interés por el comportamiento del juez, y no tanto lo que el juez dice. Concibe el trabajo de un juez como el de un artesano, donde la sentencia es producto de un buen trabajo, que tiene un efecto persuasivo. Pero no se

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, GAZCON. Marina. Teoría de la Argumentación en el derecho. Palestra. Perú 2005. P.137.

preocupa de la corrección de los métodos empleados para llegar a la conclusión judicial (racionalidad habermasiana).

Ante la pregunta ¿qué es lo que realmente determina las decisiones de los jueces? Llewellyn pone el énfasis en factores relativamente objetivos de tipo social, económico, cultural, profesional, institucional, etc. como la clase social del juez, su contexto social, su educación, su socialización dentro de una determinada cultura, su pertenencia a alguna corriente de pensamiento jurídico, la situación económica suya y la de su sociedad, el ambiente de la comunidad jurídica a la que pertenece.

Otro autor relevante del realismo es Oliver Wendell Holmes quien también rechazó las definiciones abstractas y metafísicas del derecho, señalando que por "derecho" debía entenderse simplemente la profecía sobre lo que los tribunales harán.

El derecho estaría entonces constituido por la conducta misma de los jueces, definiendo el derecho no como un conjunto de normas generales (como tradicionalmente suele definirse), sino como un conjunto de conductas: la conducta efectiva de los jueces, entendidos como el conjunto de las decisiones particulares y concretas que toman.

Así cada uno de los realistas optó normalmente por definir el derecho como las decisiones judiciales concretas, y no como un conjunto de normas generales en aplicación de la cual supuestamente toman decisiones. Los realistas se preguntan, ¿por qué las reglas de derecho positivas, juegan un papel tan limitado en la determinación de las decisiones judiciales?

Pérez Lledó, en el curso de Especialista en Argumentación Jurídica, de la Universidad de Alicante, año 2005, precisa que "los realistas dan varias razones, una de ellas es una serie de críticas al modelo silogístico o de la subsunción defendido por el formalismo. La crítica de los realistas a este modelo se dirige sobre todo a la premisa mayor (el limitado papel de las normas se debe a su carácter indeterminado, por lo cual no suele dictar una única solución al juez). Pero algunos también atacaron a la premisa menor (enfatizando la indeterminación de los hechos)".

La tesis central de los realistas consiste en señalar que las normas jurídicas (de origen legal o jurisprudencial) y los principios y valores, juegan un papel muy limitado (aunque no nulo, pero desde luego mucho menor de lo que pensaban los formalistas), como factor determinante de la toma de decisiones de los jueces. Los jueces, de hecho en muchas ocasiones no se guían por las normas, estas son muy indeterminadas y no constriñen al juez tanto como se cree, sino que casi siempre le dejan un amplio marco de discrecionalidad, de modo que el juez en realidad decide movido además y sobre todo por otros factores extrajurídicos. Si esto es así, entonces obviamente las normas jurídicas juegan también un papel muy limitado como criterio fiable para la predicción de las decisiones judiciales.

Los realistas dicen que los jueces, en los fundamentos de sus sentencias, aplican el derecho y que realizan un silogismo o subsunción como forma de "vestir" de una manera coherente y justificada sus decisiones. Además opinan los realistas que el proceso, de hecho, es precisamente lo contrario al señalado por el silogismo judicial: los jueces en realidad prueban con distintas premisas hasta encontrar una solución que les parezca correcta (o parten, sin más, de la conclusión que prefieren), o sea, que los jueces primero deciden y luego van a la biblioteca a justificar lo que ya decidieron. Los jueces no suelen reconocer abiertamente que en realidad han seguido este otro proceso, debido a la necesidad de mantener una apariencia de certeza, seguridad jurídica y de sometimiento al derecho como vía de conducta.

La crítica a esta respuesta de los realistas se suele realizar a partir de una distinción que ellos olvidaron. En filosofía de la ciencia suele distinguirse entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación": la explicación del proceso que de hecho llevó a alcanzar un descubrimiento es una cosa, la justificación de su validez es otra.

Estos contextos suelen definirse de la manera siguiente: el contexto de descubrimiento es la actividad consistente en descubrir y enunciar una teoría; el contexto de justificación es la actividad tendente a demostrar la validez de esa teoría confrontándola con los hechos

y con otras teorías. En el mundo jurídico, estos dos planos se conocen como contexto de decisión (descubrimiento), contexto de motivación (justificación), el deber de motivar, que es la soldadura entre contexto de decisión y contexto de motivación, presenta una confusión de un prius cronológico con un prius lógico de las circunstancias de que el fallo precede a la motivación (supuesto que esto sea cierto en la generalidad de los casos; y estaría demostrado que así es por el modelo procesal que admite que se redacta el fallo antes que la motivación) no puede derivarse sin más que la primera sea independiente de la segunda.

Cuando verdaderamente la persona que realiza una opción (fallo) sabe que deberá motivarla (y es la situación típica en la que se encuentra el juez) no puede prescindir por completo de tal obligación y, por tanto, se encuentra ya el área de las eventuales soluciones, reducido al de las opciones razonablemente justificables, se vería constreñido a rechazar una opción determinada, acaso conforme a sus convicciones, en el caso de que no consiguiera argumentarla favorablemente en concreto. Es decir, no se puede ignorar que si la justificación gira en torno a la decisión, vale también lo contrario, por lo que podría afirmarse que el juez está constreñido a emitir su decisión también en función de la justificación que debe ofrecer para dar cuenta de su proceder, lo cual prueba la crisis del silogismo.

La posibilidad de dictar las decisiones en dispositivo para ser motivadas posteriormente pone de manifiesto la separación entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, tal como lo permiten en el derecho dominicano, el artículo 335 del Código Procesal Penal, que expresa "...Cuando, por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, sea necesario diferir la redacción de la sentencia, se lee tan sólo la parte dispositiva y uno de los jueces relata de manera resumida al público y a las partes los fundamentos de la decisión. Asimismo, anuncia el día y la hora para la lectura integral, la que se lleva a cabo en el plazo máximo de quince días hábiles subsiguientes al pronunciamiento de la parte dispositiva. La sentencia se considera notificada con la lectura integral de la misma.

Las partes reciben una copia de la sentencia completa" y el artículo 84 de la ley núm. 137-11, sobre Amparo, el cual reza de la siguiente manera: "Decisión. Una vez el asunto quede en estado de fallo, el juez deberá rendir su decisión el mismo día de la audiencia en dispositivo y dispone de un plazo de hasta cinco días para motivarla".

Teoría feminista.

Las teorías feministas representan en la actualidad uno de los movimientos de mayor seriedad y trascendencia en teoría del derecho. Las teorías feministas son en extrema variadas, pero las une el esfuerzo de mirar el derecho y las interrogantes que plantea desde el punto de vista de uno de los sectores más largamente oprimidos de la sociedad. En tal sentido es una corriente hermana de los intentos de analizar el derecho desde ángulos distintos al de las clases poseedoras del poder en tiempo y lugar determinados. Las diversas exponentes de las teorías jurisprudenciales feministas convergen al concebir el derecho como instrumento de opresión, a la par que campo de combate para que deje de serlo.

Los feminismos jurisprudenciales son muchos y su diferenciación compleja. La distinguida pensadora puertorriqueña, Esther Vicente, habla del feminismo liberal, el radical, el cultural, el relacional, el lesbiano, el negro, el psicoanalítico, el francés, el postmodernista, el ecofeminismo, entre otros. El término "jurisprudencia feminista" comienza a difundirse en 1983, a partir de un artículo de Catherine A. Mackinnon.

El feminismo liberal se distingue por su reclamo para la mujer, dentro de un sistema liberal político, de igualdad de derechos y oportunidades con el hombre, sea vista como individuo racional y autónomo y no como clase. El objetivo es la igualdad, pero la igualdad no entraña necesariamente identidad. Se trata de igualdad dentro de la disparidad, de igualdad que no destruya o minimice la diferencia en necesidades y objetivos.

Catherine A. Mackinnon es citada a menudo como representante de los feminismos radical y socialista. Mackinnon considera que el marxismo y el feminismo se asemejan en

ser teorías sobre el poder y su distribución desigual.

Mary Joe Frug fue una de las más destacadas representantes del postmodernismo jurídico feminista. Frug combate el concepto de que existe una sola identidad femenina. La mujer ocupa multitud de lugares, dependiendo, entre otros, de factores de tiempo, geografía, raza, edad, orientación sexual, salud, clase social y religión.

Caso que NO considera la perspectiva de género:

Sistema Interamericano. Caso Atala Riffo vs. Chile

Este caso se presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se refiere a la responsabilidad internacional de Chile por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas²⁴.

En sede nacional, el juzgado de menores de Villarrica de Chile argumentó lo siguiente:

"La demandada privilegió su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones que podían afectar el desarrollo de las menores y como el actor (el esposo) presentó argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, sus argumentos en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, cobran gran importancia"25.

En esta decisión es posible observar que el ignorar la distinción fundamental entre sexo y género lleva al operador jurídico a asignar el rol materno (estereotipo de género) a Karen Atala por el simple hecho de ser mujer (factor biológico), además condena sus preferencias sexuales para emitir un juicio moral posicionándola como una mala madre que privilegia su bienestar e interés personal. Adicionalmente alude a un argumento de autoridad para justificar las premisas que sostiene, al señalar que el padre de las niñas presenta argumentos más favorables (sin decir cuáles son) en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, como si esta característica de la sociedad chilena diera paso a la justificación de la asignación de roles basados en características sexuales que automáticamente convierten al padre en una mejor opción para cuidar de sus hijas sin proporcionar mayores elementos de convicción sobre dicha afirmación.

Cuando Carlos Nino sostiene la vinculación entre el derecho y la moral, no se refiere a ir en contra del pluralismo axiológico ni del relativismo moral entendido en términos descriptivos (existen, de hecho, códigos morales plurales), pero sí contradice el relativismo moral en cuanto tesis prescriptiva o metaética. Parece que el criterio sostenido por el tribunal de menores de Villarrica pretende sostener un juicio de moralidad vinculado al interés superior del menor, pero se olvida de la justificación de dicho argumento y apela a prejuicios sociales construidos por la sociedad chilena para decidir un caso que requiere aplicar adecuadamente la perspectiva de género. La propia Corte Interamericana se pronunció al respecto señalando que "una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. [...] "la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración"26.

Caso que SÍ considera una perspectiva de género en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Sistema Interamericano. I.V. vs. Bolivia

Este caso se relaciona con la responsabilidad internacional de Bolivia por la intervención quirúrgica consistente en una salpingoclasia bilateral o ligadura de trompas de falopio a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital

40

Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha técnica: Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Disponible en: http://www. corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_ Ficha=196&lang=es [Consultada el 17 de abril de 2017].

Cfr. Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567), en Corte I.D.H., Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. El resaltado ha sido añadido.

Corte I.D.H., Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.8 serie C, No. 239 p. 39.

público, la misma se efectuó sin que se tratara de una situación de emergencia y sin el consentimiento informado de la paciente. La intervención quirúrgica constituyó una violación a la integridad física y psicológica de la señora I. V., así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos. El Estado no brindó a la presunta víctima una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones²⁷.

La sentencia de la Corte Interamericana aborda de manera directa la afectación provocada por asumir estereotipos de género reconociendo que:

"de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector [..la relación de poder entre el médico y la paciente, puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han caracterizado a hombres y mujeres, así como por los estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes que constituyen de forma consciente o inconsciente la base de prácticas que refuerzan la posición de las mujeres como dependientes y subordinadas. Al respecto, la Corte ha reconocido que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género. [...] La Corte visibiliza algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio: i) las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; ii) las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector [...]" 28

La parte de reparaciones de esta sentencia señala de manera expresa que estas deben incluir un análisis que vaya más allá del derecho de la víctima e incorporar una perspectiva de género tanto en su formulación como implementación. Este tipo de argumentación jurídica capaz de considerar detenidamente la estructura lógica de los argumentos y las circunstancias contextuales de la presunta víctima, llevando este mismo análisis a la reparación integral, nos permite darnos cuenta de que la forma en la que argumentamos el Derecho tiene gran injerencia en la consolidación de una práctica jurídica tendiente a erradicar la discriminación a través de la perspectiva de género.

Relativo a lo expresado podemos referirnos a la sentencia TC/0070/2015 del 16 de abril de 2015. Esta sentencia declaró inconstitucional el artículo 35 de la Ley núm. 1306-Bis, que establecía que: "La mujer divorciada no podrá volver a casarse sino diez meses después que el divorcio haya llegado a ser definitivo, a menos que su nuevo marido sea el mismo de quien se ha divorciado".

Se argumentó que si bien el requisito impuesto únicamente a la mujer en esta norma se justificaba objetivamente en el año 1937, cuando se promulgó, como medida para proteger la paternidad de la criatura, en caso de embarazo, no menos cierto es que en la actualidad dicha medida resulta obsoleta puesto que desde el año 1993, la implementación de la prueba de ADN permite identificar al padre genético con una probabilidad de 99%. Además, se trata de una norma atentatoria contra la dignidad de la mujer puesto que constituye una desconsideración e irrespeto a su condición de persona, dicha prohibición parte de una presunción de dolo consistente en que la mujer puede ocultar un estado de embarazo al nuevo esposo. En efecto, los avances tecnológicos permiten a la mujer determinar, mediante procedimientos sencillos y confiables, si se encuentra en estado de embarazo al momento de contraer las nuevas

Cfr. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado de prensa No. 064/15. Disponible en http://www.oas.org/ es/cidh/prensa/comunicados/2015/064.asp [Consultado el 17 de abril de 20171.

Corte I.D.H., Caso I.V. Vs. Bolivia. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 187citando a la FIGO.

nupcias y comunicarlo a su nuevo esposo, de manera que mantener en la actualidad la prohibición del matrimonio solo se explicaría, si partimos del supuesto indigno de que la mujer puede ocultar a su nuevo esposo un estado de embarazo fruto de la relación matrimonial anterior.

El derecho como argumentación y las diferentes concepciones de la argumentación jurídica.

Frente a la concepción positivista del derecho, este se concibe, desde el enfoque de la teoría de la argumentación jurídica, como una actividad, es decir, una empresa en la que participan diversos agentes, y que construye, interpreta y aplica el material con el que cuenta (normas, principios, valores). En relación con ello, en contraposición a la perspectiva realista de lo jurídico, para el derecho como argumentación no solo es trascendente la conducta de los jueces, sino también lo que justifica su decisión, y, frente a la perspectiva iusnaturalista, el citado enfoque del derecho consiste, como dice Atienza, en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos.

El enfoque del derecho como argumentación es una concepción superadora de las corrientes filosóficas acerca de lo jurídico, parte de una concepción dinámica del mundo del derecho. A continuación, ha de analizarse en qué sentido hablamos de perspectiva dinámica, lo que ha de enlazarse con la exigencia que imponen los Estados constitucionales a los jueces de llevar a cabo un especial esfuerzo justificador de sus decisiones.

Uno de los valores superiores de todo ordenamiento jurídico en un Estado democrático es la libertad. El Art. 40.1 de la Constitución dominicana del 26 de enero de 2010, señala que nadie puede ser cohibido en su libertad "sin orden motivada". Dicho artículo señala también, en el apartado 12, que está prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar "sin orden escrita y motivada". Con ello queremos resaltar que este texto constitucional es plenamente consciente de la importancia de la justificación jurídica de las decisiones del poder público, al menos las que afectan a tan importante valor.

Del mismo modo, otras constituciones como la Española de 1978, en su Art. 120.3, ubicado dentro del Título VI, dedicado al "Poder Judicial", establece que "las sentencias serán siempre motivadas". En el mismo sentido el Art. 24 del nuevo Código Procesal Penal nuestro, establece que "los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación" y el Código de Procedimiento Civil, artículo 141, también demanda esta exigencia al establecer que la redacción de las sentencias contendrá la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo. La nota de la buena motivación es predicable no solo de las sentencias, sino también de otras resoluciones judiciales: autos, providencias, ordenanzas, administrativas y disciplinarias. La falta de motivación de las sentencias judiciales es motivo de casación.

La mayoría de los textos constitucionales resaltan la necesidad de dar motivos para decidir, inclusive el derecho a una sentencia motivada está íntimamente ligada al derecho a una tutela judicial efectiva de jueces y tribunales ya que el derecho a una tutela judicial efectiva no se agota con el debido proceso, sino que incluye una decisión fundada. Se considera que una sentencia está mínimamente argumentada cuando permite el control de otro órgano judicial y permite su crítica y cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

La decisión judicial se debe dirigir a lograr el convencimiento, no solo por el directamente afectado por la misma, sino también por las otras partes del proceso, respecto de su corrección y justicia sobre los derechos de un ciudadano.

Históricamente predominó como mecanismo de argumentación la concepción lógicodeductiva del razonamiento jurídico (silogismo decimonónico). Probablemente una de las expresiones más célebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento

43

jurídico se deba a Cessare Beccaria, quien en su obra De los delitos y las penas, afirma: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor debe ser la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...). No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley". Desde este punto de vista, el razonamiento jurídico y singularmente una sentencia judicial, se expresa a través de un razonamiento lógico deductivo, el cual será motivo de estudio en otra parte de la presente obra.

Como veremos, esta visión de la aplicación del derecho es muy estrecha, porque nos encontramos con deficiencias de diverso orden, lo que convierte en insuficiente la concepción de la aplicación del derecho que nos propone Beccaria. La teoría del derecho como argumentación que surge a partir de los años cincuenta nos ofrece, sobre todo, un planteamiento antiformalista de la misma, probablemente como reacción a algunas corrientes formalistas que comienzan a tomar cuerpo en esa época confirmando un planteamiento logicista como el recién expuesto: las nuevas tendencias de la argumentación jurídica rescatan de la antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre la argumentación jurídica. En esta línea se inscriben las teorías de autores como Theodor Viehweg, que revitaliza la tópica, Toulmin con su lógica operativa o dialéctica. Chaim Perelman, quien con Olbrechts-Tyteca rehabilita la retórica para el derecho. Neil Mac-Cormick, y Robert Alexy que desarrollan la teoría procedimental de la racionalidad.

De acuerdo con Atienza se deben distinguir tres tipos de concepciones (dimensiones) o maneras de contemplar la argumentación que pueden dar lugar a otras tantas concepciones si cada una de esas tres dimensiones se trata como si fuera la única o la fundamental. Sería entonces la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática una distinción básica y obvia que puede rastrearse en muchos autores, aunque no esté trazada de esa forma exactamente.

La concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática de la Argumentación (de acuerdo a la distinción de Atienza).

· La concepción formal: se utiliza para la solución de problemas formales de tipo matemático que tienen como elemento común el no ser problemas reales, sino ficticios, cuya utilidad es que nos ayudan a resolver los que se presentan en la realidad.

La solución de los problemas formales requiere llevar a cabo tareas argumentativas, o por lo menos que el resultado de esas tareas pueda exponerse de forma argumentativa.

La importancia de resolver problemas formales es que, ejercitarse en la solución de los mismos es un buen entrenamiento para hacer frente a problemas que no son simplemente formales. Es tanto así que en la práctica la necesidad de argumentar proviene de la necesidad de resolver problemas materiales, no estrictamente formales, pero por el conocimiento y pericia que tenemos para trabajar con estos se nos hace más fácil resolver aquellos.

Aquí las premisas y la conclusión son enunciados no interpretados, o si se quiere, interpretados en sentido puramente abstracto.

· La concepción material: al igual que la formal, debe valerse de argumentos generalmente deductivos, aunque no siempre. Esto da pie a que se diga que este tipo de concepción presupone la formal.

La diferencia es que en la concepción material el razonamiento no acaba, como en la formal, en las formas, sino que lo esencial es el contenido. Quien soluciona un problema de corte material tiene que comprometerse con la verdad o la corrección de un contenido o supuesto de hecho determinado, no así en la concepción formal, en la cual basta que la inferencia sea lógica.

· La concepción pragmática: resulta necesaria porque hay un tercer tipo de problema, que genera la necesidad de argumentar y que no puede calificarse ni de formal ni de material. Es el caso de las situaciones en las que interactuamos con otros. En estos casos, lo

que buscamos es persuadir sobre la veracidad de algo o bien sobre la falsedad de la tesis contraria. En el área jurídica esto está a la orden del día. El abogado debe convencer al juez de que su tesis y no otra es la verdadera, el juez debe convencer a las partes y aun a la comunidad en general de que su fallo ha sido emitido haciendo un buen análisis del caso, qué razones de hecho o de ley son los motivos de su decisión.

Aquí repetimos que este tipo de concepción tampoco se encuentra sola ni claramente diferenciada de las otras. En todo contexto en que se producen argumentaciones, los elementos formales y materiales se encuentran presentes y juegan su papel, pero aquí lo importante no es que el argumento tenga cierta forma o un gran contenido, o que las tesis tengan un gran fundamento, lo importante de estos argumentos es que tengan una gran fuerza explicativa y decisiva, que el público a quien va dirigido, o una gran parte de él, resulte convencido.

Otra característica que diferencia la argumentación pragmática de la formal y la material, es que estas últimas son eminentemente individuales, mientras que la primera es necesariamente social, está dirigida a un público. Esta concepción del derecho como argumentación, surgió en la década del 50 con la aparición de la obra tópica "Topik und Jurisprudenz" de Theodor Viehweg y el modelo retórico de Chaim Perelman y Olbrechts-Tyteca con su famosa obra "Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique".

La tópica de Theodor Viehweg.

Cuando tenemos que defender una posición mediante argumentos, es posible ahorrarse mucho trabajo invocando normas aceptadas antes por nuestro interlocutor o que son comúnmente aceptadas. De este modo, los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentador. En el mundo del derecho, Theodor VIEHWEG confirió gran importancia a esta forma de argumentar. Este autor escribió una famosa obra en el año 1953 que tituló Topik de jurisprudencia que pretendió ser un contrapunto a las corrientes sistematizadoras del derecho que por esos años ilustraban a desarrollar una lógica jurídica de las normas, una lógica deóntica.

MANUEL ATIENZA ha destacado los siguientes condicionantes para la rehabilitación de la tópica de la mano de VIEHWEG: (1) el renacimiento de la tópica con carácter previo en otras disciplinas ajenas al derecho; (2) la aparición de la lógica deóntica y la lógica jurídica con los escritos de VON WRIGHT y KLUG, frente a los que la tópica representa una reacción y (3), finalmente, la aparición de otros trabajos también referidos a la argumentación jurídica en términos semejantes a los del propio VIEHWEG, como la del filósofo NICOLAI HARTMANN, que hace la distinción entre pensamiento sistemático (Systemdenken) y pensamiento problemático (Problemdenken).

El pensamiento problemático o aporético, propio de la tópica, arranca del problema para encauzar un sistema, en tanto que el proceder sistemático opera desde el sistema para hacer una selección de los problemas. La tradición analítica ha dado prioridad al sistema a la hora de estudiar el derecho. Mientras que la tradición argumentativa y hermenéutica ha conferido prioridad a la idea de problema en perjuicio de la idea de sistema. Viehweg concibe el derecho a partir de una opción fundamental: "que sea lo justo aquí y ahora".

Por ejemplo, la teoría del derecho de los argentinos ALCHOURRÓN y BULYGIN ha concebido el ordenamiento jurídico como un sistema axiomático, siguiendo el modelo de HILBERT. Según estos profesores el derecho puede ser reconstruido como un conjunto de enunciados jurídicos formulados singularmente por el legislador, que funcionan como axiomas, la base axiomática del sistema, y un conjunto de enunciados derivados lógicamente que cumplen la función de teoremas del sistema, consecuencias lógicas de los axiomas.

KELSEN denominaba sistemas estáticos a los sistemas normativos que funcionan exclusivamente de este modo. Siguiendo libremente un ejemplo del propio KELSEN, imaginemos que una tribu tiene un único código de conducta escrito desde tiempos inmemoriales

sobre un papiro y en el que figuran una norma y dos definiciones excepcionales, de modo que el sistema normativo de nuestra tribu (SnT) está formado por la norma N 1 Y las definiciones Def. 1 y Def. 2:NI: «Debes amar a tu prójimo» Def: 1: «Amar» es ayudar y no agredir Def. 2: «Tu prójimo» es tu familia y tu vecino NI, Def. 1 y Def. 2 configuran la base axiomática del sistema normativo de nuestra tribu imaginaria (SnT). Sin embargo, aquí no se acaban las normas del sistema. También forman parte de él, según lo dicho, las normas derivadas lógicamente de estas normas codificadas. De modo que también pertenecen a SnT las siguientes normas, a pesar de no haber sido nunca pronunciadas (ni quizá imaginadas) por nadie:

N2: "Debes ayudar a tu familia".

N3: "Debes ayudar a tu vecino".

N4: "No debes agredir a tu familia".

N5: "No debes agredir a tu vecino".

Estas normas (N2-N5) forman parte del sistema SnT porque no es posible que NI, Def. 1 y Def. 2 formen parte de SnT y que las normas N2, N3, N4 YNS no formen parte de SnT. El conjunto de normas formado por N2, N3, N4 Y NS están contenidos en las normas formuladas en el sistema formado por NI, Def. 1 y Def. 2. Sin embargo, muchos autores han considerado que este planteamiento resulta insuficiente y desenfocado cuando hablamos de derecho. El derecho no sería susceptible de una sistematización como esta. Y ello no solo por la complejidad institucional de las normas jurídicas reales emanadas de sofisticadas estructuras estatales. En realidad, ni siquiera un ejemplo tan simplificado como el propuesto evita numerosos problemas interpretativos y valorativos implicados o las dificultades de la aplicación de la lógica al derecho. Ahora no es posible detenerse en un estudio pormenorizado de esta cuestión; basta constatar la visión del derecho como sistema que básicamente sostienen algunos autores a los efectos de contrastarla mejor con la concepción y la aplicación del derecho de corrientes escépticas frente a la idea de

Un defensor de la tópica jurídica jamás estudiaría el derecho como se acaba de hacer.

Quien mantiene una concepción tópica del derecho se preocupa más bien por el problema concreto y desde ahí comienza a tener una visión del sistema Sn1'. El punto de partida de la tópica sería probablemente preguntarse cuál es la decisión del chamán (al que se le ha encargado consuetudinariamente aplicar el código de la tribu) ante el conflicto que se plantea cuando delante de todos, un individuo A ha mirado desafiante a otro B, de muy lejano parentesco, en una fiesta pública. ¿Cómo decidirá este caso? ¿Podemos decir que estamos ante un caso de agresión aunque no sea física? ¿Ha incumplido A a las normas de la tribu que imponen amar a sus parientes? ¿Qué grado de parentesco se contempla en la norma? Lo importante aquí no es lo que dice el código, sino cómo resolver el caso aquí y ahora, y entonces entran en juego las técnicas de la tópica jurídica, entran en juego los lugares comunes socialmente aceptados, la tradición jurídica compartida, etc.

Theodor VIEHWEG vio con claridad que ante el derecho (como ante cualquier estilo de pensamiento) eran posibles, por tanto, dos caminos a seguir: transformar ese estilo en un método deductivo (sistematizarlo, como seguramente propondrían ALCHOURRÓN y BULYGIN) o bien conservar el estilo dado históricamente y hacer de él el objeto de una ciencia, alternativa esta última, por la que se inclina decididamente. Parece vislumbrarse en este proceder una importante vertiente historicista que encuentra en el providencial transcurso de la historia y de sus resultados un referente objetivo.

En su obra VIEHWG se refiere al estilo de los jurisconsultos romanos, desprovisto de sistematicidad, como el más adecuado a la naturaleza del derecho. La jurisprudencia debe regirse por un pensamiento problemático y la tópica en cuanto representa el pensamiento problemático, vendría a ser el instrumento más adecuado para su desenvolvimiento. Como dice PERELMAN "difieren de los axiomas porque la adhesión que se les concede no está fundada sobre su evidencia sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlo y de aplicarlo de manera diferente". Esta ambigüedad favorece una mayor relevancia del consenso

que se encuentra en la propia génesis de los tópicos y de la forma de vida en la que nacen.

En definitiva, VIEHWEG concibe el derecho a partir de una aporía fundamental: "que sea lo justo aquí y ahora", pues las normas integrantes del ordenamiento jurídico parecen sufrir una alteración al contacto con los casos concretos. La ley escrita se torna aquí un lugar común con reconocimiento social, un mero tópico más, si bien tipos de partida. Esta singularidad de la experiencia jurídica hic et nunc no se adecuaría a las largas cadenas de razonamiento que desarrolla el proceso deductivo (per modum conclusionis) a partir de un derecho sistemático.

Por ejemplo, como ha señalado Luis Prieto Sanchís, «aquí el Derecho ni siquiera sería una predicción acerca de cómo se comportarán los tribunales; sería casi una adivinanza»; Robert Alexy nos recuerda que, por más que se haya intentado perfilar los topoi, «con un enunciado como: "lo insoportable no es de derecho" no puede hacerse nada» o también se han formulado observaciones a las consecuencias ideológicamente conservadoras que comporta su teoría (que privilegia los tópicos socialmente aceptados y consolidados frente a las posibles posiciones críticas) y a la exagerada o, al menos, conflictiva contraposición de la tópica al sistema. Hoy en día hay quien ha llegado a afirmar que la tópica está muerta, pero incluso aceptando esta conclusión tan rotunda parece innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de VIEHWEG al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se forza en compatibilizar la práctica con la razón y la justicia. Por ello Atienza afirma que "el mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino el de haber encontrado un campo para la investigación".

Modelo retórico.

Denominamos así la teoría elaborada por Chaim Perelman (1912-1984), de origen polaco y formado en Bélgica, su investigación la desarrolló junto a Olbrecht-Tyteca en la obra Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique. Dicha teoría se presenta como un intento de completar la lógica formal con una teoría de la argumentación, para lo cual

desarrolla la definición de Aristóteles - dice Perelman - la retórica "tiene por objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento". Y señala como precisiones a esta definición las siguientes: a) la retórica trata de persuadir por medio del discurso; b) la prueba demostrativa (que analiza la lógica formal) es convincente con la condición de que se admita la veracidad de las premisas de las que parte; c) cuando se trata de valores, la adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable y; d) lo que distingue la retórica de la lógica formal, y en general de las ciencias positivas, es que no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión.

Una de las tesis fundamentales de Perelman es que existe la posibilidad de ofrecer argumentos y justificaciones racionales más allá de la deducción lógica y el control empírico.

La posibilidad de este uso práctico de la razón -dice- puede mostrarse en una teoría general de la argumentación, teoría que se dirige a elaborar una lógica de "los juicios de valor" a partir de un examen detallado de la manera como los hombres razonan efectivamente sobre los valores.

Para Perelman el valor de un argumento está determinado por su capacidad de convencer al auditorio al que se dirige. Y a falta de técnicas admitidas para la solución de problemas jurídicos se impone el recurso a razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación.

Ahora bien, puesto que el orador dispone de un gran arsenal de recursos argumentativos, ¿cuándo será posible decir que la argumentación es racional o da lugar a un consenso entre el auditorio que pueda considerarse racional? Para responder a esto distingue entre persuadir y convencer, e introduce la noción de auditorio universal.

El auditorio se define como "el conjunto de aquellos sobre los que el orador quiere influir por su argumentación". Ahora bien, las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes: para las partes en litigio, los profesionales del derecho y la opinión pública. De esta manera, "la búsqueda del

consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica a la que el derecho está muy acostumbrado y que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo, de orden social, moral, económico, político y propiamente jurídico, que los partidarios de las tesis en debate no dejarán de suministrar". Ante esta variedad de auditorios (que según Perelman es casi infinita), es necesario encontrar una técnica argumentativa que se imponga a todos los auditorios o al menos "a todos audi-

torios compuestos de hombres competentes

o razonables".

La búsqueda de una objetividad, cualquiera que sea su naturaleza -dicen los autores-, corresponde a este deseo de trascender las particularidades históricas o locales de manera que las tesis defendidas puedan ser admitidas por todos. Es aquí donde establece la necesidad de distinguir entre persuadir y convencer, otorgando solo a la argumentación convincente el carácter de argumentación racional. Los criterios por los cuales se pueden aislar de un conjunto de procedimientos y de facultades, ciertos elementos que se consideran racionales. Así denominan persuasiva la argumentación que no pretende valer más que para un auditorio particular y convincente la que se considera obtendrá la adhesión de todo ser de razón.

Una argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter obligatorio de las razones suministradas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas. El acuerdo del auditorio universal, señala Perelman, no se trata de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa al orador, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal.

Esta apelación al auditorio universal está en consonancia con la concepción cognoscitivista de los juicios éticos que asume Perelman al afirmar, por ejemplo (haciendo suyas las palabras de CJ Friedrich), que "el acto más justo es el acto que es más compatible con el mayor número de valores y creencias, teniendo en cuenta su intensidad". Y añade que tales valores y creencias son los de la comunidad en la que, y en nombre de la cual, se ejerce el poder político de crear y aplicar las leyes.

Perelman y Olbrecht- Tyteca realizan un examen de las diferentes técnicas argumentativas que clasifican en dos grupos, según se consideran como procedimientos de "enlace" o de "disociación". Los primeros se clasifican en argumentos cuasilógicos, argumentos que fundan la estructura real y argumentos basados en la estructura de lo real, tomando bien como fundamento el caso particular, o bien la semejanza entre estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos.

Autores de renombre, entre ellos Atienza, son críticos de la teoría perelmaniana, sobre todo de la noción de auditorio universal. Afirman que es un concepto ambiguo. Perelman, lejos de establecer con claridad qué entiende por auditorio universal, ofrece diversos conceptos no totalmente conciliables.

En ocasiones parece referirlo a un hecho contingente (individuos concretos) cuando dice que el auditorio depende de las ideas de individuos particulares y diversas culturas. Así, por ejemplo, se refiere a todos los hombres que son racionales y competentes respecto a las cuestiones que están siendo debatidas"; y señala que "te debes conducir como si fueras un juez cuya ratio de incidencia fuera a suministrar un principio válido para todos los hombres". De acuerdo con esto cabría inferir que el acuerdo del auditorio universal es el acuerdo de todos. Formulaciones como estas parecen estar sugiriendo que el auditorio universal está formado por la totalidad de los seres humanos.

Ahora bien, con todo, parece que la idea de un auditorio universal en Perelman encaja más con una construcción. El acuerdo del auditorio universal se trata -dice- "no -de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa al orador, de acuerdo con un auditorio que debería ser universal". En este 47 sentido, dice que la audiencia universal se corresponde así al concepto hebermasiano de "situación ideal del habla" el acuerdo de Perelman del auditorio universal es el consenso de Habermas al que se llega bajo condiciones ideales.

Pues bien, este carácter ideal del auditorio universal convierte a dicho concepto en un juicio valorativo que en Perelman se explica a través de una concepción cognoscitiva de los

Otra de las críticas relevantes a los trabajos de Perelman ha sido formulada también por Atienza en el sentido de que Perelman contrapone de forma excesiva lógica formal y lógica material. La insuficiencia del razonamiento lógico-deductivo no significa su invalidez absoluta, e ideológicamente su teoría resulta tendencialmente conservadora y esto le permite concluir a Atienza que "Perelman suministra a los juristas buenas razones ante todo, para seguir haciendo lo que hacen"; un ejemplo de esto lo encontraríamos en lo que él denomina "principio de inercia" según el cual todo argumento nuevo que quiera ser introducido frente a los vigentes tiene la carga de la argumentación.

Y la Teoría procedimental (1978). Conocida como la Teoría Standard de la Argumentación Jurídica.

ROBERT ALEXY, alemán, nacido en 1945, desarrolla en su obra A theory of legal argumentation una teoría procedimental de la racionalidad puesto que la clave de la misma reside no tanto en el carácter racional o no del contenido de la decisión, sino en el mecanismo argumentativo y procedimental que lleva a aquella.

Parte Alexy de que el concepto de razón práctica puede aclararse dentro de los juicios jurídicos y establece un sistema de proposiciones de las cuales pueden ser deducidas las premisas necesarias para la justificación de una decisión. El problema fundamental en todo proceso justificativo -señala Alexyconsiste en evitar el regreso al infinito que se consigue únicamente omitiendo la necesidad de una justificación ulterior, para la cual se necesitan un conjunto de requisitos que gobiernen el proceso de justificación. Pues bien, para Alexy estos requisitos pueden formularse como reglas del discurso racional. Estas reglas no garantizan la certeza de la conclusión, sino únicamente su fundamentación en virtud de la racionalidad del procedimiento empleado para llegar a él.

Partiendo de la consideración del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, procede en un primer momento a enumerar una serie de reglas del discurso práctico, para posteriormente, enumerar las reglas del discurso jurídico. Es por esto por lo que los problemas de una teoría procesal de la argumentación jurídica han de comenzar, para Alexy, con la teoría de la argumentación práctica general.

La teoría del discurso práctico está basada en un concepto de racionalidad que gira sobre seis principios: consistencia, eficiencia, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad.

Estas son de diferentes tipos. Hay reglas que regulan el comportamiento dentro del discurso práctico y reglas que se refieren a otras formas de discurso práctico, y reglas que se refieren a otras formas de discurso; algunas requieren una observancia estricta, mientras que otras contienen requisitos que solo pueden ser satisfechos aproximadamente, etc.

Ahora bien, el discurso jurídico no se dirige a argumentar sin más la racionalidad de la decisión, sino a fundamentar racionalmente aquella dentro del ordenamiento jurídico. Es por esto por lo que a las anteriores reglas es necesario añadir las específicas del discurso jurídico. Alexy, siguiendo a Wróblewski, distingue dos momentos en la justificación de un juicio jurídico: la justificación interna y la justificación externa. Ahora bien, cuando expone las reglas de la justificación jurídica, excluye de su tratamiento las normas de derecho positivo y las proposiciones empíricas.

Para Alexy, las reglas especiales del discurso jurídico no son más que aplicaciones de reglas y formas del discurso general práctico; así, por ejemplo, las reglas de la justificación interna son aplicaciones del principio de universalidad; el argumento teológico y el argumento ad absurdum variantes del argumento basado en las consecuencias de una regla; la doctrina del precedente se basa en el principio de universalidad, etc.

Las reglas y formas del discurso jurídico las divide en función de los aspectos (interno y externo) de la justificación. El primero está referido a la cuestión de si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas empleadas,

y se analiza dentro del denominado silogisoperaciones exactamente un único resultado. mo jurídico. La segunda alude a la corrección De esta manera se pronuncia en contra de la de las premisas que figuran como punto de tesis dworkiniana de la única solución correcpartida de la justificación interna; premisas ta, pero sin por ello negarle la virtualidad de que son de tres tipos: normas de derecho idea regulativa. positivo, proposiciones empíricas y premisas En todo caso -señala- está claro "que en la que no entran en ninguna de las anteriores

categorías. La teoría procedimental de Alexy tiene que hacer frente a dos problemas: el de su fundamentación o justificación, y el de su aplicación.

Respecto de la primera cuestión, el problema reside en saber si las veintidós reglas del discurso racional son susceptibles a su vez de una justificación, dada la diversidad de las mismas y sus diferentes inspiraciones filosóficas.

Alexy no da a esta cuestión una respuesta definitiva. Señala que las mismas son susceptibles de justificación diversa, ninguna de las cuales es totalmente suficiente. Así, enumera algunos tipos de fundamentación: técnica (permite la solución de conflictos sin recurrir a la fuerza), definitoria (define un juego del lenguaje que se da de hecho o que es construido artificialmente), empírica (son reglas seguidas de hecho) y universal pragmática (su validez proviene de que las mismas constituyen condiciones de posibilidad de cualquier comunicación lingüística). Ahora bien, cada uno de estos métodos es insuficiente por sí solo y, además, no agota todos los tipos de justificación posible.

En realidad, podríamos decir que la justificación de las diferentes reglas la encuentra Alexy en el argumento de autoridad filosófica, puesto que cada una de las reglas remite a una de las teorías (y a sus respectivos autores, entre los que hay que destacar a Habermas) de la razón práctica. Sobre la segunda de las cuestiones, hay que señalar que -como el mismo Alexy indica- el cumplimiento de las reglas por él enumeradas no conduce a la certeza del resultado, sino que únicamente garantizan el carácter racional del razonamiento jurídico.

La debilidad principal de la teoría del discurso -señala Alexy- consiste en que su sistema de reglas no ofrece un método que permita alcanzar siempre, en un número finito de

realidad no existe ningún procedimiento que permita,..., llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga, sin embargo, a renunciar a la idea de la única presión..."; los participantes en un discurso jurídico -sostiene- deben presuponer aquella como idea regulativa, la idea regulativa de la única respuesta correcta.

No presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Solo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta. Lo anterior es consecuencia del carácter mismo de las reglas que propone Alexy como reglas específicas del razonamiento jurídico; buena parte de las cuales no son más que las tradicionales reglas del método jurídico elaboradas por Savigny e incorporadas, en mayor o menor medida, a los ordenamientos positivos, esto conlleva a que buena parte de las críticas que se han realizado contra esos criterios interpretativos se pueden reproducir respecto de las reglas de Alexy. Por ejemplo, la vaguedad de los diferentes métodos interpretativos, la falta de una jerarquía entre los mismos, la inconcreción que supone hablar en los actuales sistemas jurídicos de la voluntad del legislador y de los fines de este. Por otro lado, Alexy omite toda referencia al problema de las razones empíricas, con la importancia que el establecimiento de los hechos tiene en el proceso de toma de decisión judicial.

Como se desprende del desarrollo de estas concepciones, todas tienen sus defensores y detractores, desacuerdos que nos permiten comprender las bondades y limitaciones de cada una de ellas. Teorías que son modelos que no pueden reproducir de forma fiel la realidad, por lo que no podemos afirmar que 49 una determinada teoría es mejor que otra, lo importante es tener claro y comprender cómo funciona el sistema jurídico, para en cada solución jurídica asumir la teoría más plausible. "No hay mejor práctica que una buena teoría".

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha técnica: Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_ Ficha=196&lang=es [Consultada el 17 de abril de 2017].
- Corte I.D.H., Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.8 serie C, No. 239 p. 39.
- Juzgado de Menores de Villarrica, Chile de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2567).
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia "Los guardianes del muro de Berlín", 1964.
- Tribunal Supremo de Puerto Rico, 97 JTS- (CT-96-14,188/11/97).

Jurisprudencia nacional

Sentencia de la SCJ impresa en boletines judiciales después de la división en cámaras en 1991: SCJ, 1a Cám., 21 de junio de 2000, núm. 8, B.J. 1075, Vol.1.

Doctrina

- ALEXY, Robert. (2004). El Concepto y la Validez del Derecho. Editorial Gedisa. Barcelona.
- ATIENZA, Manuel. (2006). El Derecho como Argumentación: Ariel Derecho, Primera Edición.
- ATIENZA, Manuel. (2017). Filosofía del Derecho y Transformación Social, Editorial Trotta, S. A. Madrid.
- BOBBIO, Norberto. (1999). Teoría del Derecho. Editorial Debate. Sexta Reimpresión.
- CISNEROS FARÍAS, Germán. (2000). Teoría del Derecho. Editora Trillas. Segunda Edición. México.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y razón". (2011). Editora Trotta. Decima edición.
- Fuller, Lon L. "El caso de los exploradores de cavernas", Lexis Nexis Abeledo- Perrot. Segunda Edición 2002. (Traducción de Genaro R. Carrió). Argentina.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, GAZCON. Marina. (2005). Teoría de la Argumentación en el derecho, Palestra, Perú,
- GAZCON, Marina. (1997). Lecciones de Teoría del Derecho. Ciencias Jurídicas, Madrid. Graw Hill.
- KELINGER, y Fred. N. y LEE, Howard B. (2002). "Investigación del Comportamiento; métodos de investigación de las ciencias sociales", 4ta edición, Mc Graw Hill editores. México.
- LAPORTA, Francisco. (2007). El Imperio de la Ley, una visión actual. P.107-126. Madrid.
- 50 NINO, Carlos. (2006). Introducción al Derecho. Ariel.
 - ROSS, Alf. (2005). Sobre el Derecho y la Justicia. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Tercera Edición. Buenos Aires.
 - TRIAS MONJE, José. (2000). Teoría de Adjudicación. Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Primera Edición, Estados Unidos de América.



¿Quiénes Somos?

SOMOS UN BOLETÍN DE NOTICIAS TRIMESTRAL, QUE INFORMA SOBRE LAS ACTIVIDADES DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

SIGUE NUESTRA PAG WEB: WWW.ENJ.ORG

PARA TENER MÁS DETA SOBRE TODAS LAS ACTIVIDADES QUE OCURREN EN LA ESCUEL

ENJ NEWS ENJ NEWS



La Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), y el Programa de las La Escueia Nacional de la Judicatura (ENJ), y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), firmaron un acuerdo de Acciones Unidas para el Desarrono (PAUD), arramator un acaserso un cooperación interfestitucional, destinado a llevar a cabo proyectos de

oxoperación interrestructoria, destinado a nevar a cano propertus de fornación y capacitación conjunta. El acto se llevó a cabo el lunes 22 de febrero a las ogcoo a.m en la sede de la ENJ. El convenio ha sido nabricado por el magistrado Mariano Germán Mejía, Presidente del nuoricano por et magostrano mariano German anejas, pressonine oer Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura, y el doctor Lorsejo intectivo de la Escuesa riacional de la Judiciatura, y el doce Lorenzo Jiménec, representante residente del PNUD en República Dominicana.

El convenio ha sido rubricado por el Mag. Mariano Germán en representación de la ENJ y Lorenzo Jiménez, representante del PNUD en R.D

Disponible en: www.enj.org

Boletín de noticias

Escuela Nacional de la

trimestral de la

Judicatura



Subscribete en: ISSUU Escuela Nacional Judicatura



VÍCTOR JOSÉ CASTELLANOS ESTRELLA

Juez Emérito de la Suprema Corte de Justicia República Dominicana vcastellanosest@gmail.com

Juez Emérito de la Suprema Corte de Justicia

MATERNIDAD GESTACIONAL SUBROGADA: DIVERSIDAD **CONTRACTUAL Y CONFLICTOS** DE FILIACIÓN

SUBROGATED MATERNITY: CONTRACTUAL DIVERSITY AND **CONFLICTS OF FILIATION**



RESUMEN:

Este trabajo consiste en una monografía jurídica descriptiva de la institución de la Maternidad Gestacional Subrogada y sus distintas vertientes, desarrollando un análisis de las diferentes implicaciones jurídicas, éticas y legislativas y su comparación con los sistemas normativos actuales. Formulando ideas con la finalidad de propiciar la aprobación de una legislación que regule la temática, acorde con los principios éticos requeridos para un tema de salud reproductiva y vinculado con el Derecho de Familia.

Palabras claves:

52

Maternidad Gestacional Subrogada, fecundación "in vitro", filiación biológica, contrato, filiación, maternidad, paternidad.

Recibido el 30/5/2018 Aprobado el 18/7/2018

Abstract:

This article consists of a descriptive legal monograph of Surrogate Maternity and its multiple aspects, developing an analysis of the different legal, ethical and legislative implications and their comparison with current legal systems. Formulating ideas with the purpose of promoting the approval of a legislation that might regulate the theme, in harmony with the ethical principles required for a reproductive health issue and linked to Family Law.

Key words:

Surrogate maternity, In Vitro Fertilization, biological filiation, contract, filiation, maternity, paternity.

n la historia de la humanidad, la este-

 ¬ rilidad como disfunción fisiológica en

 la persona, ha suscitado grandes tensiones, originando sentimientos enormes de carencia, y propiciando a su vez en la pareja trastornos en sus relaciones conyugales. El hombre o mujer estéril se percibe disminuido por ser "él o la causante" de la infelicidad matrimonial en muchos casos.

De igual manera, unido a esa inquietud que genera la esterilidad como tal, la especie humana ha mostrado el deseo de intervenir, de alguna forma, en la generación de los seres humanos. Esa tentación o disposición se manifiesta en numerosas fábulas y leyendas, así como en la tradición de algunos pueblos. Por ejemplo: Simón el Mago, da vida a un muchacho por medio de la hechicería. El mismo rito cabalístico del "golem" tiene su correspondiente en el rito Diksha de los Brahmanes.

Más aun, la capacidad reproductora de los humanos se solía asociar o identificar con la capacidad de la tierra para producir frutos; la mayoría de los ritos fálicos estaban dirigidos a solicitar los favores de alguna divinidad a la que se invocaba para lograr también cosechas abundantes. Recordemos en la mitología que Dionisio (Dionysus); el dios griego de la máscara, el vino y el desenfreno sexual, era también el mismo ser mitológico de la vegetación.

Esa identificación de la maternidad con la fertilidad de la tierra o, si se quiere, con el misterio del nacimiento, tenía, claro está, un preciso y evidente interés social: los hijos eran tan imprescindibles para la supervivencia de la comunidad como la abundancia de cereales. Definitivamente, la esterilidad no solo se entendía como el mayor de los infortunios, era también un motivo más que justificativo de repudio o separación.

En la antigüedad, de igual forma, encontramos algunos precedentes de maternidad gestacional subrogada. El primer caso citado en la historia tuvo lugar en Canaán, fue Sarai, la esposa de Abraham, quien era estéril y para darle descendencia a su esposo le ofreció su esclava Agar. Abraham aceptó y con 86 años de edad concibió un hijo Ismael, de quien descienden los árabes conocidos como: ismaelitas o agarenos (Antiguo Testamento-Génesis 16). Otro hecho citado en la historia de Mesopotamia, en el siglo XVIII A. C. es el de Bilhá, segunda esposa de Jacob, quien puso a disposición de su marido a la esclava Raquel, con quien procreó dos hijos: Dan y Neptalí. De igual manera, el Código de Hammurabi creado en el año 1780 A. C. disponía que las mujeres estériles podían ofrecer a una esclava a su marido, con la intención de procrearse y evitar que el marido busque una concubina; además dicho código concedía "garantías sociales" para que dichas mujeres no puedan ser vendidas y se mantuvieran cerca de sus hijos.

En ese ámbito del devenir de la historia de la humanidad, los descubrimientos en el campo de la biología, la genética, la embriología y otras ciencias afines marcaron una nueva era, la científica. Su crecimiento asombroso. desmedido e ilimitado ha traído verdaderos milagros científicos como son: la prolongación de la vida artificialmente, trasplantes, donación de material genético, conservación de órganos, reproducción asexual, "maternidad gestacional subrogada", entre otros. Ese desarrollo de la ciencia y la tecnología, como se observa, permiten interferir en el ciclo vital y la reproducción natural de los seres humanos. Actualmente las técnicas de reproducción asistida ponen a disposición nuevos medios y mecanismos para quienes buscan concebir; de acuerdo a los requerimientos de los usuarios y la "demanda del mercado"; incluso desafiando la moralidad y la licitud, cuando se manipula artificialmente al no nacido.

Esos adelantos en las ciencias, obviamente, acarrean nuevas ideas, visiones y decisiones que vienen acompañados por aspectos biológicos, genéticos, filosóficos, éticos, morales, religiosos y jurídicos, entre otros, que de alguna manera deben buscar respuestas en sus respectivos campos a la temática planteada.

Particularmente señalamos en lo jurídico porque es la razón de ser de estas líneas y porque, además, "el Derecho es consustancial de la sociedad: es su elemento formal. No puede deducirse libremente de principios axiomáticos:

el Derecho se deriva necesariamente de postulados sociales, no se infiere del concepto arbitrario de justicia, sino que se refiere a la necesidad concreta del orden". De manera pues, por razones imperativas, el Derecho como manifestación de los fenómenos sociales se debe a las exigencias insoslayables de la vida social de todos los seres humanos. Se impone, por razones obvias, que la norma jurídica estudie y profundice rápidamente en la temática; propiciando vencer la distancia, muchas veces abismal entre ella como elemento de control social y la realidad científica y social que pretende regir. Admito, con todo pesar que la ciencia en su desarrollo dinámico se aleja cada vez más, sobretodo en la genética, de la realidad jurídica existente. En efecto, el Derecho siempre se percibe en retraso con relación a la dinámica científica.

Hoy el Derecho y la ciencia están ante un gran reto; de tal magnitud que, con motivo de la celebración del Simposio Internacional de Florencia en el año 1986, sobre la temática el profesor Watson expresaba: "La ley será superada antes de ser votada"2.

2.- Diversas Técnicas en la Reproducción Humana Asistida.-

La instrucción "Donum Vitae" de la Congregación para la Doctrina de la Fe señala que por procreación artificial, fecundación artificial o fecundación humana asistida se denomina a los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diferente de la unión sexual del varón con la mujer³. No obstante, debemos señalar que siempre que un tercero (sea médico, o un especialista en ingeniería genética) interviene para lograr la multiplicación de la especie humana por métodos artificiales, diferentes a la concepción natural, estamos en presencia de la fecundación humana asistida4.

Cabe también indicar, que son muy variadas las posibilidades técnicas de reproducción

MANS, Jaime. (1947). "Los Principios Generales del Derecho".

Repertorio de reglas y máximas. Bosch, Barcelona, xxii. 2 "Simposio Internacional de Florencia". Publicaciones del Consejo de Europa, 1986, pág. 3.

Cfr up Supra.

asistida, no obstante, solo nos vamos a referir a las indicadas a continuación por ser las más conocidas en nuestro medio y las que más se prestan a ser analizadas en sus perspectivas jurídicas.

- Inseminación artificial, que puede ser:
 - Inseminación artificial, con semen del cónyuge (IAC).
 - Inseminación artificial, con semen de donante (IAD).
- Fecundación o fertilización in vitro (FIV) que puede ser:
 - 1. Fecundación in vitro por transferencia de embriones (FIVITE).
 - 2. Fecundación in vitro por transferencia intratubárica de gametos (GIFT).
- c) La reproducción asexual o donación (Cloning).

3.-Maternidad Gestacional Subrogada. ¿En qué consiste?

Consiste en suscribir un contrato con una mujer, previamente elegida y que acepta las bases del acuerdo, la cual accede a desarrollar en su vientre una criatura en una etapa determinada (ya sea la concepción, sea el proceso de gestación) y traerla al mundo para luego entregarla a una pareja contratante. En ese acuerdo, la parte interesada lo puede formalizar una pareja casada, en unión consensual o persona sola, proporcionando un gameto fecundado, que posteriormente será implantado en el útero de la mujer elegida, de preferencia soltera; quien asume el compromiso de entregarlo al momento del alumbramiento. A esos fines, la fecundación del gameto femenino con el gameto masculino se realiza mediante la técnica de fecundación "in vitro", para luego, mediante procesos médicos colocarlo en el vientre de la mujer que lo llevará por nueve meses.

Por su parte, en el Informe Warnock⁵ elaborado en el Reino Unido se le define de la siguiente manera: "Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño



Congregación para la Doctrina de la Fe. "Instrucción Donum Vitae". Centro Meriño para la Creatividad Cristiana. Pucmm, 1987, núm. 111.

El informe Warnock. Disponible en la Dirección electrónica: http://mda.una.edu.ve/UserFiles/file/informe-warnock.pdf.

para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca".

La maternidad gestacional subrogada se conoce también como: maternidad sustituta. gestación por encargo, arrendamiento de útero, alquiler de útero, madre de alquiler, madre suplente, portadora, etc. Además, a la par de los nuevos tiempos, también han cambiado los términos usuales en referencia a la maternidad. En la actualidad se usan, entre otros, los siguientes:

- 1.- Maternidad de gestación: es aquella que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.
- 2.- Maternidad genética: es aquella que aporta el material genético (óvulo). Es decir la mitad de la aportación genética con la que se constituye un ser humano.
- 3.- Maternidad biológica: sería aquella que abarca las dos anteriores.
- 4.- Maternidad legal o jurídica: aquella que la ley reconoce como tal.
- 5.- Maternidad de deseo: aquella que quiere y anhela el niño. También llamada Madre Comitente.6

4.- Clasificación de la maternidad gestacional subrogada atendiendo a la participación genética de las partes involucradas:

- Homóloga: es la que se origina cuando el material genético que se utiliza para lograr el embarazo, es propiedad de los padres y no de algún donador⁷.
- **Heteróloga**: es la que se origina cuando el material genético que se utiliza para lograr el embarazo, es en parte o en su totalidad de una tercera persona distinta a los padres8.
- Subrogación Total: En esta modalidad la mujer contratada es inseminada portando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el hijo al

padre biológico, renunciando a todos sus derechos9.

Subrogación Parcial: esta modalidad supone que la madre gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.

5.- Diversidad Contractual. Supuestos de Maternidad Gestacional Subrogada.-

Para un mejor encuadre del estudio contractual y de la determinación y acreditación de la filiación que se origina en la maternidad gestacional subrogada, analizaremos la misma en base a las partes que intervienen en el acuerdo y tomando como parámetro cuatro supuestos posibles.

En el análisis hay que partir de que en la maternidad gestacional subrogada intervienen tres partes:

- La pareja contratante (que pueden o no aportar el material genético);
- b) La mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación y;
- El equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

En base a cuatro supuestos encontramos:

- La pareja que contrata aporta el material genético en su integridad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con el propósito de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- La mujer interesada aporta su óvulo fecundado por persona ajena a su pareja, en cuyo supuesto, existen unos padres genéticos (o madre genética) que desean al hijo y una madre gestante que accede a engendrarlo para, posteriormente, entregarlo cuando dé a luz.
- La mujer gestante además de llevar a 55cabo la gestación aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con esperma del sujeto individual, de uno de los miembros de la pareja que contrata o

Bandrac, Réflexions sur la maternité, MélangesRaynaud, D. 1985, chron. 27.

BERNARD MYNARD, Rafael. (2000). Efectos Jurídicos de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Universidad Católica Andrés Bello; Publicaciones UCAB. Pag-93. Caracas, Venezuela. BERNARD MYNARD, Rafael, Óp., Cit., 95.

LABRUSSE, Riou. (1986). La filiation et la medicine modern,

de un tercero. Hipótesis que da lugar a la existencia de una madre genética que a su vez es gestante, y una mujer que desea ser la madre legal y unos sujetos que de igual forma quieren ser padres legales y que también pueden ser padres genéticos.

d) Que el material genético sea aportado por individuos ajenos a la persona soltera contratante o a la pareja matrimonial o de hecho de esta y en la que la madre portadora cede únicamente su útero.

En estos casos, existirán por así decirlo tres partes: la madre gestante, los padres genéticos (que aportan su material reproductor) y quienes desean ser padres o madres legales y que son los que han llevado a cabo el contrato de gestación por subrogación. Verdaderamente, el caso más sencillo es el primero, que puede presentarse cuando los titulares de los materiales reproductores coinciden totalmente con los miembros de la pareja comitente, quienes aportan tanto el espermatozoide como el óvulo; produciéndose así la llamada fecundación in vitro homologada, para luego implantar el cigoto obtenido en el útero de la mujer contratada, la cual llevará a cabo el embarazo y posterior entrega del hijo nacido a los progenitores biológicos. Es por así decirlo de alguna manera, la modalidad que menos complicaciones lleva consigo.

Ahora bien, al tenor de los principios jurídicos que dominan el Derecho de Familia en el país, en principio, la madre jurídica es la indiscutible, en cuanto gesta y alumbra al nacido, por virtud del antiguo axioma "mater semper certa est etiam si vulgo concepterit", sin olvidar tampoco la situación jurídica del marido o pareja de hecho de la mujer gestante. Ello origina multitud de disputas y crea grandes problemáticas sobre algunos supuestos, como se verá a lo largo del trabajo.

No obstante, la falta de regulación al respecto en nuestro país, lamentablemente, propicia que no sea posible que se formalicen "instrumentos privados" que establezcan pautas contractuales que regulen (desde el campo de la autonomía de la voluntad, renuncia de la maternidad, etc.) las pautas que recogerían a este tipo de prácticas. De existir esos instrumentos, los mismos se tornan de ningún valor, atento el déficit originario del que adolecen y que los invalida como acto jurídico.

No obstante, podríamos señalar que el pacto a los fines de una maternidad gestacional subrogada supone la existencia de un acuerdo mediante el cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero. De ese acuerdo surgen obligaciones particulares que surgen para las partes del contrato.

Veamos...

Para el caso de la madre subrogada:

- 1) Permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico o con el semen u óvulo donado o ambos a la
- 2) Llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del niño, y
- Renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

También existe una contrapartida de los padres contratantes:

- Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.
- 2) Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y
- Como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación o ninguna compensación si es a título gratuito.

Ese pretendido contrato suscrito entre las partes, presenta una interrogante muy grande en la medida de que su naturaleza se presenta incierta.

Algunos opinan que se trata de un contrato mediante el cual se arrienda el útero de la mujer gestante; otros opinan que su naturaleza conforma un contrato de incubación en útero ajeno. Por el contrario se señala que su naturaleza contractual reviste una especie de mandato a





los fines de llevar en el vientre un niño hasta que nazca. Como se observa, no existe uniformidad de criterio sobre la naturaleza del contrato suscrito entre los presuntos padres contratantes y la madre gestante.

El denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, etc. Nos hallamos ante actos jurídicos atípicos, pero tipificables, es posible, a futuro y pertenecientes al Derecho de Familia. En este contexto estamos hablando de un derecho personal y no así de un derecho real, es decir no hay un poder inmediato y directo sobre las cosas ya que no es posible considerar a un ser humano concebido por medio de la fecundación in vitro como una cosa o el útero como un objeto sobre el cual recae el uso, goce, disfrute o disposición.

Empero, a pesar de las divergencias sobre la naturaleza del contrato, una cosa se avizora en el firmamento del acuerdo; al parecer reúne las condiciones de un contrato innominado, puesto que no puede encasillarse con otras figuras tradicionales contractuales.

Sobre el particular se señala que en cuanto a la causa del contrato ésta resulta ilícita porque contradice el orden público y las buenas costumbres. En cuanto al objeto, también es ilícito toda vez que la capacidad generativa del mismo es indisponible, intransferible, inherente a la personalidad jurídica de las personas. Constituye un objeto extra comercio. Se agrega que es incompatible con la dignidad humana que deriva del principio de indisponibilidad; porque los negocios jurídicos relativos al Derecho de Familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público, debido a los imperativos éticos y función social que los rige; por último, altera el estado civil de las personas.10

Al plantearse la nulidad del contrato a los fines de Maternidad Gestacional Subrogada, se produce la nulidad ipso iure; siendo apreciable de oficio; es una nulidad erga omnes y no abarca ni la prescripción, ni la confirmación.

Sériaux, Droit naturel et procreation artificielle, Quelle jurisprudence? D. 1985, chron.53. Raymond, La procréation artificielle et le droit français, JCP 1983, I, 3114.

No obstante, existen algunas corrientes judiciales, sobretodo en Estados Unidos, específicamente en el Estado de California, en donde una mujer gestante se negó a entregar la criatura que había nacido fruto de un contrato a los fines gestación subrogada bajo el fundamento de que: "No es un contrato de orden público. Los pagos hechos tenían como objetivo compensarla por el servicio de gestar al niño. No considera a los niños mercancías. Negar el valor al contrato impide que la mujer tenga la libertad de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee. No colide con los derechos del niño porque el interés de éste coincide con el de los padres. Concluyendo que ...la maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención expresa de las partes. Esta es la causa eficiente del contrato".

Por otra parte, también existen posturas intermedias en relación al contrato en algunos países: se admite su licitud cuando el mismo es gratuito; se admitiría entre amigos y hermanos, siempre y cuando el embrión provenga de la pareja comitente, no de la gestante o un tercero.

En Estados Unidos, además, existen experiencias frente al contrato de Maternidad Gestacional Subrogada sea porque existe regulaciones del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia (tal es el caso del estado de California); sea porque no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, o, se acude a la noción de orden público y a las normas del Derecho de Familia para determinar su validez, y, muchas veces la regulación del contrato de Maternidad Gestacional Subrogada está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del contrato.

6.- Conflictos de Filiación.

Para poder analizar los posibles conflictos de filiación que se pueden presentar con el uso de la maternidad gestacional subrogada, nos vemos precisados a volver sobre los cuatro supuestos que anteriormente hemos señalado:

En el supuesto (a) en donde la pareja matrimonial o pareja consensual aporta el óvulo y el esperma para la fecundación y en donde se produce esta última "in vitro", la función de

la madre gestante reside en llevar por nueve meses la criatura y luego dar a luz. Si bien hoy en día en nuestro derecho, puesto que no existe legislación al respecto, la maternidad recaería en la madre gestante porque es la que ha gestado y parido la criatura ("mater semper certa est etiam si vulgo concepterit") siguiendo el principio tradicional que rige nuestro derecho de la "filiación biológica", no menos cierto es, que al tenor de los parámetros de la maternidad gestacional subrogada, la filiación en cuestión estaría en favor de los padres contratantes. La criatura por haber nacido dentro de un matrimonio se beneficiaría de la filiación matrimonial, antiguamente llamada "legitima". Es importante recalcar que si asumimos esta última postura estamos abandonando el principio de la filiación biológica para asumir la filiación que genera un contrato.

En el supuesto (b) en donde la mujer contratante aporta su óvulo, pero, éste es fecundado por esperma donado por un tercero a la pareja. En este caso el hijo tendrá su madre biológica y puede operar la presunción de hijo de la pareja contratante, obviamente, si el padre (no el donador de esperma), sino el marido de la mujer casada si éste consistió en ello. Si proviene de una pareja no casada, opera la filiación biológica con respecto a la madre que aportó su óvulo. Podría también en este mismo caso operar una adopción respecto al padre unido de forma consensual, (recuerden este no aportó el esperma, fue un tercero). Nótese que la madre gestante llevó la criatura en su vientre por nueve meses y luego dio a luz. En este caso, observemos que también nos apartamos de la filiación biológica con respecto al padre.

En el supuesto (c), la mujer gestante además de llevar a cabo la gestación aporta el material genético, el cual podría ser inseminado con esperma del sujeto individual o de uno de los miembros de la pareja que contrata o de un tercero. En este caso la madre gestante tiene una doble calidad: lleva a cabo la gestación y, al mismo tiempo, aporta el óvulo que es fecundado con el esperma del hombre que forma la pareja o por semen donado. Aquí la madre contratante, al no aportar su óvulo, ni gestar no está unida a la criatura por la filiación biológica, sino por el contrato de subrogación. Existe la filiación biológica

59

con respecto a la madre aportante de óvulo y gestante al mismo tiempo. Pero en el caso del hombre, opera una doble respuesta: Si el aportante del esperma es el cónyuge de la mujer contratante opera la filiación biológica con respecto a él; en el caso del aportante del esperma (donante), si bien está unido a su ADN la criatura, en el plano de la subrogación no tendría ningún lazo de filiación con el niño que nazca. Obviamente, insistimos, al no existir en el país ninguna legislación al respeto se presentaría un gran conflicto de filiación, sobre todo ante la apertura de una sucesión donde hava más herederos.

En el supuesto (d) el material genético sea aportado por la madre soltera contratante o por individuos ajenos a la persona soltera contratante o a la pareja matrimonial o de hecho de esta y en la que la madre portadora cede únicamente su útero.

Veamos este caso de forma particular:

- 1.- La madre soltera contratante aporta su óvulo y un hombre dona su esperma. La mujer gestante solo lleva la criatura en su vientre por nueve meses y da a luz. La madre soltera contratante posee la filiación biológica, pero, al ser mujer sola, solo es hijo de ella; antiguamente denominada filiación natural. Se forma una familia monoparental, toda vez que el hombre donante le asiste esta única realidad. Mas aún, si el padre es conocido la criatura tendrá un "padre conocido". Si por el contrario, el padre donante es desconocido, la filiación del niño es hijo de "padre desconocido".
- 2.- El padre es un hombre soltero contratante y aporta su esperma. La mujer subrogada aporta su óvulo, gesta y pare. El niño nacido está unido por filiación biológica con el padre y la madre gestante.
- 3.- El hombre y la mujer son solteros ambos y, al mismo tiempo, el hombre es homosexual y ella lesbiana. El uno, ni ella quieren tener relaciones sexuales con una pareja del otro sexo. El y ella contraen matrimonio en el país donde esto se permite con una persona de su mismo sexo. Pretenden tener hijos, él (hombre) casado con otro hombre, suscriben un

contrato de gestación subrogada con una mujer, uno de ellos aporta su semen y una mujer dona su óvulo, otra mujer lo gesta y pare. El hombre que donó su esperma está unido al niño por la filiación biológica. La madre gestante queda fuera de la filiación biológica y la donante del óvulo que puede ser una donante anónima también queda fuera. Pero, resulta que el matrimonio entre personas de un mismo sexo no está permitido en el país, al hacer la declaración de nacimiento el otro hombre (el cónyuge del donante de esperma) no puede figurar en el acta de nacimiento ¿Cómo? ¿En calidad de qué? Debemos observar que el registro de nacimiento en el país está hecho para personas heterosexuales.

En relación a la mujer lesbiana casada con otra mujer, contratan a una mujer para tener un hijo. Ninguna de las dos aporta su óvulo, sino que lo hace una tercera persona. En este caso no existe relación biológica con ninguna de las dos mujeres contratantes y la mujer gestante solamente es eso, "gestante". En puridad de derecho actualmente la gestante se beneficiaría del axioma "mater semper certa est etiam si vulgo concepterit". Las mujeres "casadas" y contratantes a su vez, tendrían un gran problema al pretender declarar al presunto hijo por ante el Oficial del Estado Civil. No se benefician de la filiación biológica y, al mismo tiempo el matrimonio entre personas de un mismo sexo no tiene validez en el país. En este caso podría darse una especie de adopción prenatal, pero tampoco en el país no está permitida la adpción a personas de un mismo sexo.

Los supuestos posibles en la maternidad gestacional subrogada pueden ser muy variados, pero, tal y como hemos explicado existen impedimentos para formalizar cualquier filiación. Recordemos la ciencia ha dejado muy atrás a la legislación: "La Ley será superada antes de ser votada".

7.-A manera de conclusión.-

¿Se le puede atribuir la maternidad biológica a una mujer por el solo hecho de gestar y dar a luz al niño?

- ¿Qué pasará con la "Filiación Biológica"? ¿Tendremos una "filiación contractual"?
- ¿Cómo inscribir en el Registro Civil dominicano la criatura nacida mediante esta modalidad de gestación? Recordemos la vigencia del delito de "supresión de estado"
- ¿Cuál es la suerte de la filiación de los donantes de esperma u óvulo?
- ¿Qué importancia tiene "El Interés Superior del Niño?
- ¿Qué importancia tiene en esta modalidad de gestación el derecho que poseen las personas de saber su origen?
- ¿Qué decir de la abuela de 67 años que dio a luz mediante gestación subrogada al hijo de su hijo (nieto)?
- ¿Qué decir del caso de una mujer que gesta y da a luz un hijo de su hijo homosexual?
- ¿Qué decir de una mujer adicta a los embarazos subrogados? (16 hijos). Nota: Todos mediante una contrapartida económica.
- ¿Qué decir de un niño nacido mediante gestación subrogada tres años después de morir su padre biológico?
 - 1.- Hoy en día estamos en presencia de instituciones antiguas de las ciencias jurídicas, para resolver problemas familiares y sociales nuevos como la maternidad gestacional subrogada; se producen

- soluciones confusas, por lo cual nace la necesidad de regulaciones legislativas imbuidas de parámetros éticos y morales para afrontar estos nuevos retos.
- 2.- La regulación normativa debería tener como objeto y principios, el respeto a la dignidad y la integridad física y psíquica de las personas, en concordancia con la Constitución, los Tratados Internacionales, la Ley y las Costumbres.
- 3.- No pisotear la dignidad de las mujeres pobres mediante la contratación de maternidades subrogadas en beneficio de mujeres o familias
- 4.- Posibilitar que la prole nacida mediante la modalidad de gestación subrogada, pueda conocer su verdadero origen familiar.
- 5.- Propiciar la organización de fórmulas contractuales alejadas del mero mercantilismo profesional.
- 6.- Favorecer la conclusión de un "consentimiento informado" que proteja integralmente a los contratantes de estas modalidades reproductivas.
- 7.- Una correcta supervisión sanitaria de los órganos competentes del Estado sobre la profesión médica, el ejercicio de los abogados y notarios, hospitales, bancos de semen y de óvulos, etc.
- 8.- Proteger la dignidad del "nasciturus" por encima de todo.

BIBLIOGRAFÍA

- BANDRAC, Réflexions sur la maternité, Mélanges Raynaud, D. 1985, chron. 27.
- BELLIVIER, Florence/Brunet, Laurence/Labrusse-Riou, Catherine, La filiation, la génétique et 60 le juge: où est passée la loi?, RTDC, 1999,
 - BERNARD MYNARD, Rafael. (2000). Efectos Jurídicos de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Universidad Católica, Andrés Bello, Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela.
 - CARRACEDO, Angel/BARROS, Francisco. (1995). El cálculo de probabilidad en la prueba biológica de la paternidad. Rev. Der. Gen. H., núm. 3.

- CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. Aspectos Jurídicos Planteados por el Uso de las Técnicas de Fecundación Humana Médicamente Asistida. Presentación, http://slideplayer.es/ slide/1121644/.
- CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. (2006). La familia en el Siglo XXI: fecundación asistida y filiación adoptiva. Editora Corripio. Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.
- CHIAPERO, S. (2012). Maternidad subrogada. (p. 208). Editorial Astrea. Pág. 208. Buenos Aires, Argentina.
- Congregación para la doctrina de la Fe. "Instrucción Donum Vitae". Centro Meriño para la Creatividad Cristiana. Pucmm, 1987, núm. 111.
- DELGADO, Ana. (2004). La Maternidad subrogada un derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano. México.
- EDWARDS, Robert y STEPTOE, Patrick. (1978). Birth after the implantation of human embryo. The Lancet. Revista.
- Fonseca Hernández, C. (2013). En la diversidad sexual desde la perspectiva de género. In Derechos humanos amor y sexualidad (p. 181). Universidad Autónoma del Estado de México.
- FURKEL, Françoise. (1975). La recherche de paternita naturelle en Droitallemand etfrancais, RIDC.
- HAUSER, Jean. (2002). Le droit a accéder aux moyens de preuve biologique, RTDC. num. 4.
- HAYS, Sharon. (1996). Las contradicciones culturales de la maternidad, Traducido por Cristina Piña, Taurus, Barcelona,
- http://mda.una.edu.ve/UserFiles/file/informe-warnock.pdf.
- LABRUSSE, Riou. (1986). La filiation et la medicine modern, RIDC. 419.
- MAGUIN, Nicolas. (1995). L'enfant et les sortilèges: Réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines, D. chron. 75.
- MANS, Jaime. (1947). "Los Principios Generales del Derecho", Repertorio de reglas y máximas, Bosch, Barcelona.
- MARKENS, S. (2007). Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction. Berkeley: University of California Press.
- MARTÍNEZ, PEREDA, RODRÍGUEZ. (1994). La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Dyckinson, Madrid.
- RIVERA LOPEZ, E. (2011). Diez ensayos de bioética. Problemas de vida o muerte. (p. 196). Marcial Pons. Madrid.
- Sériaux, Droit naturel et procréation artificielle, Quelle jurisprudence? D. 1985, chron.53. Raymond, La procréation artificielle et le droit français, JCP 1983, I, 3114.
- "Simposio Internacional de Florencia". Publicaciones del Consejo de Europa, 1986.
- TEMAN, E. (2010). Birthing a Mother: The Surrogate Body and the Pregnant Self. Berkeley: University of California Press.
- VARSI, Enrique. (1998). Derecho Genético Principios Generales. Tercera Edición. Editorial San Marcos. Lima, Perú.
- VELA SANCHEZ, A. (2012). La maternidad subrogada: Estudio ante un relato normativo (p. 174). Editorial Comares. Granada.



MARTHA CRISTINA DÍAZ VILLAFAÑA

Jueza Presidenta Cámara Civil v Comercial Corte Apelación Departamento Judicial San Francisco de Macorís República Dominicana mardiaz@poderjudicial.gob.do

Egresada Summa Cum Laude de la Universidad Católica Nordestana en 1990. Máster Oficial Igualdad de Género en las Ciencias Sociales en la Universidad Complutense de Madrid; Especialidad en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante; Especialidad en Derecho de Autor y Derechos Conexos en la Escuela Nacional de la Judicatura, Maestría en Enseñanza Superior en la Uasd y Maestría en Procedimiento Civil en la Pucmm. Se ha desempeñado como docente en el Programa de Formación de Aspirantes a Juez de Paz de la ENJ. Ha impartido cursos sobre: Transversalidad de Género, Argumentación Jurídica, y Control de Logicidad y Didáctica. Actualmente coordina la Especialidad "Redacción Expositiva y Argumentativa de las Decisiones Judiciales". Es co redactora del manual "Argumentación Jurídica" y del Reglamento para la aplicación de la Política de Igualdad de Género en el Poder Judicial Dominicano

IGUALDAD, NO DISCRI-MINACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

EQUALITY, NON-DISCRI-MINATION AND HUMAN RIGHTS



RESUMEN:

Desde la Declaración de Derechos Humanos de 1948, la igualdad de todos los seres humanos y el principio de no discriminación ha formado parte del desarrollo del Derecho Internacional Público como núcleo imprescindible para la protección de la dignidad humana.

La premisa moral y jurídica de que todas las personas nacemos libres e iguales en derechos se encuentra en la raíz del pensamiento ilustrado como una radicalización del proyecto democrático bajo los valores de progreso social, bienestar y paz.

PALABRAS CLAVES:

Igualdad, discriminación, objetividad, razonabilidad, proporcionalidad, derechos humanos.

Recibido el 18/6/2018 Aprobado el 18/7/2018

ABSTRACT:

Since the Declaration of Human Rights of 1948, the equality of all human beings and the principle of nondiscrimination has been part of the development of Public International Law as an essential nucleus for the protection of human dignity.

The moral and legal premise that all people are born free and equal in rights is at the root of the enlightenment thinking as a radicalization of the democratic project under the values of social progress, welfare and peace.

KEY WORDS:

Equality, discrimination, objectivity, reasonability, proportionality and human rights.



PERSPECTIVA HISTÓRICA

urante toda la Edad Media las personas nacían vinculadas a un estatus jurídico que las clasificaba de forma rígida y determinaba sus derechos, obligaciones y relaciones con sus semejantes. Hombres y mujeres pertenecían por sangre y, por tanto, inevitablemente, a un estrato social que los homogeneizaba y los sometía a una jerarquía inapelable que, por otra parte, rara vez era cuestionada.

Posteriormente, en los siglos XVI y XVII una lenta transición llevará al mundo occidental del medievo a la modernidad. El pensamiento y la cultura clásica que había sido conservado en los monasterios y cortes comienzan a revivir, a renacer en un impulso sin precedentes de desarrollo económico y tecnológico en cuya estela todavía nos encontramos.

Algunos campesinos con más fortuna, y sobre todo nobles con pocas o ninguna tierra que explotar, comienzan a ver en el intercambio comercial y en la riqueza monetaria la oportunidad de hacer fortuna. Este proceso acumulativo de desarrollo comercial conlleva el desarrollo de las comunicaciones v el intercambio de ideas, y, sobre todo, la progresiva confianza en que el ser humano puede, mediante su capacidad racional, cambiar el mundo y su destino.

Será el siglo XVIII con pensadores como Voltaire, Rousseau, Condorcet, Locke, Montesquieu y pensadoras como Mary Wollstonecraft y Olimpia de Gouges, el momento en el que será cuestionado de forma radical el ejercicio del poder por la legitimidad del nacimiento, y, por tanto, se tambalea hasta desmoronarse la estructura estamental de la Edad Media. Las personas no deben estar condicionadas por su nacimiento o sangre sino por su capacidad física, intelectual y moral, de forma que la organización social deja de asentarse sobre el "estatus" de los individuos y pasa a exigirse el "pacto entre iguales". Nos encontramos ante el primer germen de las democracias modernas que se halla, no debemos olvidarlo, en la raíz del pensamiento ilustrado. A partir de sus presupuestos fundantes el poder personal (monarca, noble y súbditos o vasallos), se transforma en un poder abstracto y, por tanto, que pertenece a todos los miembros sobre los que se ejerce. Comienza a delimitarse la figura fundamental del "sujeto de derecho" frente a las "instituciones de poder".

El concepto de igualdad moderno, el que subyace en nuestros textos jurídicos nacionales e internacionales, depende de una gran ruptura de pensamiento filosófico y político que Occidente abraza durante el s. XVIII, el siglo de las luces. Este periodo será protagonizado por dos revoluciones con un mismo motor interno: la Ilustración y la Revolución Industrial. Revolución política y moral y revolución económica que quedarán vinculadas para siempre por una nueva concepción del ser humano. El género humano es por primera vez uno y su pertenencia a él, también de forma novedosa, otorga al individuo una serie de derechos subjetivos y una nueva relación con el poder político y, en consecuencia, con sus semejantes reconocidos como tales, precisamente por compartir estos derechos.

La igualdad, por tanto, es un valor reciente de nuestros sistemas jurídico-políticos, nace en la Modernidad y es inseparable de la categoría de sujeto. La individualidad supone un revolucionario punto de partida, absolutamente necesario para el triunfo moral de los derechos humanos y su posterior desarrollo a lo largo de los siglos XIX y XX. Solo podemos pensar en la igualdad si partimos de la diferencia. Individuo significa ser único, autónomo, que se debe a las decisiones de su libre albedrío dentro de un marco de convivencia, porque sólo así es dueño de sí mismo.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DESDE LAS PRIMERAS DECLARACIONES DE DERECHOS.

Los ideales ilustrados nacieron traicionados en su vocación de universalidad, y el concepto de "ser humano" se identificó con una determinada categoría social excluyendo al resto de sujetos, que, no obstante, comenzarían un infatigable camino hacia su pleno reconocimiento como "personas" con capacidad racional, y, por ende, con plenitud de derechos civiles y políticos.

Esclavos y mujeres, por este orden, serían los primeros en agrandar las fronteras de las primeras democracias restringidas. No fue

inmediato, ni tampoco fácil, y dependiendo de los países, el color de la piel o el sexo empezó a determinar el acceso o no a la ciudadanía y, con ella, al desarrollo personal y la garantía de la dignidad.

La "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" aprobada con la Revolución Francesa en 1789, no utilizaba el término "hombre" de forma genérica, con él se refería exclusivamente a los varones blancos y propietarios. Lo mismo sucedía con su homóloga Declaración americana, aprobada en Virginia en 1776. No obstante, dos años más tardes, Olimpia de Gouges abre la puerta de los derechos humanos a todas las mujeres con la vindicación de un texto alternativo: "La Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana" (1791), esta Declaración, a pesar de su título, mantiene como sujetos de derechos durante todo su articulado tanto a hombres como mujeres, por lo que supone la primera corrección a la carencia de universalidad del texto que pasaría a la historia.

Olympe de Gouges trató de incluir a la mitad de la población francesa, a las mujeres, en la ciudadanía, presentando a la Asamblea General una corrección a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de forma que los derechos humanos se entendieran inherentes a hombres y mujeres por igual, sin distinción de sexo. Intelectuales como Poulain de la Barré y su famosa sentencia "la mente no tiene sexo", o Condorcet, apoyaron la vindicación de los derechos de la mujer por considerar que no podía negárseles su capacidad racional y que su exclusión procedía del prejuicio y no de la razón. Precisamente, la dinámica de la exclusión de categorías humanas agrupadas por el sexo o la raza supusieron las primeras auditorías al proyecto democrático. Las luchas por la igualdad sin distinción de raza o sexo comenzaron en el mismo momento de configuración de nuestros estados democráticos, de hecho las mujeres blancas y acomodadas se unieron a hombres y mujeres negros en su lucha contra la esclavitud.

El derecho a la igualdad se convierte en fundamento de nuestros sistemas democráticos de derecho dado que, sin el reconocimiento de la igualdad, no es pensable una conformación

de la voluntad general de la que emanen los poderes del estado, poderes que tendrán una limitación en "los derechos inherentes a la condición humana", los derechos, primero del hombre y del ciudadano, y más tarde, de toda persona. Porque no hay ser humano superior a otro en valor, nuestros sistemas de gobierno deben emanar del pacto entre los iguales.

LA CONFIGURACIÓN HISTÓ-RICA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

Un amplio consenso de autores, consideran el derecho a la no discriminación como la vertiente negativa del mismo derecho a la igualdad, por lo que su configuración histórica se remontaría al propio nacimiento de éste.

La consideración de los seres humanos como iguales en valor conlleva la abolición de los privilegios personales, de forma que todos los individuos poseen los mismos derechos y los poderes públicos no pueden favorecer a unos en perjuicio de otros, ni en sus normas ni en sus decisiones.

Una dimensión no explorada de la prohibición de discriminación la constituye su vínculo con el principio de seguridad jurídica. Si todos los individuos de una sociedad son iguales en la aplicación de la Ley, es esta la que determina lo que está prohibido y permitido, en cambio, si entra en juego un margen de arbitrariedad, de decisiones personales y privilegios al margen de la ley, es imprevisible el comportamiento del poder público, y, por tanto, asegurar la posición de los ciudadanos frente a él. Se establece una grieta en el estado de derecho y su imperio de la ley.

Esta perspectiva queda clara en la Declaración de Olimpia de Gouges que reivindica el "igual trato" para las mujeres que para los hombres. La exclusión de las mujeres de la ciudadanía lleva a la arbitrariedad de que se las reconozca como sujetos de unas leyes (como la de la pena de muerte que sufriría ella misma poco después), y no de otras (como la de expresar sus opiniones). Se desprende, por tanto, el concepto de discriminación.

No obstante, aunque el principio de igualdad llevaría implícito el principio de no

discriminación, como hemos señalado, la proclamación inicial del derecho a la igualdad mantuvo una realidad social con fuertes privilegios, sobre todo, en torno a las categorías de raza y sexo. En la lucha contra estas desigualdades se encuentra el origen histórico del derecho antidiscriminatorio.

Ya tras la Guerra de Secesión de EEUU (1861-1865), se intentó introducir en el sistema constitucional el concepto de "igualdad en el contenido de la ley", para combatir la política de segregación racial ("iguales pero separados") que mantenía vigentes las numerosas normas racistas de la época (Leyes "Jim Crow"). La diferencia de trato legalizada suponía una discriminación en el acceso a la educación, las prestaciones sociales, los salarios, la representación política, etc. No será hasta después de la Segunda Guerra Mundial, con el movimiento a favor de los derechos civiles, cuando se examine y se exija la eliminación de toda forma de discriminación que se mantuviese subvacente a la proclamación constitucional de la igualdad formal. El derecho antidiscriminatorio nace, por tanto, para corregir la inoperancia del derecho de igualdad en manos de los poderes públicos.

El principio de no discriminación va a determinar los colectivos o categorías de clasificación de las personas, (sean reales o no), que los sitúan en posición subalterna, en inferioridad de oportunidades con sus semejantes respecto al poder público. Así, surgen los criterios de discriminación históricos ante los que cualquier trato diferenciado deviene sospechoso de vulneración del principio de igualdad.

LA DECLARACIÓN INTERNACIO-**NAL DE DERECHOS HUMANOS Y** SU CONSAGRACIÓN JURÍDICA

Los primeros pasos para la consagración de una Carta Internacional de Derechos Humanos se apoyan en el principio de igualdad y no discriminación. En la misma raíz de los Derechos Humanos se encuentra el mandato de no establecer "categorías humanas", proscribiendo el principio de jerarquía entre todos los habitantes del planeta, especificando que criterios históricamente utilizados para

excluir a las personas del goce de los derechos, quedaban expresamente abolidos como fuente de diferenciación. Estos criterios en los primeros textos internacionales y regionales de derechos humanos serían la raza, con el apartheid en plena vigencia en Sudáfrica, el **sexo**, con la mayoría de países todavía sin haber reconocido la plena igualdad de derechos de hombres y mujeres, el idioma y la religión, con el peso del antisemitismo y el auge de los movimientos migratorios pesando sobre las mesas de conferencias de Naciones Unidas.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos, presidida por Eleanor Roosevelt, aprobaría en 1948, la primera Declaración Universal de Derechos Humanos. Treinta retos de humanidad que tan exhausta se mostraba después de dos guerras mundiales. El siglo XX había empezado a caminar en un despliegue de desarrollo tecnológico sin precedentes del que la bomba atómica había sido una prueba de la necesidad de vincular éste al progreso moral, la convivencia pacífica de los pueblos y la redistribución del bienestar. La participación de todos los países en su consenso convirtió a esta primera Declaración Universal de Derechos Humanos en el código internacional de justicia democrática. La mayoría de constituciones democráticas, aprobadas por los distintos estados durante la segunda mitad del siglo XX, integrarán en forma de Derechos Fundamentales los Derechos Humanos consagrados en la Carta.

El principio de igualdad y no discriminación fundamenta el calificativo de "universal" de la Declaración de Derechos Humanos. Ningún habitante del planeta poseerá diferentes derechos por el azar de su nacimiento, raza, sexo, nacionalidad o cualquier otra condición social o personal.

Desde 1948, la Comunidad Internacional abrazará el objetivo de lograr el pleno desarrollo y garantía de los Derechos Humanos, para ello, a la Declaración Universal le seguirán otros Tratados Internacionales y Regionales, vinculantes, generales y específicos, en interrelación con el Derecho constitucional interno de cada uno de los estados firmantes de estos Tratados. Desde la segunda mitad



del siglo XX asistimos a la configuración de un "Sistema Internacional de Derechos Humanos". A través de él se consagra la equivalencia de todos los seres humanos, atravesada en la actualidad por el principio de igualdad como pilar fundamental que logrará que todos los seres humanos posean las mismas oportunidades de desarrollo de sus autónomas voluntades.

Los procesos de positivización, generalización e internacionalización de los Derechos Humanos también responden a la dinámica del principio de igualdad en su desarrollo jurídico. Éste ha ido consagrándose legal y jurisprudencialmente en varias dimensiones:

Igualdad formal o igualdad ante la ley, de forma que los derechos dejan de ser meras declaraciones para poder ser exigibles ante los tribunales.

Igualdad como no discriminación de forma que todo ser humano por su condición de tal es sujeto de derechos sin exclusiones arbitrarias.

Igualdad material o igualdad dentro de la ley como disposición de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos por todos los seres humanos.

Igualdad como principio fundamental de nuestra convivencia que transforma en valores universales los derechos humanos, como filosofía humanista compartida para el desarrollo de un mundo más habitable, sin pobreza y sin violencia.

LA IGUALDAD: VALOR, PRINCIPIO Y DERECHO SUBJETIVO

La igualdad es un término extendido al lenguaje común que, no obstante, se muestra poliédrico y complejo a la hora de su análisis jurídico. Un acercamiento a sus distintas dimensiones pasa por distinguir:

La igualdad como valor jurídico.

Todo derecho humano, y con más profundidad el de la igualdad, constituye un vehículo para la definición de valores. El derecho a la libertad de expresión, la prohibición de esclavitud, la libertad para contraer matrimonio, definen valores de convivencia consensuados que han sido adoptados como suelos éticos compartidos por la comunidad internacional.

La igualdad es un valor cultural, humano, no un hecho natural. Vivimos inmersos en la diferencia y, constituye una opción ética preferir la igualdad como valor jurídico superior de nuestros sistemas normativos.

Todos los seres humanos somos diferentes entre nosotros y esta diversidad es la que nos convierte en personas. La deshumanización es el proceso por el que se despoja a las personas de sus características individuales y se las asimila a un grupo o colectivo homogéneo que los hace indistintos, idénticos, sin dignidad. El ser humano no puede concebirse sin la unicidad existencial que significa ser uno mismo y pertenecerse como tal, para, en consecuencia, ser dueño de sus actos. Sólo se puede ser responsable desde el reconocimiento de la individualidad que actúa en nombre propio, no como categoría abstracta.

Si consideramos a los individuos idénticos, la igualdad no tiene sentido como valor jurídico. El sistema internacional de derechos humanos asume el valor jurídico de la igualdad cuando concibe estos derechos como universales, indivisibles

66

e irrenunciables. Es la condición de ser humano lo que otorga la titularidad de los derechos humanos porque todos los seres humanos, individuos únicos y, por tanto, diferentes entre sí, son iguales en dignidad. Los derechos humanos se convierten en la expresión jurídica de la dignidad humana, en su contenido identificable y, por tanto, realizable.

La igualdad como valor jurídico significa también que todos los derechos humanos deben ser interpretados bajo el prisma de la universalidad, y ello, como veremos, conlleva necesariamente una dimensión material de la realización de dichos derechos.

El valor jurídico a la igualdad configura la propia redacción de los derechos humanos cuando se redactan bajo las siguientes fórmulas: "Todo individuo tendrá derecho a..." "Nadie estará sometido..." "Toda persona...", "Todo ser humano..." Es la condición de ser humano la que CONFIERE "derecho a tener derechos".

El valor jurídico a la igualdad transforma cada uno de los derechos humanos en universales e implica una interpretación en la aplicación de los mismos desde la premisa de que la negación o restricción de un determinado derecho humano, no sólo vulnera ese derecho, sino también el transversal principio de igualdad. La negación del derecho a heredar para las mujeres, no sólo vulnera su derecho a la propiedad sino también su derecho a la igualdad con los varones que sí tienen reconocido este derecho. De esta forma, el valor jurídico de la igualdad se convierte en una auditoría constante a la vinculante aplicación universal de cada uno de los derechos.

El artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos confirmaría esta juridicidad de la igualdad como valor al proyectarse en la aplicación del resto de derechos consagrados en la misma:

"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

La igualdad como principio organizativo.

La igualdad como principio organizativo cobra dimensión política y en ésta, es clave la dinámica de inclusión o exclusión de los suietos que previamente son considerados iguales en derechos.

Toda sociedad se construye sobre normas escritas y no escritas y las mismas se ordenan en un sistema jurídico que responde a principios jurídicos coherentes con determinados valores. En las sociedades democráticas estos valores son la libertad, la igualdad, la justicia, la dignidad etc.

El reconocimiento de que todos los seres humanos nacen iguales en derechos permite proclamarles sujetos de los demás derechos y esta igualdad en derechos obliga a organizar jurídica y políticamente nuestras sociedades desde el principio de participación igualitaria.

La igualdad se convierte así en principio organizativo de forma que podemos evaluar la sociedad y sus instituciones desde la realización de la misma. La exclusión de individuos en la participación social y política de un país supone un déficit democrático que no es más que una vulneración sistemática y agregada del derecho a la igualdad de un número significativo de sujetos. Además, el hecho de que la igualdad informe el sistema jurídico y político implica el compromiso de éste de avanzar en la realización de la igualdad de los destinatarios de las normas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el principio de igualdad forma parte del "ius cogens" tanto del derecho nacional de los Estados, como del derecho internacional declarando que "sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico".

El orden jurídico internacional también apela al principio organizativo de la igual- 67 dad en cuanto vincula el desarrollo no sólo al crecimiento económico sino a su reparto desde los valores de los derechos humanos. Los distintos índices que miden el desarrollo humano comparan los niveles de igualdad de la población en el acceso a los recursos

básicos que permiten el disfrute de los derechos humanos.

En las últimas décadas la igualdad como principio organizativo se proyecta sobre el propio concepto de desarrollo sostenible, definido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como: "el desarrollo destinado a satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades". La igualdad atraviesa el tiempo y se entiende como la garantía de realización de humanidad, la salvaguarda de la dignidad de las generaciones futuras.

La igualdad como derecho subjetivo.

La igualdad como derecho subjetivo deriva de la aparición de la categoría universal de sujeto. Todos los seres humanos deben ser tratados igual porque son iguales por ser humanos. El poder no puede diferenciar entre unos seres y otros a la hora de concederles derechos y garantizárselos, precisamente porque existe el derecho subjetivo a la igualdad.

De esta forma el derecho subjetivo a la igualdad garantiza la justicia social individual, lo que significa que las diferencias entre los sujetos no deben ser relevantes para el poder.

La principal consecuencia de la configuración del derecho a la igualdad como derecho subjetivo es la posibilidad de exigir dicho derecho frente a los tribunales de justicia. No solo las normas pueden ser impugnadas por ser contrarias al principio de la igualdad, las actuaciones de los poderes públicos en cuanto vulneren este derecho, por acción o por omisión, pueden ser denunciadas y deben ser sancionadas.

Esto plantea el debate de la eficacia horizontal de los derechos humanos, entre ellos del derecho a la igualdad, dado que en un principio los derechos humanos aparecen como garantía de la no intervención del poder del estado en la esfera de libertad del individuo, para evolucionar en la responsabilidad del desarrollo y protección de los derechos humanos en la convivencia entre particulares.

El derecho subjetivo a la igualdad se concreta con respecto a un determinado ámbito: "igualdad en el matrimonio", "igualdad salarial", "igualdad de género", "igualdad en el acceso a servicios públicos", etc. Por tanto, y como consecuencia del carácter proteico que ya hemos señalado, incluso como derecho subjetivo, la igualdad muestra su carácter expansivo y configurador del resto de derechos humanos.

Igualdad formal e igualdad material.

El advenimiento por la mayoría de Estados democráticos de sistemas constitucionales que garantizan el respeto a los derechos humanos, y la dificultad persistente a que dichos derechos desciendan a la realidad de las personas titulares de los mismos, ha llevado a distinguir entre la dimensión formal y la dimensión material de los derechos.

La dimensión formal de los derechos es su dimensión jurídica. La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley es una de las premisas de cualquier ordenamiento jurídico democrático. La ley es igual para todos los individuos, pero ello supone que no hay diferencias en sus condiciones de vida, circunstancias personales o sociales, acceso a los recursos básicos, valores, conocimiento, educación, tradiciones e historia. Una norma que considera que todos los individuos son iguales puede perpetuar o incluso incrementar la desigualdad previamente existente al ser aplicada.

La igualdad material debe contemplar las desigualdades existentes en la realidad para, a través de distintas medidas, tratar de eliminarla.

La dimensión material de la igualdad significa la realización efectiva de este derecho de forma que todos los individuos no solo sean considerados iguales por el ordenamiento jurídico, sino que, además, puedan vivir de acuerdo a esa consideración. Por ello, la igualdad material se relaciona indefectiblemente con la vertiente positiva del derecho a la libertad.

La obligación de políticas públicas que consigan la igualdad material se deduce del principio de no discriminación del sistema internacional y los sistemas nacionales de Derechos Humanos, así como, de la concreta referencia a la obligación de los Estados de promover de manera efectiva, y no solo a través de su tutela por los tribunales de justicia, el derecho a la igualdad.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINA-CIÓN: SIGNIFICADO JURÍDICO.

El principio de no discriminación supone la cara negativa del principio de igualdad, pero su relación no es simétrica; el principio de no discriminación es una regla. Poderes públicos y particulares no pueden tratar arbitraria y, por tanto, injustamente, a personas o colectivos y situarlas en situaciones jurídicas o sociales de inferioridad. No es algo a conseguir, es una regla de actuación a acatar.

Por ello, no todo trato desigualitario supondrá discriminación, pero toda discriminación supondrá la vulneración del derecho a la igualdad.

Los Estados, en cumplimiento del principio de igualdad tienen la obligación jurídica de no discriminar. No discriminar en la aplicación de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y como, garantes del derecho a la igualdad, no discriminar en con sus normas y políticas nacionales.

El artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos concibe la igualdad como una norma de carácter general que se extiende a todas las disposiciones del Tratado, de lo que se deriva el deber de los Estados partes de respetar, sin discriminación alguna, los derechos contenidos en el Tratado, o incurrirán en responsabilidad internacional.

Definición y aplicación del principio de no discriminación.

Definición.

En la actualidad existen cuatro definiciones legales de "discriminación", que puede considerarse hoy en día un derecho autónomo del derecho de igualdad, con una relación de género a especie. De esta forma no todo trato desigual supondrá una discriminación, pero toda discriminación supondrá siempre una vulneración del derecho de igualdad.

- 1- El Convenio de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (núm. 111) (1958): "A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga **por efecto** anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".
- 2- La Convención de la Unesco relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960): "A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial...".
- 3- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1969): "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción. exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".
- 4- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979): "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción 69 basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las

libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Teniendo en cuenta las cuatro definiciones que los distintos instrumentos jurídicos internacionales establecen del concepto de discriminación, podemos entender por ésta:

"Toda preferencia de una persona sobre otra, derivada de una norma, acto o conducta, sin justificación objetiva, razonable y proporcional, en coherencia con los criterios y principios aceptados y establecidos en el resto del ordenamiento jurídico".

Aplicación del principio de no discriminación.

En cuanto a la aplicación del principio de no discriminación en el sistema internacional de Derechos Humanos tendremos en cuenta:

Si la norma es autónoma o subordinada.

Autónoma: se garantiza el derecho de forma independiente al resto de derechos humanos recogidos en el texto. (art. 26 Declaración de Derechos Americana).

Subordinada: el principio de no discriminación se entiende como una característica que atraviesa el resto de derechos.

Si establece una lista de motivos discriminatorios abierta o cerrada.

La lista de motivos potencialmente discriminatorios ha sido considerada de forma abierta por la jurisprudencia internacional, apoyándose tanto en la expresión "sin distinción", como en el cierre de los motivos de forma indeterminada "o cualquier otra condición". Estas expresiones se consideran "cláusulas de apertura" que han permitido a la jurisprudencia someter toda diferencia de trato, sea cual sea su origen, a la evaluación de si vulnera o no el principio de igualdad.

Si existen o no resultados discriminatorios.

Para que exista discriminación es necesario que se pruebe un trato desigual, sin justificación objetiva, razonable y proporcional, que sitúe en una posición socio-jurídica de desigualdad.

La intención NO es un elemento necesario para la existencia de discriminación. Las

normas o actuaciones discriminan por sus efectos no por su intención. Lo relevante, por tanto, es el trato diferenciado sin razón objetiva y justa. La arbitrariedad excluye la justicia, sea cual sea su intención. En os cuatro tratados que establecen una definición de discriminación, ésta hace hincapié en los efectos o finalidad no en la intención.

Elementos indeterminados del principio de no discriminación.

Establecidos los elementos de estructura jurídica del principio de no discriminación, la clave estaría en la fijación del límite entre las distinciones justificadas y las que no lo están.

Para que la justificación del trato diferente no constituya discriminación la jurisprudencia ha fijado los siguientes criterios:

- a) Objetividad: debe existir una diferencia probada entre los sujetos a los que se trata desigual (no basado en los motivos prohibidos de discriminación o en cualquier otro arbitrario).
- **b)** Razonabilidad: debe existir adecuación entre el trato diferenciado y la diferencia que se ha probado objetivamente.
- c) Proporcionalidad: la relación entre el trato desigual y la diferencia que existe entre los sujetos debe ser proporcional.

Cuando en una situación análoga no se dan estos requisitos que justifiquen un trato desigual estaremos ante una discriminación aunque la norma no sea discriminatoria en su letra.

No obstante, el principio de no discriminación se proyecta sobre colectivos, grupos, categorías de seres humanos que históricamente y, en el presente, han recibido un trato desigual. Por este motivo es útil pensar en la adscripción de una persona o grupo de personas a una o varias categorías sociales para sospechar y, a partir de este indicio, probar que existe discriminación.

Los elementos determinantes para que exista discriminación son:

1) Conducta jurídicamente significativa. No basta con tener prejuicios es necesario tener el poder de perjudicar con ellos.

- 2) Adscripción a un grupo social determinado. Raza, sexo, discapacidad, orientación sexual.
- 3) Situar real o potencialmente a las personas en una posición socio-jurídica de inferioridad.

Tipos de discriminación.

Discriminación directa e indirecta.

El concepto de discriminación y su vinculación a los efectos, independientemente de la letra de la ley y las intenciones del legislador de causar discriminación, ha llevado a la jurisprudencia a establecer la distinción entre discriminación directa e indirecta.

<u>Discriminación Directa</u> (disparate treatment): situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, sin justificación objetiva y razonable, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

<u>Discriminación Indirecta (disparate impact)</u>: situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas en desventaja particular con respecto a otras, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Discriminación abierta u oculta.

Del mismo modo la apariencia de trato igualitario y justo ha ido desvelando la posibilidad de discriminaciones sutiles, encubiertas u ocultas, de forma que requieren un "desvelamiento" de los efectos sobre los destinatarios de las normas y actos para ser consideradas discriminatorias. En este sentido:

Discriminación Abierta: trato abiertamente diferenciado sin ninguna justificación. El sujeto que discrimina identifica los motivos prohibidos de forma explícita por lo que es fácil de identificar.

Discriminación Oculta: trato diferenciado en el que se oculta su motivación o se presenta otra distinta a las causas de discriminación jurídicamente establecidas. En ocasiones puede ser oculta hasta para el propio sujeto que discrimina.

Indemnidad por represalias:

Podríamos calificar este novedoso concepto jurídico como la prevención jurídica del fenómeno de la discriminación oculta e indirecta. Se trataría de una discriminación secundaria, consecuencia de una discriminación principal o primaria, que en su interdicción ha trasladado sus efectos a otro sujeto no necesariamente adscrito a un criterio de discriminación.

Indemnidad por represalias: significa que se considerará discriminatorio y por tanto prohibido cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad.

Multidiscriminación por intersección o por superposición.

En la realidad social las personas se hayan expuestas a diferentes condiciones sociales y personales que pueden interrelacionarse a la hora de sufrir discriminación. La doctrina y jurisprudencia viene distinguiendo:

Discriminación por superposición: se acumulan dos o más causas de discriminación. También conocida como discriminación en cascada. El sexo como categoría histórica de discriminación atraviesa a la mitad de la humanidad y se superpone sobre otras condiciones sociales que puedan causar discriminación.

Discriminación por intersección: el trato desfavorable se produce por la confluencia de dos categorías sociales que por separado no causan discriminación. Las muieres musulmanas son discriminadas en el acceso a puestos directivos, pero no los hombres musulmanes o las mujeres no musulmanas. No es el sexo ni la religión sino la confluencia de las dos.

Discriminación por asociación.

Es posible que una persona no sea adscrita a una categoría social discriminada, pero se encuentre en relación estrecha con otra que sí lo esté y por asociación ambas sean discriminadas.

Causas de discriminación juridificadas.

Todos los textos internacionales de Derechos Humanos coinciden en señalar causas históricas de discriminación, prohibiendo específicamente el trato desigual fundamentado en estas causas. Como ya hemos señalado, a la enumeración de dichas causas, es añadida una cláusula de apertura, que ha permitido el control judicial de todo trato desigual que no se encuentre justificado de forma objetiva, razonable y proporcional.

Las causas de discriminación que encontramos juridificadas son, entre otras: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad y estado civil.

Ante la concurrencia de alguna de estas condiciones personales o sociales y la existencia de un trato diferenciado los tribunales vienen exigiendo una justificación exhaustiva para que dicho trato no sea considerado discriminatorio.

A pesar de que las relaciones de motivos discriminatorios se consideran abiertas, sirven de alerta a los intérpretes de normas, actos o disposiciones, que deberán exigir <u>un mayor</u> rigor argumentativo en el cumplimiento de los criterios necesarios para que un trato desigual no sea considerado discriminatorio.

Otros motivos reconocidos por la jurisprudencia son: la orientación sexual, la temporalidad en el trabajo, el tipo de contrato laboral, la sindicación, el régimen de seguridad social, la legalidad de la profesión, la graduación militar, etc.

CONCLUSIONES.

El derecho de igualdad y no discriminación se encuentra en la raíz de nuestros sistemas

internacionales de Derechos Humanos porque se parte de la premisa de que somos seres humanos dotados de razón, y por esta cualidad, nacemos libres e iguales, hemos proclamado la defensa y el desarrollo internacional de derechos universales, irrenunciables e indivisibles.

Las primeras Declaraciones de derechos, no obstante, nacieron sesgadas de esta cualidad de universalidad y no reconocían como titulares de los Derechos Humanos a amplios sectores de la población. Así, con fundamento en el prejuicio de que la raza, el sexo o la propiedad condicionaban la capacidad moral, intelectual y física de los seres humanos.

La historia de la Modernidad es la historia del progresivo acceso de todos los seres humanos a los Derechos consagrados desde 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y es paralela a la ampliación y consolidación de los estados democráticos. El principio de igualdad por tanto se configura como valor jurídico, principio organizativo y derecho subjetivo.

Nuestro reto actual consiste en lograr una verdadera universalidad de los Derechos Humanos y convertirlos en efectivos en la práctica política y en la convivencia social. Para ello, el derecho antidiscriminatorio se ha convertido en un mandato de actuación concreto para los poderes públicos y en una prohibición para los sujetos particulares. En su desarrollo, destaca el control jurisprudencial de la discriminación indirecta y el desarrollo de medidas especiales y políticas activas que logren remover las estructuras desigualitarias que todavía persisten en obstaculizar el pleno desarrollo de los Derechos Humanos, y, en consecuencia, el progreso social y la coexistencia pacífica de todos los seres del planeta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Cristina y Dahl, Tove Stang (1991). Derecho de la Mujer: una introducción a la Jurisprudencia Feminista. Vindicación feminista. Madrid.
- AMORÓS, Celia, (2000) Tiempo de feminismo, Cátedra, col. Feminismos. Madrid.
- Amorós, Celia (1991) Hacia una crítica de la razón patriarcal. Anthropos. Barcelona.



- BENHABIB, S y DRUCILLA, C.(1990). Teoría Feminista y Teoría Crítica. Edicions alfons el Magnánim. Valencia.
- BOURDIEU, Pierre. (2000). La dominación masculina. Anagrama. Madrid
- DAVIS, Y. Angela. (2004) Mujeres, raza v clase. Akal. Madrid.
- ELÓSEGUI ITXASO, María dir. (2007) Políticas de género. Cuadernos deDerecho Judicial 2007-5. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid.
- Facio Alda (1995). Cuando el Género Suena Cambios Trae. ILANUD.
- Grupo de especialistas en acciones positivas (EG-S-PA) (2001) Acciones positivas en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres: informe final de actividades del grupo de especialistas sobre acciones positivas en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres. Instituto de la Mujer. Madrid.
- VVAA, Mainstreaming y políticas de igualdad de género en Europa. MAGEEQ España. http://www.ucm.es/info/mageeq/proyecto.htm.
- VVAA. (1996) Políticas de Genero. "De la igualdad formal a la igualdad real". Fórum de Política Feminista VI Taller, I.M. Madrid.
- VVAA (1993). Coordinado por Durán, María-Ángeles. Mujeres y hombres en la formación del pensamiento igualitario. Castalia. Instituto de la mujer. Madrid.
- VVAA. (Instituto de la Mujer) (Guía de Buenas Prácticas para Garantizar el Derecho a la Igualdad en los Procedimientos: Una Respuesta a las Perjudicadas por la Desigualdad
- VVAA (2002). Género y Derechos Humanos. Estudios de mujeres. Mira Editores S.L. Zaragoza.



www.poderjudicial.gob.do

Síguenos en: /poderjudicialRD Facebook • Twitter • YouTube • Google+

73



JUAN FRANCISCO CARVAJAL CABRERA

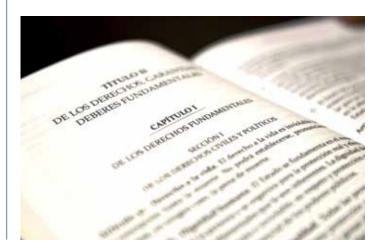
Juez Presidente del Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Barahona República Dominicana

jfcarvajalcabrera@hotmail.com

Juez Presidente del Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Barahona. Miembro de la Comisión de Capacitación de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ). Graduado en la Universidad Central Dominicana de Estudios Profesionales (Ucdep), obteniendo el título de Licenciado en Derecho en el año 2001. Egresado del Programa de Formación de Aspirantes de la ENJ en el año 2004, en donde obtuvo el título de Aspirante a Juez de Paz. Designado Juez de Paz del Municipio de San Cristóbal por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en el año 2004. Actualmente cursa la Maestría en Administración de Justicia Constitucional en la EN.I.

LA RESTRICCIÓN DE LOS **DERECHOS HUMANOS (Y DE IGUAL NATURALEZA)** POR PARTE DE LAS AUTO-RIDADES DEL ESTADO

THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS (AND EQUAL NATURE) BY THE STATE AUTHORITIES



RESUMEN:

Los Estados pueden restringir o limitar el goce de derechos humanos y fundamentales. Esta restricción ha de ser legítima, estrictamente necesaria y provechosa para la colectividad, y ha de tener como fines la protección de la moral y el orden públicos en una sociedad democrática. Según la Opinión consultiva Oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la protección de los derechos humanos es una obligación de los Estados signatarios de la Convención Americana (dentro de su territorio), los que jamás han de restringir el disfrute de tales derechos, sino por las justas exigencias del bien común.

PALABRAS CLAVES:

Convención Americana, Comisión Interamericana, Opinión consultiva, derechos humanos, Corte Interamericana,

Recibido el 2/4/2018 Aprobado el 20/4/2018

Constitución, orden público, bien común, sistema de protección, Organización de Estados Americanos.

ABSTRACT:

States may restrict or limit the enjoyment of human and fundamental rights. This restriction must be legitimate, strictly necessary and beneficial for the community, and must have as its objectives the protection of moral and public order in a democratic society. According to Advisory Opinion Oc-5/85 of November 13, 1985 of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the protection of human rights is an obligation of the signatory States of the American Convention (within its territory), those who must never restrict the enjoyment of such rights, but for the just demands of the common good.

KEY WORDS:

American Convention, Inter-American Commission, Advisory Opinion, human rights, Inter-American Court, Constitution, public order, common good, protection system, Organization of American States.

Introducción

s deber de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo adelante la Convención o Convención ADH), al momento de regular, interpretar y aplicar las normas relativas a los derechos humanos o fundamentales, evitar contradicciones con los mandatos de este tratado. La Convención tiene su propio mecanismo de protección, y a tales fines en los artículos 29 y 30, impone serias restricciones a los Estados partes, en cuanto deben de respetar el contenido esencial o núcleo duro de los derechos humanos y fundamentales, artículos estos, cuyo equivalente en la Constitución dominicana del 26 de enero de 2010, es el Art. 74.2, el cual expresa: "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".

Respecto al Sistema de Protección de los Derechos Humanos en América, la doctrina más socorrida ha sostenido lo siguiente: "Este sistema de protección tiene como base el reconocimiento de la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, los Pactos Internacionales y Regionales de Derechos Humanos han procurado promover un reconocimiento progresivo de los derechos del hombre desde esta nueva concepción. Así, se impone en un estándar mínimo de protección que los estados signatarios deben respetar, pero que en modo alguno pretenden constituir un obstáculo para un mayor reconocimiento y protección por parte del derecho doméstico, sino todo lo contrario". (GARCÍA, Luis M., IPOHORSKI-LENKIEWI-CZ, José M., OTTAVIANO, Santiago y JUGO, Gabriela: "Los derechos humanos en el proceso penal. Función en el Derecho Interno. Detención. Prisión Preventiva. Recurso contra la sentencia de Condena", Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, ciudad de Buenos Aires; Impreso en la Argentina, octubre de 2002; pág. 249).

Del precedente punto de vista doctrinal, se advierte que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos opera como un sistema de garantías extra Estados y entre los Estados a fin de evitar que los mismos se escuden en su legislación interna para desconocer, no aplicar o violentar los derechos humanos. En apoyo a este razonamiento podemos expresar, que los autores citados, en su recién indicada obra (pág. 262) han referido: En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ha señalado que "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho". Como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de las personas, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1.), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. (...). El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías es también inseparable del sistema de valores que lo inspira" (Corte IDH, OC-8/87, serie A No. 8, parte III, aparts. 25 y 26).

La posición de la Corte IDH en relación al ámbito de apreciación de las autoridades nacionales en la elaboración de actos que afecten derechos humanos.

Los Estados pueden restringir o limitar el goce de derechos humanos y fundamentales. Ahora bien, esta restricción ha de ser legítima, estrictamente necesaria y provechosa para la colectividad, y tener como fin proteger la moral y el orden público en una sociedad democrática. Este es un deber que le toca a los Estados que han ratificado la Convención ADH. La regla de oro para la restricción de estos derechos emana de las disposiciones combinadas de los artículos 29 y 30 de la Convención. En este sentido, refiere la opinión consultiva Oc-5/85, del 13 de noviembre de 1985, en el fundamento 67: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse

que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".

Se advierte en la opinión consultiva referida, que la restricción de los derechos humanos ha de estar supedita a las exigencias del bien común, en cuanto dispone la Corte: "El bien común.... el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común". Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2, sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2, contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar "un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas". (Ver fundamento 65).

Siempre que se le vaya a disponer de alguna restricción a un derecho humano o fundamental por alguno de los Estados partes del Sistema Interamericano, se le ha de respetar su contenido esencial o núcleo duro, y esta restricción ha de ser en beneficio de la colectividad, lo que implica preferir el bien común o interés general, por encima del bien particular, tal y como manda el Art. 32.2 de la Convención. Esto significa que el disfrute de los derechos humanos constituye la regla y la restricción la excepción.

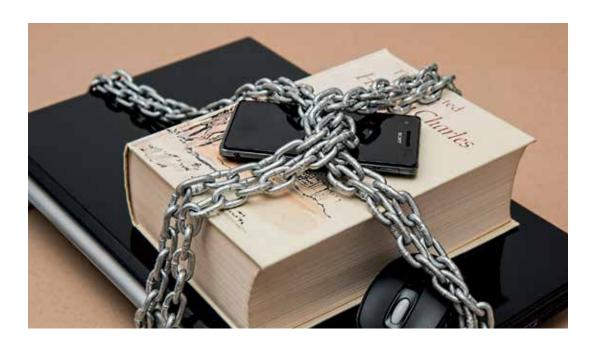
Para que los Estados restrinjan eficazmente el goce de los derechos humanos y fundamentales, esto debe obedecer a "razones de orden público". Este concepto ha sido tomado muy en serio por la Corte Interamericana, en

cuanto razona lo siguiente: "En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público". (Ver fundamento 64 de la Oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985).

La afectación de los derechos humanos o de igual naturaleza en la República Dominicana.

Tener conocimiento de las funciones y del procedimiento de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo fundamento jurídico descansa en la Convención de 1969, que lleva igual nombre, es de gran importancia, puesto que los Estados partes mediante su derecho interno le han reconocido efecto vinculante tanto a la Convención como a las sentencias de la Corte. Tal es el caso de la República Dominicana, en el artículo 26 de la Constitución reformada en el año 2015 expone que el país reconoce y aplica el derecho internacional general y americano. Igualmente, mediante Resolución núm. 1920 del 13 de noviembre de 2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia, se había expuesto que formaban parte del bloque de constitucionalidad las sentencias de dicha Corte Regional o Internacional, y sus opiniones consultivas. De modo que no deja discusión alguna lo decidido en estos órganos regionales, además de imponérsele al país por el compromiso previamente asumido lo que entra en base al principio de buena fe, a su vez permea todo el derecho interno, y consecuentemente se ha de ajustar la legislación y las practicas internas al Sistema de Protección de los Derechos Humanos en América, lo que equivale a decir, que hay que aplicar sin reservas tanto en nuestro país





como en los demás Estados partes de la OEA, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conforme a la mejor doctrina en nuestro país, se deben respetar los derechos humanos, esto ha sido expuesto en los términos siguientes: La República Dominicana, como Estado abierto al Derecho internacional (artículo 26), reconoce que, tal como establece la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". (artículo 2). Este principio de igualdad y no discriminación, ratificado por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del cual los Estados partes de dicho instrumento se comprometen a "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", ha sido a su vez reiterado en el artículo 39. En

este sentido, el artículo 25 es la concreción de la igualdad constitucional respecto a los extranjeros, quienes tienen los mismos derechos y deberes que los dominicanos, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes. Fuera de las excepciones establecidas por la Constitución, las que establezca el legislador tienen que ser razonables en virtud del artículo 74.2, pues el principio es que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales. En el plano económico, la igualdad de los extranjeros se traduce en la igualdad de condiciones de la inversión nacional y extranjera (artículo 221). § Eduardo Jorge Prats. Constitución Comentada, "2da. Edición, Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus), Pág. 74.

Se advierte de lo precedentemente expuesto que, no se discute que la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, y en consecuencia aplica el derecho general y americano, en la medida en que haya sido adoptado por los poderes públicos, y una vez incorporados tiene jerarquía constitucional. Esta afirmación se desprende del contenido combinado de los artículos 26 y 74.3 de la Ley Fundamental.

Es oportuno resaltar, tal y como refiere Justo Pedro Castellanos Khoury (2013:4): En cuanto a la doble naturaleza de de los procesos constitucionales, Eto Cruz dice que

"En el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional".

Conclusión

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha sido encomendado básicamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las que operan bajo la sombrilla de la Organización de Estados Americanos (OEA); pero es preciso aclarar, que son dos (2) órganos claramente diferenciados, y con funciones muy distintas; o sea, funcionan de manera diferenciada. Esta diferenciación tiene relevancia en la medida en que ambos institutos del Sistema Interamericano persiguen hacer efectivas las garantías de los derechos de la persona humana.

Conforme se desprende del contenido de la Convención, la protección de los derechos humanos es una obligación de los Estados signatarios (dentro de su territorio), los que jamás han de restringir el disfrute de tales derechos, sino por la justa exigencia del bien común y en el límite de lo estrictamente necesario. Pero en caso de descuido o desconocimiento, los afectados acuden ante la Comisión o la Corte IDH, según corresponda.

<u>Bibliografía</u>

- 1.- Opinión Consultiva Oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- 2.- GARCÍA, Luis M., IPOHORSKI-LENKIEWICZ, José M., OTTAVIANO, Santiago y JUGO, Gabriela. (2002). "Los derechos humanos en el proceso penal. Función en el Derecho Interno. Detención. Prisión Preventiva. Recurso contra la sentencia de Condena". Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. ciudad de Buenos Aires, Argentina. pág. 249.
- 3.- CASTELLANOS KHOURY, Justo Pedro. (2013). Los Procesos Constitucionales de Protección de los Derechos Fundamentales en la República Dominicana. Cartagena de Indias, Colombia.
- 4.- JORGE PRATS, Eduardo. (2011). Constitución Comentada, "2da. Edición, Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus).
- 5.- Suprema Corte de Justicia. Resolución Núm. 1920 del 13 de noviembre de 2003, sobre Medidas Anticipadas a la Entrada en Vigencia del Código Procesal Penal, instituido por Ley 76-02.
- 6.- Constitución Dominicana, votada y proclamada por la Asamblea Nacional en fecha trece de junio de 2015 (Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015).







DIFNAG

Calle Doctor Delgado Núm. 59, Gazcue, Santo Domingo, Distrito Nacional TEL.: 809-686-2300 EXT. 221 • FAX: 809-221-9151

- DIFUNDE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑASY ADOLESCENTES
- PROMUEVE POLÍTICAS DENTRO DEL PODER JUDICIAL DE APOYO A LA NIÑEZY ADOLESCENCIA
- DISEÑA PROPUESTAS DE PROTOCOLOS, POLÍTICAS Y PROYECTOS DE LEY EN BENEFICIO DE LA MUJER Y LA FAMILIA
- EJECUTA ACCIONES EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE IGUALDAD DE GÉNERO DEL PODER JUDICIAL
- DIRIGE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN FAMILIAR
- ORIENTA LEGALMENTE AL USUARIO EXTERNO EN CASOS DE FAMILIA. NIÑEZ.ADOLESCENCIA Y GÉNERO



Se encarga de dar seguimiento a las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en éste ámbito, a fin de plantear pautas de actuación en el seno del Poder Judicial y, a la vez sugerir aquellas modificaciones legislativas que se consideren necesarias para lograr una mayor eficacia y contundencia en la respuesta judicial.

www.observatoriojusticiaygenero.gob.do



Es un espacio destinado para la realización de entrevistas evidénciales a personas en condición de vulnerabilidad, víctimas o testigos de delitos.

Localizanos en:

Santo Domingo: Calle Dr. Delgado No. 59, Gazcue, Sto. Dgo., R.D. Tel.: 809-686-2300 Ext. 230

Santiago:

Ave. 27 de Febrero, Edificio Lic. Federico C. Álvarez, Ensanche Román, Palacio de Justicia, Santiago, R.D. Tel.: 809-582-4010 Ext. 2319 y 2331

San Cristóbal:

Calle 27 de Febrero No. 60, Sector Loyola, Edificio Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, San Cristóbal, R.D. Tel.: 809-528-6555 Ext. 249



Localizanos en Santo Domingo:

Calle Socorro Sánchez #68, esq. Santiago, Gazcue, Distrito Nacional. Tel.: 809-688-6070 Ext. 236 y 829-521-8052 cemefa@poderjudicial.gob.do.

Santo Domingo Oeste:

Centro de Mediación Familiar en Las Caobas, calle Manzana 37, #3; sector Las Caobas.

Tel.: 809-5611415 • 849-214-0146

Santiago de los Caballeros:

Centro de Mediación Familiar en Cienfuegos, Calle 8 Edif. 11, apto. 1-3; Monte Bonito, Santiago.

Tel.: 809-575-3871 • 849-214-0148.

En Santiago, Sector la Joya, Calle Santiago Rodríguez esq. Salvador Cucurulo. Tel.: 809-724-5720.

San Francisco de Macorís, Provincia Duarte: Calle José del Orbe esq. Duarte; Pueblo Nuevo.

Tel.: 809-588-1332





ARÍSTIDES DALMIRO HEREDIA SENA

Juez del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes Departamento Judicial La Altagracia República Dominicana aheredia@poderjudicial.gob.do

Juez del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes de La Altagracia, egresado de la Especialidad en Derecho Civil (UASD, 2003) y de las Maestrías en Filosofía (UPV, 2013), Profesionalizante en Derecho y Procedimiento Civil (UASD-2014) y Argumentación de las Decisiones Judiciales (Ujaen, 2018).

LA PENSIÓN ALIMENTARIA **RETROACTIVA: UNA PROPUESTA**

THE RETROACTIVE ALIMONY: A PROPOSAL



RESUMEN:

La pensión alimentaria o alimenticia es la provisión de alimentos que debe pagar el padre, la madre o personas responsables, a favor de niños, niñas y adolescentes. Tradicionalmente se ha calculado el pago a partir de la sentencia o de la demanda misma, pero esa concepción debería ir cambiando por una que proteja más efectivamente el interés superior del niño, como lo es el cálculo retroactivo de la pensión alimenticia. Aquí se presentan algunas pautas para el cambio de paradigma y el cálculo de dicha pensión.

PALABRAS CLAVES:

Alimentaria, alimenticia, alimentos, demanda, deuda, efectos, ex nunc, ex tunc, ley, pensión, provisión, retroactividad.

ABSTRACT:

Alimony is the provision of food and other needs that must be paid by the father, mother or responsible persons, in favor of children and adolescents. Traditionally, the payment has been calculated from the judicial decision or the demand itself, but that conception should be changed by one that more effectively protects the best interests of the child, as is the retroactive payment of alimony. This essay presents some guidelines for the change of paradigm and the payment of the retroactive child support.

KEY WORDS:

Alimony, law suit, debt, effects, ex nunc, ex tunc, law, provision, retroactivity.

Recibido 2/5/2018 Aprobado 5/6/2018

LA PENSIÓN ALIMENTARIA RE-TROACTIVA: UNA PROPUESTA.

l aproximarse al estudio de la pensión alimenticia es preciso la comprensión de tres conceptos fundamentales: Pensión, alimentos y alimenticia. La palabra pensión proviene del latín pensio y significa la suma de dinero que se debe de pagar periódicamente; está asociada al mínimo que se debe de pagar¹, conforme al período de tiempo en que se está en la obligación de pagar, puede ser temporal o de por vida, la duración se determina por la fuente de la cual procede.

Como un seguro en el sistema de seguridad social, en el que se incluye la pensión por vejez2, por discapacidad total o parcial³, cesantía de edad avanzada⁴, pensión de sobrevivientes para hijos, cónyuge⁵ y otras personas, y alimenticia⁶;

En el ordenamiento jurídico dominicano

aparece la pensión en distintos sentidos:

- b) Como un pago periódico que debe de realizar una persona a favor de otra u otras;
- Además, como un pago único a favor de otra, para cubrir ciertos gastos, como sucede en la *provisión ad-litem*⁷.

Los alimentos son un conjunto de bienes y servicios que recibe el menor de edad para la satisfacción de sus necesidades básicas (Art. 170 de la Ley núm. 136-03), que han sido considerados como indispensables para su beneficiario, tanto en su sustento como en su desarrollo.

El legislador ha elaborado un inventario de bienes y servicios a favor de niños, niñas y adolescentes a los que ha considerado como "alimentos", integrado por: alimentación, habitación, vestido, asistencia, atención médica, medicinas, recreación, formación integral, educación académica8. La lista no parece ser restrictiva9, sino que es ejemplificativa, al punto de que si se considera algún producto o servicio que en la vida del niño, niña o adolescente devenga en indispensable para su sustento y desarrollo tendrá que ser calificado como alimentos¹⁰.

Antecedentes.

Peña Céspedes sitúa el origen de la pensión alimentaria en la Primera Intervención Norteamericana, específicamente con la emisión de la Orden Ejecutiva 168 del 13 de junio de 1918. Así mismo se reiteró la obligación alimentaria a favor de los hijos por medio de la Ley 1051 de paternidad, hasta que se aprobó la Ley núm. 2402 sobre asistencia obligatoria de los hijos menores de 18 años¹¹.

La pensión alimenticia ha estado sustentada en diversas normas, tales como:

Orden Ejecutiva 168 de 1918.

Ley núm. 2402 de 1950.

Ley núm. 14-94 de 1994.

Ley núm. 136-03 de 2003.

Ley núm. 52-07 de 2007

El 13 de junio de 1950, fue promulgada la Ley núm. 2402. La misma estuvo vigente hasta enero de 1995. La Ley núm. 2402, aprobada en la era de Trujillo, mostraba la seriedad de la obligación de los padres en la provisión de alimentos a sus hijos. Es evidente que, contrario al actual sistema, la Ley núm. 2402 de 1950, discriminaba entre hijos legítimos o naturales

Radicación de la palabra PENSION. Etimología. Obtenido desde: 1 http://etimologias.dechile.net/?pensio.n

Art. 44.a y 55 de la Ley núm. 87-01 que crea el Sistema de Se-2 guridad Social.

Art. 44.b y 46-49 de la ley núm. 87-01 que crea el Sistema Do-3 minicano de Seguridad Social.

Para personas con 57 años en adelante y que haya cotizado un mínimo de 300 meses.

En caso no tener hijos ni cónyuge, se le otorgará a los herederos correspondientes, según afirma el artículo 51 de la Ley núm. 87-

La pensión alimenticia u obligación alimentaria es tratada a favor de los hijos menores de 18 años de edad, Art. 177 de la Ley núm. 136-03.

Art. 22 de la Ley núm. 1306-bis del 21 de mayo de 1937 consagra textualmente: La mujer podrá dejar la residencia del marido durante el proceso, y solicitar una pensión alimenticia proporcionada a las facultades de aquél. El Tribunal indicará la casa en que la mujer estará obligada a residir y fijará, si hay lugar, la provisión alimenticia que el marido estará obligado a pagar...".

Artículo 170 de la Ley núm. 136-03.

Al emplearse el método gramatical, en el que toda interpretación inicia con la letra de la ley, lo contrario sería inválido e ineficiente, puesto que se obviaría lo permitido, lo prohibido o el mandato legislativo. El método gramatical viene a valerse de las reglas de la gramática, del uso del lenguaje y de la etimología de las palabras. La interpretación gramatical se abandonaría si y sólo si la ley contradice la voluntad del legislador. Víctor Manuel Rojas Amandi. Interpretación y argumentación del juez constitucional. Consultado el 24/07/2017 en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/.../10727

Es una noción dinámica de alimentos integrada no sólo por los bienes y servicios que en la actualidad se consideran indispensables, sino también por aquellos que se van integrando conforme pasa el tiempo; así la sociedad misma lleva a la tenencia de algunos bienes y servicios como indispensables.

Peña Céspedes, Alexis Rafael (29 de enero de 2015): Los alimentos, la Conciliación y la Mediación. Consultado en http://eldia. com.do/los-alimentos-la-conciliacion-y-la-mediacion-i/.

reconocidos respecto a las demás categorías de hijos, hasta el punto de que otorgaba la ejecución provisional de la sentencia obtenida en un proceso de manutención si y solo si se tratara de hijos legítimos o naturales reconocidos, en los que no había duda sobre la paternidad, y se dejaba a la discrecionalidad judicial el pronunciamiento de la ejecutoriedad provisional para las demás categorías de hijos.

La derogada Ley núm. 2402 de 1950, contenía la obligación que tienen los padres de mantener a los hijos menores de 18 años de edad, incluyendo: alimentar, vestir, sostener, educar y procurar albergue a sus hijos que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. (Art. 1).

El siguiente paso en la legislación de alimentos viene dado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en el contexto de las Naciones Unidas; cuyo contenido es muy amplio y busca la protección integral de las personas menores de edad. , Guiada en sus artículos por el principio del interés superior del niño, la Convención fue ratificada en 1991, y sentó las bases para la adopción de un Código que abarcara los aspectos mínimos de la Convención.

La incorporación en el ordenamiento jurídico dominicano de la Ley núm. 14-94, que crea el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes vino a ser una norma muy utilizada por las madres en este país. Si bien la Ley núm. 14-94, fue promulgada el 22 de abril de 1994, el artículo 363 de dicha norma prorrogaba la entrada en vigencia de la misma hasta el 1º de enero de 1995.

Conforme al artículo 136 de la Ley núm. 14-94; tanto los representantes legales del niño, niña o adolescente, la persona que lo tenga bajo su cuidado y el Defensor de Menores podrían demandar ante el juez de menores, en su defecto, ante el juez de paz del lugar de residencia del o la menor de edad, la fijación de la pensión de alimentos, mediante el procedimiento que indica dicha ley. El propio 87 juez podía abrir de oficio el proceso a favor del menor de edad.

> Es en el año 2003, cuando se aprueba una nueva ley que regularía todo el sistema de protección de niños, niñas y adolescentes; a saber, la Ley núm. 136-03, del 7 de agosto de 2003, que entraría en vigencia un año después. El sistema

queda prácticamente idéntico, y no es hasta el año 2007, cuando se promulga la Ley núm. 52-07, y se reitera la posibilidad de fijar pensión provisional desde el momento de la demanda¹². Posteriormente en el ordenamiento jurídico dominicano aparecen algunas modificaciones a la Ley núm. 136-03, pero en esta ocasión la nueva ley no introduce modificaciones al sistema de pensión alimenticia¹³.

Pensión alimenticia: La Cuestión de la Irretroactividad.

En el plano doctrinal y judicial se ha optado por la aplicación del criterio de que la obligación alimentaria de los padres hacia sus hijos solo es exigible judicialmente -y aplicable- a partir de la sentencia. También se reconoce dicha obligación desde el período de embarazo. En cambio, en algunos países se ha llegado a reconocer una pensión alimentaria retroactiva, en la que no importa el momento de la demanda, sino de cuándo se inicia la obligación de los padres hacia sus hijos.

Derecho Comparado

México: Se permite la retroactividad de la pensión alimenticia en contra del padre irresponsable que a sabiendas de la existencia del hijo, no le provee alimentos. Tampoco la demanda prescribe aunque el alimentado ya sea mayor de edad.

Puerto Rico. Se admite la retroactividad hasta el momento de la interposición de la demanda. Incluye además la retroactividad en la rebaja bajo ciertas reglas.

Venezuela: La obligación de pagar alimentos prescribe a los 10 años. Art. 378. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes núm. 5.859. La obligación de mantener al hijo prescribe a los 18 años, pero puede extenderse hasta los 25 años por varias razones. Art. 383 de la indicada ley.

Contrario a la Ley núm. 2402 que permitía de forma más amplia la aplicación de pensión provisional por la sola prueba de la capacidad económica del demandado (Art. 141), en las Leyes núm. 136-03 (Art. 181) y 52-07 se limita esa posibilidad, dejando únicamente la obligación provisional para los hijos nacidos en el matrimonio o reconocidos por sus padres.

Se trata de la Ley núm. 106-13 promulgada el 6 de agosto de 2013, con enfoque al aspecto penal juvenil, especialmente al aumento de la pena máxima imponible a los menores de edad penalmente responsables.

83

El alcance de la sentencia de pensión alimenticia determinará el criterio que tiene la jurisdicción en cuanto a si es posible el reconocimiento retroactivo de la pensión a imponer. Tal y como se indicará más adelante, el criterio dominante en República Dominicana ha sido el de reconocer el monto específico de la pensión alimenticia a partir de la sentencia y no de forma retroactiva al momento de la concepción.

En México se adoptó el criterio de la pensión alimenticia retroactiva, mediante un fallo dictado por la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación en materia de amparo, en el que se admite la retroactividad de la pensión siempre y cuando el padre abandonare a sus hijos, a sabiendas de que la mujer estaba embarazada. Bajo estas indicaciones la Suprema Corte de la Nación mexicana ha considerado oportuno que se incluyan el tiempo transcurrido entre el embarazo, el parto y hasta la fecha de la demanda, más el tiempo que pueda faltarle para que el hijo o hija llegue a la mayoría de edad. Se califica como irresponsable al padre que no ha hecho el mínimo esfuerzo para sustentar al hijo/ hija.

En el caso de referencia, se trata de una demanda en alimentos caídos (pagos retroactivos en la demanda). La accionante demandó en alimentos, pero no le fue concedido los alimentos caídos. Sino que el tribunal acogió el criterio ex tunc, una deuda que se calcula y genera a partir de la sentencia (provisional o definitiva).

En la apreciación de la pensión alimenticia retroactiva entrarían dos posibilidades:

- a) Si la madre no tenía necesidad de exigir alimentos.
- b) Las posibilidades económicas del padre. En la decisión 1.3º.C.252C(10a) citado en la Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 35, del mes de octubre de 2016, específicamente en su tomo 10, Décima Época. La jurisprudencia mexicana no es del todo liberal, ya que exige que el padre tenga conocimiento del embarazo o de su vínculo de paternidad.

No solo se ha permitido que las madres puedan demandar la retroactividad de la

pensión alimenticia a favor del hijo, también lo pueden hacer los hijos mayores de edad, pudiendo invocar que existe una deuda de alimentos que no ha sido pagada. La legislación dominicana no establece el límite de edad para el hijo/hija demandar el pago de la deuda derivada de la pensión alimenticia. Tal sería el caso de un hijo, que tenga más de 17 años y desee hacer cobrar los pagos de la pensión alimenticia ya impuesta al padre, pero que éste no efectuó el pago.

En Puerto Rico se adoptó la retroactividad de la pensión alimenticia solo desde el momento de la demanda, como forma de garantizar que la parte solicitante de una pensión aumento o rebaja, no sea perjudicada por el tiempo de duración de la demanda y los posteriores recursos. Se trata de la Ley 232 (esta ley viene a modificar el artículo 19 de la Sección VI de la Ley núm. 5 del 30 de noviembre de 1986). La norma dispone que "los pagos por concepto de pensiones alimentarias yde aumentos en las mismas serán efectivos desde la fecha en que se presentó la petición de alimentos en el tribunal"14, así cuando se solicitare la rebaja de la pensión, y en ella, la aplicación retroactiva, el tribunal observará la procedencia de dicha petición y establecerá un pago prorrateado de hasta el 10% de la pensión impuesta.

La idea más socorrida es que los alimentos se deben a partir de la sentencia. La provisionalidad de la pensión alimenticia, ya iniciado el proceso, indica que el menor de edad tiene cierto derecho, pero que el alimentante no tiene una obligación plenamente definida.

Respecto de la obligación de alimentar a sus hijos podría afirmarse válidamente que tiene un carácter natural, moral y legal. En Chile no existe la retroactividad en el pago de los alimentos, lo que indica que si los años que han pasado no se computan; en otras palabras, se perdieron, aun existiendo una obligación natural, moral y legal¹⁵.

Ley núm.. 232 que modifica el artículo 19 de la Sección VI de la Ley Núm. 5 de 30 de noviembre de 1986, Ley para el Sustento de Menores.

Pensión de alimentos en Chile (17/10/2017). Extraído de http://www.divorciofacil.cl/pension-de-alimentos/#Las_pensiones_de_alimentos_son_retroactivas, consultado el 29-10-



La provisión de alimentos es una obligación de cada padre; en la práctica judicial se prefiere asumir que la obligación inicia con la fuerza ejecutoria de la sentencia relativa a alimentos.

Al verificar las fuentes de las obligaciones, podría afirmarse que conforme a sus fuentes podrían ser: Contractuales, cuasicontractuales, delictuales, cuasidelictuales y legales. Esta última fuente implica que el legislador impone unas obligaciones que no dependen ni de la voluntad del obligado ni de su intención. En este terreno se ubica la pensión alimenticia, tratado por la Constitución dominicana y desarrollada por la Ley núm. 136-03.

Conviene preguntarse: ¿De dónde proviene la obligación de los padres de proveer alimentos hacia sus hijos, de la sentencia o de la ley? Si su fuente es la sentencia, entonces es correcto el no reconocimiento de la obligación de alimentar a los hijos antes de iniciar el proceso. Allí se aplicaría el efecto ex nunc¹⁶, es decir, sin efecto retroactivo, puesto que opera desde ahora en adelante. El efecto ex nunc en la sentencia indicará que el padre o la madre mantendrá a los hijos, y solo podrá pedir compensación de parte del otro a partir de la sentencia, quedando todos los gastos cubiertos por uno de los padres.

Pero si se considera que la fuente de la obligación es la ley lex-, luego desde el momento de la concepción podría imponerse la pensión alimenticia, acudiéndose al efecto ex *tunc*¹⁷, es decir, con efecto retroactivo. No es un secreto para nadie que el embarazo y el mantener a un hijo/hija hace que se incurra en muchos gastos, los que son cubiertos por alguna persona de forma total, por tanto en la sentencia de pensión alimenticia podría aplicarse el criterio ex tunc e imponer al alimentante la obligación de pagar todo lo adeudado desde el embarazo mismo.

El artículo 55.10 de la Constitución dominicana contiene la obligación por parte de los padres de mantener a sus hijos. Las características de esta obligación son: "irrenunciable y compartida", y agrega un aspecto adicional consistente en que la ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para "garantizar la efectividad de esas obligaciones".

El legislador dominicano aún no se ha pronunciado en torno a la pensión alimenticia retroactiva, dejando generalmente a la madre en un estado de desigualdad económica y jurídica frente al padre irresponsable. Siendo la obligación del padre -realmente- la que indica la sentencia de alimentos. Esta sentencia no reconoce los gastos desde el embarazo hasta la fecha de la pensión, a menos que se intente la demanda en el embarazo mismo.

Distinción necesaria respecto del momento en que se está solicitando la pensión, podría ser por primera vez o una modificación al monto acordado en sentencia anterior. La sentencia que impone por primera vez la pensión tendría que referirse a su posible efecto retroactivo; no así la pensión que se pretende modificar, en un proceso distinto.

En España se reconoce el pago de la pensión desde el momento de la demanda, pero solo cuando se trate de la primera vez en que se ha demandado e impuesto; luego, en el caso de algún aumento solo se reconocerá el aumento desde que la sentencia del nuevo proceso sea ejecutoria, en su caso, inmediatamente después de dictada. Por ejemplo, la madre demanda al padre en pago de alimentos; la sentencia reconoce la pensión desde el momento de la demanda; sin embargo, si la madre intenta una segunda demanda en aumento de la pensión, en caso de ser acordada, solo surtirá efecto luego del dictado de la sentencia¹⁸.

La deuda alimenticia corresponde a cada uno de los padres, estos tienen la obligación de proveer los alimentos a sus hijos. La deuda proviene de la ley misma, inclusive aunque el padre no esté legal o científicamente delimitado se le concede la potestad a la madre de demandar en alimento, y que se le fije hasta 3 meses luego del nacimiento.

Ex nunc es también una expresión latina que en oposición al ex tunc, significa desde ahora, a partir de ahora, por tanto cualquier efecto jurídico que haya de tenerse en cuenta sólo se tomará en consideración a partir de la decisión que se tome al juzgar el hecho.

Ex tunc es una expresión latina que puede ser traducida como "desde la época" y se refiere en el ámbito jurídico, al efecto retroactivo hasta el origen de los hechos causantes del acto.

núm. de Sentencia: 162/2014 - Nº de Recurso: 1088/2013, Tribu-18 nal Supremo, Primera Sala, del 26-03-2014.

Se considera este plazo como una garantía de los derechos del menor de edad a fin de que mientras se esclarece la paternidad, el no nacido goce de todas las protecciones del posible padre; ya a los tres meses de nacido habría tiempo para corroborar la posible paternidad a través de la prueba de ADN que siempre se practica¹⁹.

Parece muy razonable la adopción del sistema mexicano de reconocer la retroactividad de la pensión alimenticia si y solo si el padre ha tenido información del embarazo o del nacimiento del menor de edad. En caso no haber tenido conocimiento, el pago se realizará a partir de la demanda en alimentos o de la prueba de paternidad, o de la sentencia en reconocimiento de paternidad dictada en primer grado.

Distinción Necesaria.

Una vez constatado que se trata de una obligación legal, que emana tanto de la Constitución como de varios convenios internacionales y de las leyes nacionales, es justo que se reconozca la pensión alimenticia desde la concepción. Ahora bien, no todos los casos son iguales, convendría hacer una distinción en la forma en que el padre se entera de la existencia del hijo y de su consecuente obligación, existiendo tres formas posibles:

- El hijo nazca dentro del matrimonio.
- Nazca de una unión de hecho.
- Sea el producto de una relación ocasional.

En los tres casos se trata de un padre y su hijo, bajo las mismas garantías. En el caso del hijo nacido en el matrimonio, conforme al artículo 312 del Código Civil, se considera -reputa- hijo del marido; el esposo no puede dejar de alimentar a su hijo hasta que una sentencia así lo ordene que será en el extremo caso de los efectos derivados del desconocimiento judicial de paternidad. Si no es el padre, no tendrá que proveer ali-86 mentos al hijo.

En el segundo supuesto en el que el hijo nace de una relación singular y estable (Art. 55.5 de la Constitución), es decir, de un hogar de hecho, tampoco puede el padre dejar de

mantener al hijo, bajo el criterio de que se trata de una relación constitucionalmente respaldada, que busca la protección de la familia como base de la sociedad. En esta situación podrían situarse hijos reconocidos o no reconocidos por el padre. Si son reconocidos, pues la obligación es legal y válida; si el hijo no es reconocido, luego como se trata de una relación consensual y de hecho entre los padres, solo habría que invocar el artículo 55.5 de la Constitución para obligar al pago de la pensión alimenticia (esto en adición a las demás disposiciones legales). En este último supuesto, el padre que convive con su pareja no puede alegar desconocimiento de la existencia del hijo para no proveer alimentos, constituyendo su accionar en una irresponsabilidad manifiesta.

El último de los puestos es aquel que se configura por un padre que ha tenido una relación ocasional (por ejemplo, un encuentro de una noche -para ser más específicos), y de este ha surgido un embarazo, y por tanto la obligación de mantener al hijo. Si el padre no tiene conocimiento de la existencia del hijo, la pensión alimenticia podría ser irretroactiva, o al menos, considerarse su situación al momento de calcular el pasado de la pensión a imponer.

Finalmente, sirvan estas notas para el debate del establecimiento de la pensión alimenticia retroactiva, que vaya más allá del inicio de la demanda, sino desde la concepción misma, la que servirá para que los padres sean los que busquen establecer -con rapidez- la pensión alimenticia y que no se les acumule montos que luego les sean cobrados retroactivamente.

En la actualidad, al aplicarse la no retroactividad de la pensión alimenticia se premia al padre irresponsable; se acude a la célebre frase "lo que pasó, pasó", en perjuicio del interés superior del niño. Si la obligación es legal -como es evidente- luego la pensión alimenticia no tiene que estar supeditada a una sentencia judicial, debería ser simplemente calculado el "monto" presente y pasado que constituye la pensión, y aplicarse de forma retroactiva, bajo el efecto ex tunc.

Arts. 172 y 173 de la Ley núm. 136-03.

Bibliografía

Legislación nacional

- Constitución de la República. República Dominicana. 2015.
- Ley núm. 106-13 de 2013. República Dominicana.
- Ley núm. 1306-bis sobre Divorcio. República Dominicana.
- Ley núm. 136-03 que instituye el Código para la protección y derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. República Dominicana.
- Ley núm. 2402. República Dominicana.
- Ley núm. 52-07. República Dominicana.
- Ley núm. 87-01 que crea el Sistema de Seguridad Social. República Dominicana.
- Ley núm. 232 que modifica el artículo 19 de la Sección VI de la Ley núm. 5 de 30 de noviembre de 1986, Ley para el Sustento de Menores. República Dominicana.

Jurisprudencia comparada

- núm. de Sentencia: 162/2014 núm. de Recurso: 1088/2013, Tribunal Supremo, Primera Sala, del 26-03-2014.
- núm. decisión 1.3°.C.252C(10a) citado en la Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 35, del mes de octubre de 2016, específicamente en su tomo 10, Décima Época.

Consultas de la Internet

- http://etimologias.dechile.net/?pensio.n
- https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/.../10727
- Pensión de alimentos en Chile (17/10/2017). Extraído de http://www.divorciofacil.cl/ pension-de-alimentos/#Las_pensiones_de_alimentos_son_retroactivas, consultado 29-10-2017.
- Peña Céspedes, Alexis Rafael (29 de enero de 2015): Los alimentos, la Conciliación y la Mediación. Consultado en http://eldia.com.do/los-alimentos-la-conciliacion-y-la-mediacion-i/.



En cumplimiento a las Reglas de Brasilia los Centros de Entrevista son un espacio destinado para la realización de entrevistas evidénciales a personas en condición de vulnerabilidad víctimas o testigos de delitos, provisto de medios tecnológicos que permiten obtener declaraciones informativas o testimoniales y grabarlas en formato audiovisual para ser utilizado como medio de prueba en las fases del proceso penal.



www.poderjudicial.gob.do

Siguenos en: /poderjudicialRD Facebook • Twiffer • YouTube • Google+





BAYOAN RODRÍGUEZ PORTALATÍN

Juez de la 8va. Sala del Tribunal de Jurisdicción Original del D. N. República Dominicana brodriguezp@ji.gob.do

Es Licenciado en Derecho, Cum Laude, egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Pucmm, 2006); egresado del Programa de Formación de Aspirantes a Juez de Paz, Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ, 2011); Maestría en Derechos Fundamentales, Universidad de Jaén/Consejo General del Poder Judicial de España (2013); Maestría en Derecho Judicial, ENJ (2017); Maestría en Derecho Inmobiliario, Pucmm (2018); Docente en la Pucmm y la ENJ. Ha publicado varios artículos en las revistas Saber & Justicia, Gaceta Judicial y Justicia & Razón.

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y LA PROHI-**BICIÓN DE LAS CONSTAN-**CIAS ANOTADAS

THE RIGHT TO THE PRO-PERTY AND THE PROHIBI-TION OF THE ANNOTATED CONSTANCES



RESUMEN:

88

Se aborda la prohibición general de expedir constancias anotadas en el sistema registral dominicano y las particularidades de esta figura de cara al derecho a la propiedad, en especial frente a su contenido esencial.

PALABRAS CLAVES:

Reaistro inmobiliario, certificado de título, constancia anotada, derecho a la propiedad.

ABSTRACT:

This essay is about the general prohibition of Annotated Constances (Constancias Anotadas) in the Dominican registry system and the particularities of this figure facing the right to property, especially against its essential content.

KEY WORDS:

Real estate registration, certificate of title, annotated constance (constancia anotada), property right.

Recibido el 2/7/2018 Aprobado el 18/7/2018

admitir la documentación son muy pocas. Asimismo, el registro en los sistemas de

prevención mínima se realiza en relación a la persona y no al inmueble, lo que implica la existencia de folios personales. Los folios reales, relativos al inmueble (incluyendo su historial detallado), son propios de los registros de derechos o de calificación, como el sistema Torrens. Como nos dice Mateo Villa:

depositario, cuyas facultades legales para

(...) al Estado y a los terceros les interesa no tanto saber que tal o cuál persona ha hecho negocios como que estos mismos negocios se han celebrado sobre determinada finca. Por tanto, el epicentro de nuestro estudio son las fincas y los derechos constituidos sobre ellas, no las personas (...) El sistema de folio real se ha considerado normalmente como una de las manifestaciones formales del principio de especialidad, en cuanto que parte de la doctrina lo ha entendido solamente como un modo de llevar u organizar los Registros. En cambio por mi parte, soy de la opinión de que el folio real es manifestación clara del aspecto sustantivo o material de la especialidad como base necesaria de la publicidad registral, siendo uno de los pocos preceptos dirigidos a recoger la oponibilidad de los derechos inscritos y ésta solo se consigue mediante su perfecta descripción en el folio correspondiente. Así, no es tanto un modo de organizar los registros, sino un requisito básico para la oponibilidad erga omnes de las situaciones jurídicas y, por tanto, complemento del precepto que regule expresamente la inoponibilidad de los no inscrito. Para que exista publicidad de un derecho (o situación) es necesaria su perfecta determinación; sin especialidad no hay publicidad (oponibilidad). 1

En la República Dominicana coexisten los dos sistemas, teóricamente. Por un lado, el sistema ministerial francés (extra registral), de acuerdo al Código Civil y a la Ley núm. 2914 de 1890 Sobre Registro y Conservación de Hipotecas, modificada por las Leyes núms. 314 de 1940 y 637 de 1941. Por otro lado, el sistema Torrens (registral), aunque

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LAS CONS-**TANCIAS ANOTADAS**

a constancia anotada es una figura extraña a los llamados sistemas registrales de prevención máxima, cuya reglamentación es estricta y no tolera la posibilidad de que se expidan este tipo de instrumentos. El solo requerimiento de que todo inmueble debe ser individualizado en un plano material exacto, impide la posibilidad de registrar derechos de propiedad sin que previamente hayan sido definidos en su localización, extensión y colindancias. La constancia anotada permite justamente lo contrario: registrar la transferencia de una porción de parcela sin que ésta se haya subdividido previamente, de modo que con esta figura se generaron los más diversos conflictos por la no ubicación de porciones o por transferencias que superaban los metros registrados, entre otras variantes.

Sin embargo, la constancia anotada significa que un derecho de propiedad se encuentra registrado y es oponible a todo el mundo, si bien sometido a las consecuencias de esa naturaleza indefinida en cuanto a la localización e individualización del inmueble. Otras consecuencias tienen que ver con la posibilidad de transferir y registrar porciones de parcela sin previa subdivisión, lo que parece tener sus raíces en la primera normativa -la Orden Ejecutiva número 511 de 1920- que pretendió organizar y mejorar el registro de la propiedad inmobiliaria en nuestro país con el sistema Torrens. Con la segunda normativa -la Ley número 1542 de 1947-, se sancionó legalmente dicha posibilidad.

Debe recordarse que el sistema registral Torrens pertenece a los llamados "sistemas de prevención máxima", en oposición a los de "prevención mínima" o sistemas extra registrales. Aquellos se caracterizan por la estructuración de un órgano (o distintos órganos) que proveen un control previo y cuidadoso de los derechos objeto de registro. Los sistemas extra registrales, por el contrario, carecen de ese control previo, admitiendo documentos que en el futuro serán objeto de análisis o discusión en cuanto a su contenido, pero no antes. Son sistemas en los que no existe un verdadero registrador sino un mero

Mateo Villa, Íñigo (2016). Derecho Registral. Santo Domingo: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (material inédito, complemento de la Maestría en Derecho Inmobiliario), p. 8.

este último es el que prevalece para el registro de bienes inmuebles mientras aquel se encuentra en desuso, tal y como lo determina la práctica civil y comercial. Y ha de entenderse que por esta razón el constituyente del 2010 lo prevé de ese modo, pues establece en el artículo 51 de la Norma Fundamental que: "El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad, en especial a la propiedad inmobiliaria titulada", si ponderamos la connotación y las ventajas del término "titulada" en el contexto dominicano. Este mismo precepto constitucional también se emplea cuando se configura el derecho constitucional a la vivienda, si bien debe precisarse que el alcance del artículo 51 de la Constitución, en cuanto a la obligación del Estado de promover el acceso a la propiedad inmobiliaria titulada, no obedece a la hipotética coexistencia de los dos sistemas (ministerial y Torrens), sino al deber de establecer políticas públicas que favorezcan dicha modalidad.

De la Orden Ejecutiva 511 de 1920, como indica Ruiz Tejada, se desprenden principios y objetivos básicos del sistema Torrens: la depuración del derecho a inscribir, la individualización del inmueble, la publicidad mediante la inscripción registral, la exactitud de la información contenida en el registro, y la investidura del derecho consagrada en un documento auténtico, garantizado por el Estado². Este documento es el certificado de título, a partir del cual se emite un "duplicado del dueño".

Pero la Orden Ejecutiva 511 contradijo estos principios pues permitía el "traspaso del dominio absoluto sobre un terreno registrado, o cualquier porción del mismo", sin que se exigiera expresamente la subdivisión de la parcela. Actualmente, y siendo coherentes con los principios registrales, para el traspaso de derechos de una parte de una parcela, amparada en un certificado de título, es imprescindible proceder a la subdivisión, que implica el levantamiento de un acto parcelario para la creación de una nueva parcela,

correctamente individualizada.3 La idea es, por supuesto, que "todo derecho de propiedad que se pretenda registrar de conformidad con la presente ley debe estar sustentado por un acto de levantamiento parcelario aprobado por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales"⁴, de modo que el derecho haya sido definido en un plano elaborado por un agrimensor autorizado.

El traspaso de porciones de parcelas se constituyó en una práctica muy común por la facilidad de enajenar porciones sin tener que incurrir en los gastos de una nueva mensura. Con la emisión de constancias anotadas como resultado de ese traspaso, se generaron derechos indeterminados, registrados pero sin planos individuales aprobados, partiendo de certificados de títulos pero también de otras constancias anotadas. De una parcela salieron decenas, a veces centenas y hasta miles de constancias anotadas, originando distintas dificultades, desde ventas que excedían lo registrado, conflictos entre varios titulares de constancias dentro de una misma parcela, hasta enajenaciones que nunca se inscribieron durante la vigencia de la Ley número 1542 y aun con varios años de vigencia de la Ley número 108-05 sobre Registro Inmobiliario. Todo porque la ley, la jurisprudencia y la práctica desconocieron los fundamentos del sistema Torrens.

Con la Ley número 108-05 se prohibió la expedición de constancias anotadas o cartas constancias, según su artículo 129. Una consecuencia inmediata de ello es que se obliga a acudir al procedimiento de deslinde para la transferencia de una porción de parcela, fuera de casos puntuales reglamentados en la Resolución núm. 355-09 de la Suprema Corte de Justicia. Ello no significa, sin embargo, una limitación injustificada al ejercicio del derecho a la propiedad, en el sentido de truncar la facultad de disposición que entraña este derecho, actualmente consagrada en la Constitución dominicana.

Ruiz Tejada, Manuel Ramón (1952). Estudio sobre la Propiedad Inmobiliaria en la República Dominicana. Santo Domingo [Ciudad Trujillo]: Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo, Serie III, Volumen LXXXV, p. 134.

La operación de subdivisión para crear dos o más inmuebles, procede solo en las parcelas, que son inmuebles amparados en certificados de título. Las porciones de parcela (amparadas en constancias anotadas) se someten al deslinde para convertirlas en parcelas, como se verá más adelante.

Ley número 108-05 de Registro Inmobiliario, artículo 108.

Aquí debemos detenernos en el contenido del derecho a la propiedad, y en concreto, en su contenido esencial. La facultad de disposición es, conjuntamente con la de goce, parte del contenido o núcleo esencial del derecho a la propiedad. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional colombiana al juzgar que "el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular"5. Y añade que dichos atributos "no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas, que se traduzcan en el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de obtener una utilidad económica sobre los mismos".

En la configuración de la dimensión social de este derecho, la Constitución dominicana del año 2010, sigue a la Constitución española del año 1978. El texto dominicano incluye las tres facultades tradicionales de la propiedad, que componen su dimensión subjetiva. Especialmente, la disposición del derecho (ius abutendi) se refiere a la posibilidad de enajenar la cosa, y es evidente que esta facultad de disposición queda confinada a lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley número 108-05, cuando hablamos de porciones de parcela. Cabe subrayar aquí la relatividad de los derechos fundamentales, en el entendido de que, como afirma la Corte Constitucional de Colombia:

(...) frente al concepto de propiedad privada, esta Corporación ha establecido que se trata de un derecho subjetivo que se tiene sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando se respeten sus inherentes funciones sociales y ecológicas, encaminadas al cumplimiento de deberes constitucionales estrechamente vinculados con la noción de Estado Social de Derecho, como son la protección al medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos, la promoción de la justicia y la equidad y el interés general prevalente. Así, ha entendido la Corte, que es necesario que el ordenamiento jurídico adopte límites al En efecto, los derechos subjetivos que concede el derecho a la propiedad deben armonizarse con los derechos y necesidades de la sociedad. Estas funciones sociales resultan ser "inherentes" a este derecho, como manifiesta también el Tribunal Constitucional de España, quien ha calificado esta función social como "elemento estructural" de la definición misma del derecho a la propiedad privada, y como "factor determinante de la delimitación legal de su contenido"7. Esta función social se manifiesta con especial intensidad en el derecho a la propiedad8.

En nuestro ordenamiento, y al igual que sucede con la libertad de empresa, la Constitución utiliza la fórmula "El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad." Pero a continuación, el constituyente agrega que "La propiedad tiene una función social que implica obligaciones", función social que se manifiesta en las líneas siguientes del artículo 51 constitucional y que destacamos a seguidas:

- Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor, determinado por acuerdo entre las partes o sentencia de tribunal competente, de conformidad con lo establecido en la ley. En caso de declaratoria de Estado de Emergencia o de Defensa, la indemnización podrá no ser previa;
- 2) El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad, en especial a la propiedad inmobiliaria titulada;
- Se declara de interés social la dedicación de la tierra a fines útiles y la eliminación

derecho a la propiedad privada, que permitan la consolidación de los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, enmarcadas en la consecución de las citadas funciones que encuentran su fundamento en la Carta (artículos 1, 2, 58, 59 y 95 núms. 1 y 8)6.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-410/15. En: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-410-15 .htm (acceso el 28/6/2018).

STC 37/1987. Citada por Pérez Royo, Javier (2007). Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 472.

Fernández Segado, Francisco (1992). El sistema constitucional 8 español. Madrid: Editorial Dykinson, p. 450.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-133/09. En: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-133-09 .htm (acceso el 28/6/2018).

El resto del texto del artículo 51 se refiere a la confiscación de la propiedad, pero por el momento nos interesan los propósitos del acceso a la propiedad inmobiliaria titulada, de la dedicación de la tierra a fines útiles y del estímulo de la producción agrícola. Como todo derecho fundamental, la propiedad se interrelaciona con otros derechos, en específico con el derecho a la vivienda (artículo 59 constitucional), y en cuanto a este derecho a la vivienda, la Constitución define el "acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada" como "prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de la vivienda." Así, es claro el énfasis que ha puesto el constituyente en la titulación de la propiedad inmobiliaria.

Sobre este particular propósito, el Tribunal Constitucional dominicano ha considerado que de la disposición del artículo 51.2 de la Constitución se desprende un derecho fundamental y no solo una norma programática que establece un deber del Estado. En su Sentencia TC/0036/12, acápite 10, párrafos b), i) y j), el Tribunal Constitucional amparó a un parcelero a quien el Instituto Agrario Dominicano pretendía despojar de una parcela donde se le había asentado durante 28 años como parte de un proyecto agrario, inmueble que luego le fue donado en el año 2011. Como fundamento de esto, el Tribunal consideró que el derecho de propiedad del parcelero se encontraba en "serias y ciertas vías de configuración." Es decir, el parcelero aún no era titular del derecho de propiedad inmobiliaria, pero reunía determinadas condiciones que prácticamente le harían propietario. En virtud de que se concedió el amparo, cabe deducir que la contraparte del numeral 2 del artículo 51 constitucional, es un derecho fundamental que puede llamarse "derecho de acceso a la propiedad inmobiliaria", que, valga redundar, ha sido tutelado por la vía del amparo como derecho innominado pero efectivo.

En el caso de la persona que tiene en su poder una constancia anotada, se da una situación. si se quiere, mixta. Por un lado tiene un derecho registrado y titulado porque existe un plano general de toda la parcela, pero no definido en cuanto a sus linderos y ubicación. Por otro lado, cabe preguntarse si se tiene un derecho de propiedad en "serias y ciertas vías de configuración", o lo que es lo mismo, un "derecho de acceso a la propiedad inmobiliaria titulada", si consideramos que el instrumento ideal para sustentar un derecho de propiedad es el certificado de título.

La respuesta dependerá precisamente de la concurrencia de condiciones serias y ciertas, y la constancia anotada no es garantía automática de certeza, como lo hemos venido explicando, por la ausencia de plano individual y en especial si no existe ocupación material de la porción, a pesar de que es un derecho registrado.⁹ No obstante, el reconocimiento de esta prerrogativa como un derecho fundamental e innominado por parte del Tribunal Constitucional, conlleva importantes consecuencias, siendo la primera la de su tutela jurisdiccional, sea mediante la acción de amparo o mediante otra acción judicial.

La función social de la propiedad conjuntamente con la dimensión subjetiva de este derecho, van a informar al legislador al momento de desarrollar su contenido en las leyes. De este modo, la propiedad (y sus derechos relacionados) son instituciones jurídicas que se someten a la realidad social, económica y normativa del lugar en el que se ejercen.¹⁰ Ya el Tribunal Constitucional dominicano lo ha planteado en la sentencia número TC/0332/14 del 22 de diciembre del año 2014, cuando ha juzgado que el certificado de título prevalece sobre la constancia anotada para acreditar la existencia de un derecho de propiedad, en función de la potestad que tiene el Poder Legislativo para desarrollar el

La ocupación material es un requisito básico para el deslinde de acuerdo al artículo 13 de la Resolución núm. 355-2009.

Perdomo Cordero, Nassef (2011). Comentarios al artículo 51, en Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Comp.), Constitución Comentada (p. 201). Santo Domingo: Fundación Institucionalidad v Justicia Inc.

contenido de este derecho, tal como dispone el artículo 51.2 de la Constitución.

En esa orientación, debe también decirse que la realidad registral dominicana ha sido una con un alto nivel de conflictos judiciales, lo que atenta gravemente contra la seguridad de la propiedad, contra el tráfico inmobiliario y contra la fortaleza de la inscripción registral, lesionando todo el sistema. Un buen sistema registral, funcional e idóneo, no genera litigios, o los reduce al mínimo. En nuestro país ha sucedido lo contrario, por diversas razones, y una de ellas es la creación y posterior multiplicación de las constancias anotadas. Entonces, si la propiedad es uno de los pilares de nuestro sistema económico de mercado (el otro es la libertad de empresa), el derecho a la propiedad debe ser articulado de forma tal que propicie el dinamismo y reduzca los riesgos propios de todo negocio jurídico que la involucre. Un inmueble registrado, correctamente individualizado y dotado de un plano que fija sus colindancias, es la garantía por excelencia del crédito y, de hecho, la más admitida en la práctica bancaria. La circulación del capital es mucho más fluida y segura en este aspecto, por lo cual la importancia del registro se extiende al régimen de seguridades y garantías (hipotecas, privilegios...) y en definitiva a todo derecho accesorio, como las servidumbres o las distintas anotaciones que pueden realizarse en

el registro complementario de un inmueble, debidamente publicitadas. Y si en efecto la propiedad es uno de los cimientos de nuestra economía, ello ocurre capitalmente en el ámbito de los fundamentos teóricos del modelo diseñado por la Constitución; en la práctica, lo propio es concluir que la propiedad inmobiliaria registrada es una condición indispensable para el desarrollo económico de un país. Evidentemente no hay reglas absolutas, como sucede con el sistema inmobiliario de los Estados Unidos.

Pero la idea central es que la inscripción registral es un instrumento de suma importancia en nuestro sistema económico, como consecuencia de la función social del derecho a la propiedad. La Constitución dominicana lo deja entrever de ese modo en su artículo 51, pues la función social se deduce del bien común y del interés general que además son el límite por excelencia de los derechos individuales. En lo que toca al derecho a la propiedad, no se trata simplemente de que la prohibición legal de las constancias anotadas se explique por un asunto de interés general y de funcionalidad del sistema registral. Es que también apareja importancia económica, y aquí es bueno recordar que estas razones, vistas así como justificaciones al artículo 129 de la Ley 108-05, encuentran su soporte básico en los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Corte Constitucional de Colombia. En línea: www.corteconstitucional.gov.co
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1992). El sistema constitucional español. Editorial Dykinson. Madrid.
- MATEO VILLA, Íñigo (2016). Derecho Registral. Santo Domingo: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (material inédito, complemento de la Maestría en Derecho Inmobiliario).
- PERDOMO CORDERO, Nassef (2011). Comentarios al artículo 51, en Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Comp.), Constitución Comentada. Santo Domingo: Fundación 93 Institucionalidad y Justicia Inc.
- PÉREZ ROYO, Javier (2007). Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.
- Tribunal Constitucional Dominicano. En línea: www.tribunalconstitucional.gob.do

PÁGS. 94-99 ISSN: 1991-5292



KATE ECHAVARRÍA PIMENTEL

Jueza de la Cuarta Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Nacional República Dominicana eechavarria@poderjudicial.gob.do

Especialista en Derecho Inmobiliario, con Maestría en Derecho Inmobiliario de la Pucmm. Inició su carrera judicial en el año 2009, como Jueza de Paz de Tránsito en la ciudad de San Cristóbal, ascendida a Jueza de Jurisdicción Original de San Cristóbal, y luego trasladada a Jueza de la Cuarta Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original, donde se desempeña en la actualidad.

LA PERENCIÓN DE LA INSTANCIA: UN INCIDENTE DE LA INSTANCIA EN MATERIA INMOBILIARIA

THE ANNIHILATION OF ALL PROCEDURAL ACTS (Perención) OF THE INSTANCE: AN INCI-DENT OF THE INSTANCE IN REAL ESTATE MATTER.



RESUMEN:

94

Se analiza la figura de la perención de la instancia en el ámbito inmobiliario dominicano de forma amplia y se explica sus diferencias con la caducidad y la prescripción.

PALABRAS CLAVES:

Perención, caducidad, prescripción, celeridad, eternización de los procesos, auto.

Recibido el 13/3/2018 Aprobado el 18/7/2018.

ABSTRACT

The figure of the annihilation of all procedural acts (perención) of the instance in the Dominican real estate sector is analyzed in a broad manner and its differences with expiration and prescription are explained

KEY WORDS:

The annihilation of all procedural acts (perención), expiration, prescription, celerity, perpetuation of the processes, judicial resolutions.

LA PERENCIÓN DE LA INSTANCIA: UN INCIDENTE DE LA INSTANCIA EN MATERIA INMOBILIARIA.

🗖 timológicamente "...la palabra perenderiva del verbo perimire peremptum, que es una continuación culta del latín peremptio onis de la época de Justiniano que significa extinguir, destruir, anular"1.

Al respecto, Henri Capitant señala que la perención es "...el aniquilamiento de todos los actos procesales cumplidos en un juicio que puede ser invocada contra el demandante cuando haya transcurrido cierto tiempo y sin que haya ocurrido ningún acto del procedimiento"2.

La perención es, pues, el castigo impuesto por el legislador al demandante por no impulsar su proceso judicial. La perención surge en la instancia como incidente de la misma.

En sentido contrario, precisa De La Colina que "la perención es un desistimiento tácito de la demanda o la extinción de la instancia por cesación de los procedimientos durante un cierto tiempo"3.

En la instancia decimos que la perención es un incidente porque es una manera abrupta de finalizarla, donde la parte que acciona la instancia deja de sostenerla para que la misma descanse y luego se extinga.

En ese sentido, para Maurino la perención: "es la conclusión anticipada del proceso por haber transcurrido el tiempo establecido legalmente, sin actividad procesal idónea para impulsarlo hacia el final; siempre que no medie una causal de improcedencia o un óbice suspensivo"4.

En las definiciones del concepto por parte de De La Colina y Maurino, se puede observar una confusión; de donde nace la siguiente interrogante: ¿Debemos inferir cuando hablamos de perención que queremos decir que hay caducidad de instancia? Sostiene Rivas que no se debe confundir la perención con la caducidad o prescripción, dado que la primera extingue el procedimiento, por lo que puede ser intentado nueva vez; mientras que la segunda aniquila el derecho de acción y no puede haber renovación de instancia⁵.

Desde nuestra óptica, la definición de Rivas es certera en cuanto a la diferencia entre perención y prescripción, pero no en cuanto a la diferencia entre perención y caducidad, ya que esta última viene definida como: "el estado de un acto jurídico que un acontecimiento posterior hace ineficaz"6, mientras que la prescripción es un modo de extinción de las obligaciones por el transcurso del tiempo. No obstante; no podemos obviar aquí que los abogados, en su mayoría, tienden a confundir dos figuras jurídicas que desde nuestro punto de vista son diferentes en su génesis y en sus fines, la perención y la caducidad. En algunos casos también confunden estas figuras con la prescripción que, sin lugar a dudas, es totalmente diferente en su objetivo.

En efecto, la perención puede ser definida como muerte del proceso por haber transcurrido el o los plazos para realizar determinados actos procesales; y la caducidad como la inacción del demandante al dejar de cumplir con una formalidad sustancial en su acto introductivo de demanda, con el fin de poder acceder a la justicia según la ley mientras que la prescripción es un modo de extinción de las obligaciones por haber dejado transcurrir el plazo fijado por el legislador para exigir su incumplimiento.

En el orden de ideas en que nos referimos, la perención de la instancia constituye una figura que extingue el proceso, debido principalmente a la inactividad de las partes por un tiempo prolongado. La inactividad del demandante o del demandado, durante un lapso de tiempo, lleva consigo una sanción natural por falta de interés. Es por esto que se sostiene que lo que no hacen las partes lo lleva a cabo la ley, por razones de orden público. La finalidad de la perención es poner cargas procesales a los litigantes, con el objeto de que los procesos no se eternicen

COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico, 451. (1999). Editorial Depalma. Buenos Aires.

² CAPITANT, Henry. Vocabulario Jurídico. (1930). Trad. Aquiles Horacio Guaglianone, 421-422., Editorial Depalma. Buenos Aires. DE LA COLINA, Salvador. (1916). *Derecho y Legislación Procesal*

en materia Civil v Comercial, Tomo II. Editorial Laiouane. Bue-

MAURINO, Alberto Luis. (1991). Perención de la Instancia en el Proceso Civil, 7, Editorial Astrea. Buenos Aires.

RIVAS, Polibio. El Juzgado de Paz en Materia Civil, 53. (2001). Editora Dalis. Moca, República Dominicana.

CAPITANT, Henry. (1930). Vocabulario Jurídico, trad. Aquiles Horacio Guaglianone, 88. Editorial Depalma. Buenos Aires.

y que los órganos judiciales apoderados no sean tomados como mecanismos para tener a una parte de la justicia llena de incertidumbres, bajo la amenaza de la continuación de un proceso que nunca finaliza. La perención procura la celeridad de los procesos judiciales, bajo la amenaza a las partes de aniquilar el proceso si no actúan. Calamandrei escribía al respecto que la perención era "una anemia perniciosa que provocaba la muerte prematura del proceso"7.

Llegar con Calamandrei a la conclusión de que esta figura es una anemia perniciosa, es entender que su finalidad principal es atacar el proceso y, en ningún momento, colidir con el derecho. La perención busca la estimulación a las partes a no cesar en su carrera agotadora de culminar con una sentencia ya que, desde una óptica axiológica, la eternización de los procesos judiciales afecta a las partes y a la seguridad jurídica, como exigencia social inexcusable. En esta línea, García De Enterría plantea: "...que la inseguridad jurídica actual es un fruto directo de la legalización del derecho. Cuando el derecho, como ocurre todavía en los países del common law, se expresaba a través de principios generales, la seguridad jurídica estaba más garantizada, por paradójico que resulte"8.

Más aún la eternización de los procesos en el órgano judicial crea un estado de incertidumbre manifiesta para el ciudadano, de ahí que si no se le pone un fin a los procesos por la inercia de las partes, se perjudican no solo sus intereses, sino también los intereses generales de las garantías judiciales de las partes involucradas.

De ahí que la perención de la instancia debe estar revestida por un hecho objetivo que consistirá en la inactividad prolongada de las partes, pues como institución jurídica tiene un interés más público que privado, porque el órgano judicial no puede quedarse paralizado ante la inamovilidad de las partes. Si las partes no culminan el proceso es deber y obligación de la jurisdicción hacerlo.

CALAMANDREI, Piero. (1956). Elogio de los Jueces escrito por un abogado, 159. Editorial Ejea. Buenos Aires.

De lo dicho en el párrafo que antecede resulta que; para que la figura jurídica de la perención tenga cabida en la instancia es necesario que exista un proceso y una inactividad procesal, que hayan pasado los plazos tendentes a la continuación de la instancia, y que el órgano jurisdiccional apoderado emita una decisión. Solamente con las condiciones antes expuestas nace la figura de la perención. Si la parte impulsa su proceso como es debido y no deja transcurrir los plazos sin la inactividad que expresa la ley, no se puede hablar de perención. Sin embargo, es bueno señalar que esto no es así en todos los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en el derecho alemán y el austríaco se considera que las partes tienen derecho a una tregua o descanso, denominado por ellos Stillstand, duración que va desde el último acto procesal hasta el próximo. Los mismos entienden pues que el proceso Civil es Privado, por lo que no puede hablarse de perención ya que las partes cesaron ante los tribunales, es decir, que el Estado a través de los órganos judiciales, no tiene que ver con que las partes descansen.

Base legal de la perención: La perención en el Código de Procedimiento Civil.

La perención en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra plasmada en el Código de Procedimiento Civil, en los artículos del 397 al 401. El artículo 397 establece que: "Toda instancia, aunque en ella no haya habido constitución de abogado, se extinguirá por cesación de los procedimientos durante tres años. Plazo este que se amplía a seis (6) meses en aquellos casos que dan lugar a renovación de instancia". El artículo 398 que indica a su vez que: "La perención tiene efecto contra el Estado, los establecimientos públicos y toda clase de personas, incluso los menores de edad, quedando a todos su recurso abierto contra los administradores y tutores". Asimismo, el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil expresa: "La perención no se efectuará de Derecho; quedará cubierta por los actos válidos que haga una u otra de las partes con anterioridad a la demanda en perención." En otro orden de ideas, vemos que el artículo 400 dispone: "Se pedirá la perención por acto de abogado

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1999). Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas. Editorial Civitas. Madrid.

a abogado, a menos que este último haya muerto, o esté en interdicción, o suspenso, desde el momento en que aquélla se hubiera contraído". Este artículo plantea cómo debe solicitarse la perención de la instancia en el derecho común dominicano, donde la perención opera a solicitud de parte. La finalidad de la perención está claramente estipulada en el Código de Procedimiento Civil al disponer en su artículo 401: "La perención no extingue la acción: produce solamente la extinción del procedimiento sin que se pueda, en ningún caso, oponer acto alguno del procedimiento extinguido, ni apoyarse en él. En caso de perención, el demandante principal será condenado en todas las costas del procedimiento fenecido".

Como vemos, en nuestro Código de Procedimiento Civil al igual que en el Código de Procedimiento Civil francés napoleónico no es admitida que la perención opere de derecho; el criterio contrario de que la perención opere de derecho fue propuesto por el Código ginebrino. Es bueno señalar que tal y como destaca Chiovenda, se denomina "...código ginebrino al código de los cantones suizos de 1819".

La perención en el Derecho Inmobiliario.

En materia inmobiliaria, la perención opera de pleno derecho, de lo que se colige que puede ser pronunciada de oficio por el juez, sin necesidad de que tenga que ser solicitada por el demandado. A diferencia del derecho civil, en donde, la perención no opera de pleno derecho, contrario a las disposiciones de la Ley núm. 108-05, que dispone que la perención opere de pleno derecho. En ese sentido, el artículo 38 de la Ley núm. 108-05, establece: "Todo proceso en el que transcurran tres años de inactividad procesal de las partes, se podrá archivar de forma definitiva y se refuta irrefragablemente que no hay interés en el mismo". La perención de instancia se produce de pleno derecho. La situación de estado de fallo de un expediente impide que se produzca la perención. Igualmente, el artículo 113 del reglamento de los tribunales de la jurisdicción inmobiliaria prevé: "Cuando el juez o tribunal compruebe que en el expediente hayan pasado tres años o más de

inactividad procesal de las partes, ordenará el archivo definitivo del mismo, y el párrafo de este artículo consigna que la orden de archivo consiste en el auto que emite el juez o tribunal correspondiente para tal fin". Entendemos que a partir de la lectura del artículo 38 de la Ley núm. 108-05, se infiere que la perención producirá un archivo definitivo del proceso, hecho erróneo porque la perención de instancia no implica eliminarle al demandante su derecho de acción. Para Couture cuando la perención opera de derecho (ope legis), sus efectos se producen "sin necesidad de declaración judicial o acto jurídico privado alguno"9. Posición que contrasta con la de otros autores que sostienen que, aunque la perención opere de derecho, es necesaria por parte del juzgador una declaración judicial (ope judicis).

No obstante que haya pasado tiempo sancionado, en materia inmobiliaria es necesario que el juzgador lo constate y la declare con sus efectos.

Entendemos que en nuestro país el plazo de la perención comienza a correr a partir del día del último acto procesal realizado por las partes, pudiendo ser ampliado o aumentado a seis meses más en aquellos casos en los que haya lugar a renovación de instancia o constitución de nuevo abogado. Este plazo se computa según las disposiciones del artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley núm. 296 del 30 de mayo de 1940, que dispone que no se tome en cuenta para el cómputo del acto de la notificación el día que se notifique ni el día del vencimiento.

Como ya indicamos anteriormente, aunque en materia inmobiliaria el legislador no haya hecho mención al plazo de seis meses, entendemos que por aplicación del principio VIII y del artículo 3, párrafo 2 de la Ley núm. 108-05, en la jurisdicción inmobiliaria debe aplicarse este plazo cuando exista en el Derecho común renovación de instancia o constitución de nuevo abogado. Según las disposiciones contenidas en la ley núm. 108-05, cuando se produzca la perención de instancia, la sentencia que la declare ordenará el

COUTURE, Eduardo. (1956). Vocabulario Jurídico, 459. Editorial Depalma, Buenos Aires,



archivo definitivo del expediente y se reputará irrefragablemente que no hay interés en la instancia, por lo que la parte demandante no podrá reactivar el expediente, sino solamente solicitar el desglose de los documentos originales, pudiendo nuevamente accionar en justicia, pero con una nueva instancia de apoderamiento.

Conviene señalar que en Francia la figura jurídica de la perención fue modificada en el nuevo Código de Procedimiento Civil, en el artículo 387se establece: "La perención, además de que podrá ser demandada por cualquiera de las partes, también podrá ser opuesta por vía de excepción a la parte que cumpla un acto expirado en los plazos de la perención con la condición de que esta, cuando se pide por vía de excepción, sea planteada antes de todo otro medio de defensa"10.

Efectos de la perención de la instancia en la jurisdicción inmobiliaria.

La lectura estricta de los artículos referentes a la perención en la Ley núm.108-05 y en el

10 Nuevo Código de Procedimiento Civil (Paris: Dalloz, 2001) Traducción Nuestra.

reglamento de los tribunales de tierra, implica que cuando el tribunal acoge la perención debe hacer la salvedad de que se trata de la perención de instancia y no del derecho particularmente en materia inmobiliaria, donde los derechos registrados son imprescriptibles. Algunos autores dominicanos, entre los que se encuentra Monción, 11 establecen que si bien la perención de instancia opera de pleno derecho por ante la jurisdicción inmobiliaria, nada impide que la misma sea solicitada por acto de abogado a abogado, tal y como establece el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil.

En otro aspecto, es bueno dejar claro que la solicitud de fijación de audiencia solo puede interrumpir el plazo de la perención, cuando es fijada la audiencia para conocer del asunto y la misma es celebrada, ya que aun cuando el tribunal dicte auto de fijación, la interrupción pierde eficacia si el rol es cancelado y no se lleva a cabo la celebración de la audiencia fijada.

Por otra parte, la perención no afecta las pruebas producidas, las cuales pueden

MONCIÓN, Segundo E. (2010). La Litis, los incidentes y la demanda en referimiento en la jurisdicción inmobiliaria, 310. Editorial Omnimedia S.A. Santiago, República Dominicana.

hacerse valer en otro juicio. Cuando la perención de la instancia se produce en grado de apelación, la sentencia de primer grado adquiere la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. En definitiva los efectos de la perención van a depender de si la misma se produce en primer grado o grado de alzada, de conformidad con las disposiciones del artículo 401 del Código de Procedimiento Civil. La decisión que declara la perención constituye una decisión definitiva formal, a la cual solo tiene efectos declarativos respecto al objeto de la controversia.

Cuando se trata de la perención de la instancia aperturada ante el Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original se decreta la extinción de la instancia en que se cumplió la condición objetiva de inactividad. Cuando la perención se solicite ante el Tribunal Superior de Tierras, la sentencia de primer grado adquirirá la autoridad de la cosa juzgada; sin embargo, es importante destacar que la perención solamente opera cuando la inactividad procesal proviene de las partes interesadas, no así cuando es negligencia del tribunal, ni cuando el expediente se encuentra en estado de fallo reservado.

Consideraciones sobre el auto que ordena la perención en Materia Inmobiliaria.

La naturaleza del auto que ordena la perención en materia inmobiliaria es jurídica-procesal, no contenciosa; pues una vez transcurre el plazo de los tres años que dispone la ley núm. 108-05, tiene el juez competencia para ordenar la perención al entender: que hay un llamamiento de la ley que lo dispone; que no hay contiendas entre las partes porque si la hubiera se le hubiese dado seguimiento al proceso. En relación con el procedimiento, el mismo no tiene que tener notificación porque no tiene que haber contradicción, solo señalamiento de término probatorio.

Por otra parte, conviene señalar, que el auto que ordena la perención de oficio debe contener la competencia del juez apoderado, la fecha de introducción del proceso, asimismo debe indicarse que no ha habido interrupción del plazo de la perención. No tiene que referirse el juez al plano fáctico, pero sí debe indicar con precisión el inmueble objeto del proceso que perime para darle cumplimiento al principio de especialidad de la ley núm. 108-05.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1- COUTURE, Eduardo J. (1999). Vocabulario Jurídico, 451. Editorial Depalma. Buenos Aires.
- 2- CAPITANT, Henry. (1930). Vocabulario Jurídico, trad. Aquiles Horacio Guaglianone, 421-422. Editorial Depalma. . Buenos Aires.
- 3- DE LA COLINA, Salvador, 143. (1930). Derecho y Legislación Procesal en materia Civil y Comercial Tomo II. Editorial Lajouane. Buenos Aires.
- 4- MAURINO, Alberto Luis. (1991). Perención de la Instancia en el Proceso Civil, 7. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- 5- RIVAS, Polibio. (2001). El Juzgado de Paz en Materia Civil, 53. Editora Dalis. Moca, República Dominicana.
- 6- CAPITANT, Henry. (1930). Vocabulario Jurídico, trad. Aquiles Horacio Guaglianone, 88. Editorial Depalma. Buenos Aires.
- 7-- Calamandrei, Piero. (1956). Elogio de los Jueces escrito por un abogado, 159: Editorial Ejea. Buenos Aires.
- 8- GARCÍA DE ENTERRÍA. (1999). Eduardo. Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas. Editorial Civitas. Madrid.
- 9- COUTURE, Eduardo. (1956). Vocabulario Jurídico, 459. Editorial Depalma. Buenos Aires.
- 10- Nuevo Código de Procedimiento Civil (Paris: Dalloz, 2001) Traducción Nuestra.
- 11- MONCIÓN, Segundo E. (2010). La Litis, los incidentes y la demanda en referimiento en la jurisdicción inmobiliaria, 310. Editorial Omnimedia S. A., Santiago, República Dominicana.



VLADIMIR M. ROSARIO GARCÍA

Juez de la 9na. Sala Penal, Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional República Dominicana vrosario@poderjudicial.gob.do

Licenciatura en Derecho Cum Laude, UASD, 2005. Cursante del Máster en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional (UCLM); Maestría de Derecho Procesal Penal, UASD, 2013. Máster en Derecho Empresarial, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España, 2013. Egresado del Programa de Formación de Aspirantes a Juez de Paz de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), 2009. Especialidad en Redacción Argumentativa y Expositiva de Decisiones Judiciales, ENJ, 2014. Profesor Ayudante de la Cátedra de Derecho Internacional, Escuela de Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UASD, 2012, hasta la fecha. Docente desde el 2015, del área de Derecho Privado en la ENJ.

AMPLITUD DE ACCESO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONS-TITUCIONAL DOMINICANO, A LA LUZ DEL DERECHO **COMPARADO**

AMPLITUDE OF ACCESS IN THE DOMINICAN CONSTITU-TIONAL JUSTICE SYSTEM, IN TERMS OF COMPARATIVE LAW



RESUMEN:

Análisis descriptivo del régimen de la justicia constitucional dominicana frente a algunos casos puntuales de derecho comparado, desde el prisma de la accesibilidad, 100 señalando las principales características y modelos en los que se inscribe nuestro sistema.

PALABRAS CLAVES:

Accesibilidad, Constitución, Sistemas constitucionales, Amparo.

Recibido el 10/7/2018 Aprobado 27/7/2018.

ABSTRACT

Descriptive analysis of the regimen of the Dominican constitutional justice against some specific cases of comparative law, from the point of view of accessibility, indicating the main characteristics and models in which our system is inscribed.

KEY WORDS:

Accessibility, Constitution, Constitutional systems, Appeal for constitutional protection of fundamental rights (Amparo).

¬l derecho comparado juega un papel de primerísimo orden en materia de justicia constitucional, puesto que los países se nutren recíprocamente de sus experiencias y los distintos modelos se van acercando cada vez más, debido a fenómenos como la globalización. De ahí que reviste marcado interés el ejercicio que nos ocupa, a fin de contribuir con la comprensión del sistema de justicia constitucional dominicano y para facilitar posteriores ejercicios de supletoriedad, que permitan abrevar en ordenamientos con modelos similares, cuando las circunstancias lo ameriten.

La accesibilidad es el primer principio rector del sistema de justicia constitucional dominicano, por lo que resulta llamativo tomar este criterio para situarla en el marco del derecho comparado. De acuerdo con el Art. 7.1 de la Ley núm. 137/11, conforme al cual la jurisdicción debe estar "libre de obstáculos, impedimentos, formalismos o ritualismos que limiten irrazonablemente la accesibilidad y oportunidad de la justicia" (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, Núm. 137/11).

Siguiendo al profesor Pegoraro, el acceso a la justicia constitucional se concibe como "los diversos mecanismos que permiten que las infracciones a los derechos individuales garantizados por la Constitución, ya sea por separado o conjuntamente con otros, sean llevadas ante un Tribunal Constitucional u órgano equivalente". La amplitud del acceso se determina por los siguientes criterios: a) variedad de los mecanismos de acceso a través de los cuales las cuestiones llegan al Tribunal Constitucional para su sentencia, sean directos o indirectos; b) modalidades de acceso (directo o incidental); c) cantidad de los tipos utilizados; y d) carácter de los sujetos titulares. Hay además ordenamientos puros, que son los que utilizan un único sistema (por ejemplo, el incidental-difuso de los EEUU y el preventivo y abstracto en Francia); y ordenamientos mixtos, que emplean conjuntamente más modalidades. Igualmente, los ordenamientos pueden ser cerrados o abiertos, según que solamente se permita el acceso a entes u órganos del Estado (Por ejemplo: Francia, Austria en el modelo originario) o que por el contrario, el acceso sea también para los jueces, y en los que el acceso, a través del amparo y otras figuras similares, está asegurado a todas las personas (Pegoraro, 2010).

Hoy en día pocos países no proporcionan al menos algún tipo de acceso individual para impugnar la constitucionalidad de una norma o acto individual (Argelia, Marruecos, los Países Bajos y Túnez). En lo que respecta al acceso individual indirecto, varios órganos tienen derecho a impugnar la constitucionalidad de una norma. Entre ellos, los más comunes son los tribunales ordinarios a través de los procedimientos preliminares, así como los miembros del Parlamento en la medida en que actúan basándose en la petición de un individuo. Algunos países bajo revisión también otorgan derecho a impugnar ante el Tribunal Constitucional o el órgano equivalente al Defensor del Pueblo. En lo que respecta al acceso individual directo, existen varios modelos en los países estudiados: la acción popular, en el que cualquiera tiene derecho a tomar medidas contra una norma después de su promulgación, incluso si no hay un interés personal; la sugerencia individual, en la que el solicitante sólo sugiere que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de una norma. dejando la decisión de hacerlo a discreción del tribunal; la cuasi acción popular, en la que el solicitante no tiene por qué ser directamente afectado, sino que tiene que desafiar la norma en el marco de un caso específico y, por último, el mecanismo de la queja individual directa, que existe en varias sub-formas (Comision de Venecia, 2010).

En el caso dominicano, al haber numerosos procesos constitucionales, cada uno cuenta con sus regulaciones particulares, en donde las reglas de acceso presentan caracteres diversos: a saber: el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado, el control concentrado de la constitucionalidad, previéndose la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del proceso constitucional, el control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, el cual se ejerce mediante la acción de inconstitucionalidad; el procedimiento constitucional del control a priori en relación específicamente con los tratados internacionales, y el proceso constitucional 101 de la resolución de conflictos constitucionales. En la ley orgánica también se regula en forma detallada el régimen general de la garantía judicial de los derechos fundamentales, tales como los procesos constitucionales en materia de habeas corpus, habeas data y amparo.

Asimismo, se establecen algunas previsiones, relativas al control de constitucionalidad de las omisiones absolutas del legislador, y previsiones destinadas a regular la potestad del Tribunal Constitucional de revisión de sentencias en materia constitucional, v de conocer en segunda instancia de los casos de amparo, habeas corpus y habeas data vía un recurso de revisión.

En cuanto a la variedad de los mecanismos de acceso. "Acceso indirecto se refiere a los mecanismos a través de los cuales las cuestiones individuales llegan al Tribunal Constitucional para su sentencia a través de un organismo intermediario. Acceso directo se refiere a la variedad de medios legales a través de los cuales una persona puede solicitarlo personalmente al Tribunal Constitucional, es decir, sin la intervención de terceros". Partiendo de este criterio, en el caso dominicano coexisten las dos variantes, hay un sistema mixto, de conformidad con el artículo 185, inciso 1, de la Constitución: "Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido". Contamos además con la figura del defensor del pueblo, quien al tenor del artículo 191 de la Constitución tiene la función esencial de "contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas v los intereses colectivos y difusos establecidos en esta Constitución y las leyes, en caso de que sean violados por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos". Además de que conforme al control difuso, en ocasión de cualquier proceso, los tribunales ordinarios conocerán de la constitucionalidad de las leyes, sea de oficio o planteada por cualquiera de las partes (Art. 188 de la Constitución). Así como también, por las acciones de amparo y procedimientos constitucionales afines, es posible para cualquier particular, acceder al tribunal constitucional de manera directa (Art. 70-72 (Constitución Dominicana, 2015).

Desde la perspectiva del carácter de los sujetos titulares, puede verse en lo anterior que nuestro ordenamiento también se ha nutrido de distintas fuentes sistémicas. En principio la justicia constitucional solamente puede ser

promovida por determinadas personas con legitimidad procesal u órganos públicos o un número limitado de sus representantes; con la imposibilidad de apoderarse de oficio. El caso dominicano puede ser calificado como abierto, pues no solamente se permite el acceso a entes u órganos del Estado como el presidente o la tercera parte de alguno de los miembros de las cámaras legislativas (Por ejemplo: Francia, Austria en el modelo originario), sino que el acceso es también para los jueces ordinarios en ocasión del control difuso y con ocasión de las acciones de amparo, revisión constitucional de sentencias y otras figuras similares; todas las personas pueden cuestionar la constitucionalidad.

No se contempla la posibilidad de que la acción de inconstitucionalidad se pudiera configurar como una acción popular, que corresponda a todos los ciudadanos por el simple interés en la constitucionalidad, como existe en Colombia y Venezuela. (Brewer-Carias, 9).

En cuanto a los procesos por conflictos de competencia de orden constitucional, la ley orgánica dispone que el mismo debe ser planteado "por el titular de cualquiera de los poderes del Estado, órganos o entidades en conflicto", quien debe enviar a la Secretaría del Tribunal Constitucional, "un memorial con una exposición precisa de todas las razones jurídicas en que se fundamente el hecho en cuestión". (Art. 60).

Sobre la revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales, de acuerdo con la Ley Orgánica, art. 53, procede en los siguientes casos: "1) Cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza. 2) Cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional. 3) Cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental, siempre que concurran y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos...".

A nivel comparado, el procedimiento de revisión constitucional, por lo general, consta de una serie de requisitos formales y filtros para evitar la sobrecarga, así como el uso indebido de los recursos ante los tribunales. Con el fin de abrir el procedimiento, a menudo hay plazos para la presentación de solicitudes.

En materia de revisión constitucional de amparo, de acuerdo con el artículo 94 de la ley orgánica, los procesos de amparo se desarrollan en dos instancias, siendo la segunda instancia

102

el Tribunal Constitucional, razón por la cual, "todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión por ante el Tribunal Constitucional".

Respecto a las modalidades de acceso, en el sistema dominicano existen las dos vías, la directa o principal y la incidental o por excepción. La vía principal es aquella en que el control se suscita mediante un proceso autónomo ante el órgano con competencia para juzgar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, independientemente de la existencia de controversia, corresponde al control concentrado, previsto en el Art. 185 de la Constitución, y configura un control abstracto de la constitucionalidad, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas alemán, español y mexicano, en donde constituye una garantía concreta de los derechos fundamentales. En cambio, la vía incidental se trata de aquella en que la inconstitucionalidad del acto puede ser invocada en el curso de un proceso apoderado en cualquier tribunal con la finalidad de que se inaplique en el caso concreto. Se materializa en el control difuso (Art. 188); sin embargo, se separa de los casos español, alemán e italiano, en donde se plantea el incidente de constitucionalidad que obliga a sobreseer el proceso hasta que el Tribunal Constitucional decida. (Jorge Prats, 2012, pág. 420).

Con relación a la cantidad de los tipos de controles constitucionales utilizados, en el país contamos con numerosas variables, como hemos venido señalando: control concentrado y difuso, control principal e incidental, control abstracto y concreto, control preventivo para los tratados y sucesivo para los demás actos. Con lo cual podemos afirmar que nuestro sistema de justicia constitucional es ante todo mixto, al emplear varias modalidades, e híbrido en distintos aspectos, al combinar y moderar algunos modelos. Por lo tanto, no es puro, como el incidental-difuso de los EEUU y el preventivo y abstracto en Francia.

A modo de conclusión, debemos resaltar que ha quedado de manifiesto que nuestros constituyentes y legisladores orgánicos se han suscrito a las corrientes de avanzada en materia de justicia constitucional. Hemos adoptado los mecanismos que son tendencia en el derecho comparado, para garantizar el acceso de la persona a la justicia constitucional. Pero a nuestro joven sistema le queda mucho camino por andar y se avizoran en el horizonte problemas de accesibilidad: derivados principalmente de la carga de trabajo y la forma en que ha sido diseñado el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que más temprano que tarde habrá que solucionarlos, pero eso ya será tema de otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Constitución Dominicana. (2015). Republica Dominicana.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, Núm. 137/11. (s.f.).

Doctrina

- Brewer-Carias, A. (9). El sistema de justicia constitucional en la Republica Dominicana y la Ley Organica del Tribunal COnstitucional... Estudios Constitucionales, 303-338.
- Comision de Venecia. (2010). Estudio Sobre el acceso individual a la justicia constitucional. Venecia: Tribunal Constitucional de Chile.
- Constitución Dominicana. (2015). Republica Dominicana.
- Jorge Prats, E. (2012). Derecho Constitucional, Volumen I. Santo Domingo: Amigo del Hogar. 103
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, Núm. 137/11. (s.f.).
- Pegoraro, L. (2010). PROPUESTAS DE CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SUS RELACIONES CON LA DENOMINACIÓN DE LA MATERIA «DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL». En Bazan, Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo (págs. 11-24). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.



ISSN: 1991-5292



ROSA MARÍA REYNOSO ROBIOU

Abogada Ayudante de la Dirección General Técnica República Dominicana rreynoso@poderjudicial.gob.do

Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Pucmm). Maestría en Negocios Internacionales (DESS-AI) de la Universidad Aix-en-Provence, Marseille-Francia, en coordinación con la Universidad APEC, República Dominicana y Especialidad (Post-Grado) en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que ofrece el Instituto Superior para la Defensa (Insude) del Ministerio de las Fuerzas Armadas.

Ingresa al Poder Judicial en el año 2005, desde donde asiste a la Directora General Técnica del Consejo del Poder Judicial dominicano en los temas de cooperación y relaciones internacionales, así como en todo lo relativo a los compromisos asumidos por el Poder Judicial en los foros y cumbres nacionales e internacionales.

Posee conocimientos de derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho constitucional, derecho comercial internacional, inversión extranjera y manejo de proyectos.

RESUMEN:

En el ámbito laboral, todas las personas están expuestas, en mayor o menor medida, a ser objeto de acoso, ya sea éste sexual o laboral. Este análisis presenta de manera explícita las diferentes acepciones que existen sobre el acoso, lo que permitirá identificarlo y tomar las medidas de lugar para que no llegue a convertirse en una situación insostenible.

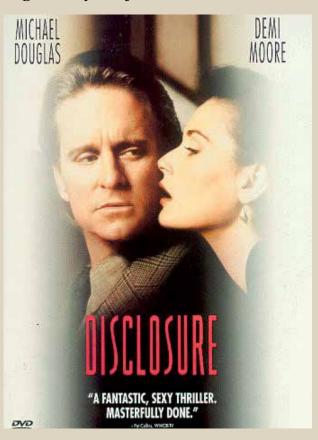
PALABRAS CLAVES:

Acoso, acoso sexual, acoso laboral, hostigamiento, intimidación, mobbing, poder, abuso de poder, derechos humanos, dignidad.

Recibido_el 07/09/2018 - Aprobado el 11/09/2018.

Análisis jurídico de la película DISCLOSURE (Acoso)

Legal analysis of the movie "Disclosure"



ABSTRACT:

In the labor scope, all people are exposed, in a greater o lesser extent, to be subject of harassment, whether sexual or labor. This analysis presents explicitly the different meanings that exist about harassment, which will allow to identify it and to take the necessary measures so that it does not get to become an untenable situation.

KEY WORDS:

Harassment, sexual harassment, workplace harassment, intimidation, mobbing, power, abuse of power, human rights, dignity.

Título original: Disclosure. Título en español: "Acoso".

Director: Barry Levinson. País: Estados Unidos.

Año: 1994. Duración: 128 min.

Género: Drama, Suspenso.

Michael Douglas (Tom Sand-Interpretación:

ers), Demi Moore (Meredith Johnson), Donald Sutherland (Bob Garvin), Caroline Goodall (Susan Hendler), Roma Maffia (Catherine Alvarez), Dylan Baker (Philip Blackburn), Rosemary Forsyth (Stephanie Kaplan), Dennis Miller (Mark Lewyn), Suzie Plakson (Mary Anne Hunter), Nicholas Sadler (Don Cherry), Jacqueline Kim (Cindy Chang), Joe Urla (John Conley Jr.), Michael Chieffo (Stephen Chase).

Guión: Paul Attanasio. Productora: Warner Bros.

Patricia Churchill, Michael Producción:

> Crichton, James Flamberg, Peter Giuliano, Barry Levin-

son y Andrew Wald.

Música: Ennio Morricone. Fotografía: Tony Pierce-Roberts.

Sinopsis de la película

a película de suspenso estadounidense "Acoso", como su título lo indica, trata ■sobre el acoso sexual en el ámbito laboral; sin embargo, por más sorpresivo que parezca, en este caso es el hombre quien resulta acosado por una mujer.

Tom es un hombre felizmente casado, un experto en computadoras exitoso y trabaja para una importante empresa de informática (Digicom) que está llevando a cabo un proceso de fusión con otra empresa. Tom cree que va a recibir un ascenso a la posición de vicepresidente debido a toda su devoción y trabajo para la compañía. En cambio, el

puesto lo obtiene Meredith, que es de otra sucursal o planta y con quien estuvo involucrado sentimentalmente en el pasado. Ella es muy agresiva, sexy y se empeña en destruir a Tom, quien se había negado a tener una aventura amorosa con ella.

Para sorpresa de Tom, Meredith lo acusa de acosarla sexualmente en la oficina, lo que pone en riesgo su posición en la empresa, así como todos los años que ha invertido en un proyecto que está a punto de ver la luz.

A medida que progresa la trama, se evidencia que tanto el acoso sexual como el acoso laboral al que fue sometido Tom era parte de una estrategia para llevar a cabo un fraude dentro de la empresa, orquestado por su propio presidente.

La película, en sentido general, resulta ser bastante interesante ya que explica muy claramente los aspectos que involucran el acoso sexual y el acoso laboral, la forma en que se exageran los hechos, la doble moral cuando el acosador es hombre o cuando es mujer, y la facilidad con la que los cargos por acoso pueden ser utilizados en la competencia por escalar profesionalmente. Se hace bastante hincapié en el hecho de que el acoso sexual o laboral en dicho ámbito es una cuestión de poder, y no de géneros sexuales.

¿Qué es el acoso?

"El acoso sexual no se trata de sexo. Se trata de poder. Ella lo tiene, tú no."

Estas fueron las palabras con las que la abogada Catherine Álvarez trató de hacerle entender a Tom Sanders qué era lo que estaba en juego en la situación que enfrentaba en su lugar de trabajo.

Antes de profundizar en el tema, es importante hacer una diferenciación entre "acoso", "acoso sexual" y "acoso laboral", ya que estos términos pueden ser confundidos o entremezclarse sin que haya una clara delimitación de los mismos a la hora de hablar de ellos.

La Real Academia de la Lengua define el <u>Acoso</u> como la acción de apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos. De esta definición se puede inferir que el acoso implica generar una incomodidad, molestia o disconformidad en otra persona.

105



El acoso puede ser de diferentes tipos y producirse en distintos ámbitos, pero nos referiremos a los que aplican al caso concreto de la película que se analiza, a saber: acoso sexual y acoso laboral.

El Acoso Sexual en el trabajo es todo comportamiento de carácter sexual, no deseado por la persona a la que va dirigido, realizado con abuso de autoridad y que incide en forma negativa en la situación laboral de la víctima.

El Diccionario del Español Jurídico lo define como solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, cuando tal reclamación sea continua y tal comportamiento provoque en la víctima una situación intimidatoria, hostil o humillante¹.

De igual forma, este diccionario hace especial señalamiento cuando dicho acoso sexual se produce con prevalimiento, definiéndolo como aquel realizado abusando de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o anunciando expresa o tácitamente a la víctima de un mal relacionado con las legítimas expectativas que pudiera tener en el ámbito mencionado².

El Código Penal dominicano, en su artículo 106 333-2 establece que constituye acoso sexual toda orden, amenaza, constreñimiento u ofrecimiento destinado a obtener favores de naturaleza sexual, realizado por una persona (hombre o mujer) que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones.

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo define el acoso sexual como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo³.

La Organización Internacional del Trabajo lo define como una conducta no deseada de naturaleza sexual en el lugar de trabajo, que hace que la persona se sienta ofendida, humillada y/o intimidada

El Poder Judicial dominicano, en su Reglamento para la Aplicación de la Política de Igualdad de Género en el Poder Judicial, define el acoso sexual como el comportamiento, verbal, físico o sicológico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Por su parte, Ramón E. Montero define el acoso sexual como la presión sostenida o constante que una persona (por sus funciones) ejerce en contra un subalterno con la amenaza o

Acoso Sexual. Definición y explicación ofrecida por el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua. Definición consultada en http

Acoso sexual con prevalimiento. Definición y explicación ofrecida por el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua. Definición consultada en http://dej.rae.es

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Consultado en http:// www.ub.edu/web/ub/ca/sites/genere/docs/normativa/directiva_2002_73.pdf

intimidación de que si no lo complace, perdería su trabajo⁴.

En la película "Acoso", puede verse como Tom, tras informarle a Meredith que no está interesado en restablecer la relación romántica que una vez tuvieron ya que está felizmente casado y con una familia, Meredith valiéndose de su posición superior lo presiona situándolo en una posición donde no puede rechazarla por miedo a ver afectada su posición dentro de la empresa.

Acoso Laboral, en algunos lugares conocido como mobbing, se configura cuando una o varias personas, pudiendo ser el empleador o compañeros de trabajo, ejercen comportamientos negativos, reiterados, que lesionen bienes jurídicos protegidos, susceptibles de causar daño o perjudicar el ambiente laboral.

En el acoso laboral se apremia de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos. En este sentido, estos admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado del destinatario)⁵.

La magistrada Wendy Martínez define el acoso laboral como el conjunto de acciones u omisiones sistemáticas que ejercen o se abstienen de ejercer un grupo de personas dentro del ámbito del trabajo en contra de uno de sus integrantes, con la finalidad de producir en éste sentimientos y emociones como miedo, terror, aprehensión y frustración hacia su lugar de trabajo⁶.

Por su parte, Leobardo Ramírez Salazar, explica que *el acoso laboral tiene como objetivo* intimidar u opacar o aplanar o amedrentar o consumir emocional o intelectualmente a la víctima, con miras a excluirla de la organización o a satisfacer la necesidad de agredir o controlar o destruir, que suele presentar el hostigador⁷.

A medida que avanza la trama de la película, se puede apreciar como Tom fue también víctima de acoso laboral, al ser colocado en una posición de inferioridad, negándosele conocimiento o acceso a información que anteriormente tenía, manipulándose comunicaciones e informaciones falsas para que cometiera errores, recibiendo un trato diferente frente a sus superiores y subordinados, todo esto para hacerle parecer incompetente en sus funciones y de esa manera hacer que lo despidan de la empresa.

Prejuicios sobre el Acoso

"¡Nunca he oído hablar de tal cosa, una mujer acosando a un hombre!"

Estas fueron las palabras dichas por Dylan Baker, el compañero de oficina de Tom, quien manejó de manera interna la demanda de acoso sexual en la empresa.

Como se ve en la trama de la película, es Meredith quien demanda en acoso a Tom, tomando como referencia que ella es el sexo débil y, claro está, nadie dudó de sus palabras pues en la generalidad de los casos el acoso proviene del hombre hacia la mujer.

Lo cierto es que, contrario a lo que comúnmente se piensa, el acoso sexual no solo lo realizan hombres, sino también por mujeres. Se presume que el hombre no puede ser acosado sexualmente ya que siempre tendrá deseos de contacto sexual con una mujer, y 107 en el caso de rechazar el acto sexual en si, no se sentirá molesto mientras sea acosado.

Ramón E. Montero. El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden laboral y penal. Primera Edición. Editora Centenario, S. A. Santo Domingo, República Dominicana. 1998. Pág. 22.

Acoso Laboral. Definición y explicación ofrecida por el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua. Definición consultada en http://dej.rae.es

Wendy S. Martínez Mejía. Del voto disidente, la independencia wellay 3. Mathez meja. Det void uniderine, ta independental de los jueces en los tribunales colegiados y el acoso laboral. Gaceta Judicial. Vol. 14, núm. 291 (febrero, 2011), Pág. 62-70.

Leobardo Ramírez Salazar. El acoso laboral desde la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Letras Jurídicas -

Aproximadamente una de cada cinco denuncias recibidas son de sexo masculino, lo que representa alrededor del 17% del total de casos⁸ explica Michael Alison Chandler en su artículo publicado en el periódico estadounidense Washington Post. Igualmente explica que esta cifra no es fidedigna, en virtud de que los hombres son menos propensos a denunciar este tipo de situaciones ya que entienden que no les van a creer.

Vamos a ser honestos aquí, soy una mujer sexualmente agresiva, me gusta y Tom lo sabe. Se espera que la mujer haga el trabajo de un hombre, gane como un hombre, salga a caminar bajo una sombrilla y se acueste a esperar a que un hombre la posea. ¡Pues no gracias! - Meredith Johnson

Elementos Constitutivos

¿No se supone que "no" significa "no"? ¿No es eso lo que le decimos a las mujeres? ¿Los hombres merecen menos?

Partiendo de las distintas definiciones planteadas anteriormente, es difícil no darnos cuenta de que el acoso es una forma de violencia, la cual, en este caso, se produce en el ámbito laboral.

Pueden ser múltiples las razones que suelen llevar a una persona a acosar a otra: celos, envidia, agresividad, traición, desconfianza, venganza, hostilidad, ambición... no obstante en otras ocasiones pueden surgir de rasgos dominantes de la persona acosadora.

El acoso está basado en el poder, en la posibilidad de forzar a otro mediante la coerción para la obtención de los objetivos deseados. Entendiendo esto, en sentido general los elementos constitutivos que se identifican en el acoso, ya sea laboral o sexual, son los siguientes:

- Existencia de una relación laboral (empleador/jefe - empleado/subordinado) y producto de ella abuso de poder.
- Situación intimidatoria u hostil no de-108 seada por la persona que lo recibe.
 - Men account for nearly 1 in 5 complaints of workplace sexual harassment with the EEOC. Articulo consultado en https://www.washingtonpost.com/local/social-issues/men-account-for-nearly-1-in-5-complaints-of-work place-sexual-har assment-with-theeeoc/2018/04/08/4f7a2572-3372-11e8-94fa-32d48460b955_ story.html?utm_term=.448a58601d9f

- Lesión de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.
- Produce daño y/o consecuencias negativas en su trabajo.

No obstante estos elementos identificados, nuestro más alto tribunal dominicano ha establecido mediante sentencia los elementos constitutivos del acoso sexual, a saber: el ofrecimiento sexual del imputado a las víctimas; dicho ofrecimiento es para fines sexuales; y, el imputado es el empleador de las víctimas9.

Derechos Lesionados y Legislación aplicable

"El punto es que usted controló la reunión, usted puso la hora, usted ordenó el vino, usted cerró la puerta, usted requirió un servicio y se molestó cuando él no lo proporcionó, así que usted decidió desquitarse con esta demanda. Señora Johnson, usted lo único que ha probado es que una mujer con poder puede ser igual de abusadora que un hombre".

La posibilidad de forzar a otro mediante coerción para la obtención de los objetivos deseados puede atentar contra derechos fundamentales como el de la dignidad humana, el honor personal y el respeto que merece todo trabajador a su intimidad y dignidad personal.

En este sentido, nuestra Carta Magna en su capítulo sobre Derechos Fundamentales, establece una serie de derechos que son inherentes al ser humano. Entre estos podemos encontrar los mismos derechos que son lesionados en los casos de acoso, a saber:

Artículo 38.- Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

SCJ, Salas Reunidas. 9 de septiembre de 2015, Núm. 5. Boletín Judicial 1258, en línea www.poderjudicial.gob.do

Artículo 39.- Derecho a la igualdad. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

Artículo 42.- Derecho a la integridad personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas.

Artículo 44.- Derecho a la intimidad y el honor personal. Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley.

Artículo 62.- Derecho al trabajo.

- 3) Son derechos básicos de trabajadores y trabajadoras, entre otros: la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, la capacitación profesional, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal
- 8) Es obligación de todo empleador garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, salubridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados.

Del articulado anterior se evidencia que la Constitución dominicana establece una protección a los trabajadores contra procedimientos o tratamientos vejatorios contra la "integridad física y psíquica, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", así como el respeto a la Dignidad Humana como un principio fundamental e inherente al Estado Social de Derecho. De igual forma, el Derecho a la Integridad Personal o Dignidad es un derecho reconocido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, la protección contra el acoso, tanto sexual como laboral, está consagrada en el Principio XII de nuestro Código de Trabajo cuando establece que se reconocen como derechos básicos de los trabajadores, entre otros, la libertad sindical, el disfrute de un salario justo, la capacitación profesional y el respeto a su integridad física, a su intimidad y a su dignidad personal.

El Código de Trabajo de la República Dominicana, Ley núm. 16-92, en su artículo 47 establece prohibiciones para los empleadores, dentro de las que se encuentra el numeral 9) Ejercer acciones contra el trabajador que puedan considerarse de acoso sexual, o apoyar o no intervenir en caso de que lo realicen sus representantes.

Esta es una clara garantía de la que goza el empleado y que debe ser ofrecida por todo empleador: brindar condiciones adecuadas de seguridad en el ambiente de trabajo, y tomar todas las medidas a su alcance para evitar que estas conductas aparezcan.

Si bien esta prohibición del empleador, que se traduce en garantía para el empleado, estuvo en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1992, no es sino hasta la promulgación de la Ley 24-97, sobre Violencia de Género e Intrafamiliar, que modifica algunos artículos del Código Penal dominicano, cuando el acoso sexual se tipifica penalmente y se le establece sanción de un año de prisión y multa de cinco mil a diez mil pesos para los casos que se presenten de acoso sexual. De igual forma establece que el acoso sexual en los lugares de trabajo da lugar a dimisión justificada de conformidad con las previsiones de los Artículos 96 y siguientes del Código de Trabajo, sin perjuicio de otras acciones que pueda intentar la víctima¹⁰.

En la película analizada, la defensa de los derechos de Tom en la acusación de acoso sexual fue llevada a cabo en una instancia fuera de los tribunales, ante la presencia de un mediador. Al final del proceso no se estableció claramente si hubo algún tipo de sanción para Meredith por su comportamiento ofensivo, pero sí quedó claro que la empresa no podía 109 continuar con su decisión de trasladar a Tom de sucursal o de planta por este motivo.

El acoso laboral aparece posteriormente y de manera premeditada, una vez evidenciado el

Artículo 333.2 parte in fine. Código Penal Dominicano.



fracaso de la demanda por acoso sexual. Meredith lleva a cabo una serie de acciones de sabotaje, que pudieran considerarse ilícitas, para mostrar la incapacidad laboral de Tom en lo que son sus responsabilidades en el proyecto de mayor envergadura de la empresa y de gran importancia para la fusión que definirá el futuro de la empresa.

Jurisprudencia

Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia Santo Domingo, República Dominicana J.G.F. vs D.B. y D.C.M.D. decisión de fecha 09-09-2015.

"Que esta Corte concibe que procede ordenar la rectificación de dichos elementos constitutivos especiales del tipo penal endilgado, Acoso Sexual, toda vez que dicha rectificación procesal no influye en el hecho establecido por el tribunal a quo, en el dispositivo del fallo atacado ni se aprecia violación de derechos y garantías fundamentales de las partes, por lo que, la Corte corrige los mismos al tenor del artículo 405 del Código Procesal Penal, toda vez que dicho error y corrección no influye en lo decidido por el tribunal a quo. De ahí que, esta Corte expresa que del hecho de la causa fijado por el tribunal a quo y de las

pruebas que fueron valoradas por el mismo, dichos elementos constitutivos del tipo penal endilgado, Acoso Sexual, se conjugan en toda su extensión en el sentido de que, el primero, en el ofrecimiento sexual del imputado a las querellantes y actoras civiles; el segundo, en que dicho ofrecimiento es para fines sexuales, a tal punto de que las mismas entablaron un diferendo laboral con su empleador; y el tercero, en el hecho de que el imputado es el empleador de las querellantes y actoras civiles, lo que no es controvertido y se da como cierto".

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - Sala I **Buenos Aires, Argentina** H. Y. A. c/T. A. SA s/Despido, decisión de fecha 31-05-2018.

"... la violencia en el ámbito de las relaciones laborales se manifiesta en diferentes formas de maltrato, se relaciona con la utilización abusiva del poder para obtener un resultado concreto, mediante toda acción, conducta o inactividad ejercida o tolerada en el ámbito laboral por la parte empleadora, superiores jerárquicos o terceros que restringen la esfera de la libertad y constituyen un atentado a la dignidad, la integridad física, moral o sexual de la persona trabajadora".

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Flores.

Trinidad, Uruguay H.O.M.I. c/ F.E.J. - Acción de Amparo - IUE 254-596-2015, decisión de fecha 29-02-2016.

La Ley Nº 18.561 en su art. 2 da una definición de acoso sexual señalando que "... todo comportamiento de naturaleza sexual, realizado por persona de igual o distinto sexo, no deseado por la persona a la que va dirigido y cuyo rechazo le produzca o amenace con producirle un perjuicio en su situación laboral o en su relación docente, o que cree un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien la recibe". Lo interesante de la definición es que la misma es dada desde la perspectiva de la victima ya que señala "no deseado por la persona a la que va dirigido", cobrando vigor la idea de que no importa cual haya sido la intención del demandado, basta con que la promotora no lo haya querido y sienta el peligro o amenaza sobre su persona y fuente laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República Dominicana. Votada y Proclamada por la Asamblea Nacional en fecha trece (13) de junio de 2015. Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015.
- Código de Trabajo de la República Dominicana, Ley núm. 16-92, de fecha 29 de mayo de 1992.
- Código Penal de la República Dominicana.
- MANGARELLI, Cristina. 2006. Acoso laboral, concepto y protecciones. Revista de Derecho (UM). Año V Número 9. Uruguay.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Página web www.rae.es
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 23 de septiembre de 2002. Consultado en http://www.ub.edu/web/ub/ca/sites/genere/docs/normativa/directiva 2002 73.pdf
- RAMÍREZ SALAZAR, Leobardo. El acoso laboral desde la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Letras Jurídicas - Número 25.
- PÉREZ ALONSO, María Antonia. Febrero 2017. El acoso en el ámbito de las relaciones laborales. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, Número 6. España.
- PERDOMO C., Nassef. (Marzo, 2001). ¿Abuso o Seducción? El acoso sexual y la legislación dominicana. Gaceta Judicial. Vol. 5, núm.102. Págs. 12-22.
- BAUTISTA, Norma. 2002. et al. Aportes para la Construcción de una Jurisprudencia hacia la Igualdad. Primera Edición. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura. Pág.162
- MONTERO, Ramón E. 1998. El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden laboral y penal. Primera Edición. Editora Centenario, S. A. Santo Domingo, República Dominicana.
- ALENA, Víctor. Acoso laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo: "Mobbing". Síndrome de desgaste profesional: "Burnout" o "estar quemado". Revista "Laboral" - Sociedad Argentina de Derecho Laboral. Argentina.
- MARTÍNEZ MEJÍA, Wendy S. (Febrero, 2011). Del voto disidente, la independencia de los jueces en los tribunales colegiados y el acoso laboral. Gaceta Judicial. Vol.14, núm.291. Pág. 111 62-70.

<u>Jurisprudencia:</u>

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Salas Reunidas. 9 de septiembre de 2015, Núm. 5. Boletín Judicial 1258, en línea www.poderjudicial.gob.do



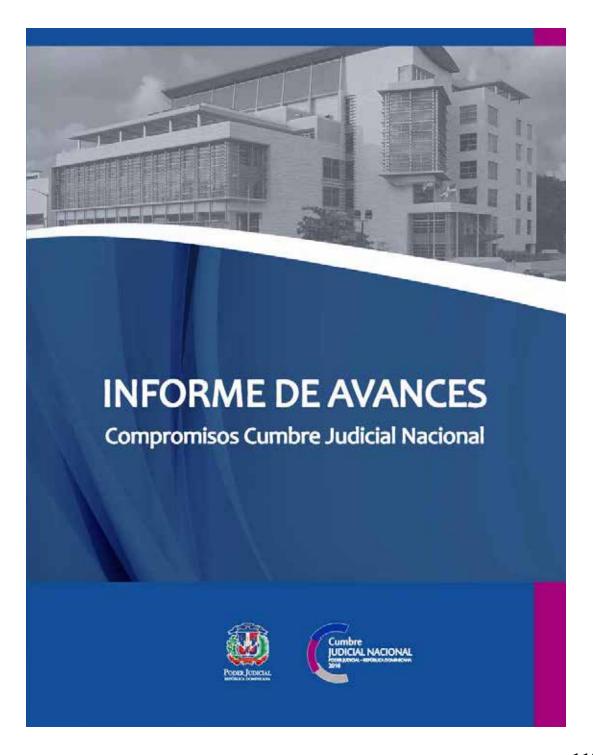
Informe de Avances Compromisos Cumbre Judicial Nacional



La Cumbre Judicial Nacional fue una iniciativa que surgió en el seno del Poder Judicial para identificar e impulsar reformas que respondan de forma efectiva a las necesidades de la sociedad dominicana y de sus instituciones de una mejor justicia, identificándose siete (7) ejes transversales: 1. La autonomía e independencia judicial; 2. El acceso a la justicia; 3. La eficiencia y eficacia en el procesamiento de casos; 4. La coordinación interinstitucional; 5. La integridad en la labor judicial; 6. El sistema de carrera y el régimen de consecuencias; y 7. La gestión administrativa y presupuestaria.

Tomando en cuenta los valores que dichos ejes comprenden, hemos venido trabajando de forma enfática y persistente, con el propósito de cumplir con el mandato constitucional de administrar justicia a tiempo, con eficiencia y transparencia.

En ese sentido, nos permitimos resaltar que luego de la firma de los Compromisos de la Cumbre Judicial Nacional, el 7 de octubre de 2016, hemos alcanzado logros y afianzado acciones que hacen cada día más fuerte y eficiente la labor del Poder Judicial.



	ordinación General:
Со	misión de Seguimiento de la Cumbre Judicial Nacional.
Coi	rrección:
Sak	pina A. Belén
Rica	agramación y diseño de portada: arlos Romero Vásquez y Francisco E. Soto Ortiz ntro de Documentación e Información Judicial Dominicano (CENDIJD).
Sar	preso en: nto Domingo, República Dominicana nio, 2018.
	www.poderjudicial.gob.do • www.cumbrepoderjudicial.gob.do



CONTENIDO

- **(**5 ACCESO AL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
- EFICIENCIA EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
- FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL
- (47 CAPACITACIÓN
- COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL

Ejecutando Compromisos

La Cumbre Judicial Nacional, celebrada en octubre del año 2016, es una iniciativa que surge en el seno del Poder Judicial para identificar e impulsar reformas en el sector justicia que respondan de forma efectiva a las necesidades de la sociedad dominicana y sus instituciones.

Como consecuencia de la Cumbre Judicial Nacional, el Poder Judicial asumió compromisos ante la ciudadanía con el objetivo de mejorar la administración de justicia en cuanto al acceso, eficiencia, aplicación de los métodos alternos de resolución de conflictos, capacitación, fortalecimiento institucional, control y vigilancia, coordinación interinstitucional e infraestructura tecnológica.

A continuación presentamos los avances en el cumplimiento de los compromisos asumidos.



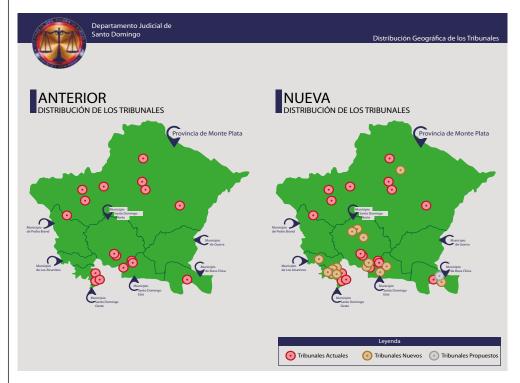
ACCESO AL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE TRIBUNALES Y SALAS.

Para acercar más la justicia a la ciudadanía, el Poder Judicial ha puesto en funcionamiento nuevas salas y tribunales a nivel nacional.

Departamento Judicial de Santo Domingo.

La distribución geográfica del Departamento de Santo Domingo, que está compuesta por las Provincias de Santo Domingo y Monte Plata, dificulta el acceso de los usuarios a los tribunales, debido a que deben recorrer grandes distancias en función a la ubicación de los mismos.





Jurisdicción Penal. a.

Corte de Apelación.

Con el propósito de disminuir la gran concentración de usuarios en un solo lugar, se trasladó la Cámara Penal de la Corte de Apelación, a la calle Jacinto de los Santos esquina Avenida 26 de Enero, tercer nivel del sector Los Mameyes, Municipio Santo Domingo Este. De igual forma, para tener más efectividad y eficiencia en el conocimiento de casos, se puso en funcionamiento una Segunda Sala en la Cámara Penal, y se separó la función del Presidente de la Sala con las atribuciones que le otorga la ley.



En el corto plazo, estará funcionando en la calle Las Palmas del Sector de Las Caobas, Municipio Santo Domingo Oeste, la Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación, lo que permitirá una mayor cobertura del servicio de justicia en el Departamento Judicial y evitará que los habitantes de dicho municipio se trasladen a Santo Domingo Este para interponer sus recursos de apelación.

Juzgados de Primera Instancia.

Puesta en funcionamiento y habilitación de tribunales en el Palacio de Justicia de Las Caobas, ubicado en la Ave. Las Palmas núm. 52, en Santo Domingo Oeste:

- Tercer Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia.
- Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia (Unipersonal).



- Juzgado de la Instrucción.
- Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente.

De igual forma, en el Distrito Judicial de Monte Plata:

Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia (Adhoc), ubicado en el Palacio de Justicia de Monte Plata, en la calle Altagracia núm. 31 Esq. Duarte.

b. Jurisdicción Civil y Comercial.

Corte de Apelación.

Puesta en funcionamiento y habilitación de:

Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación, y separación de la función del Presidente de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación con las atribuciones que le otorga la ley. Están ubicadas en la Ave. Presidente Vásquez núm. 23 del Ensanche Ozama en Santo Domingo Este.

Juzgados de Primera Instancia.

Se ampliaron los servicios de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia, con la puesta en funcionamiento de tres (3) salas adicionales, disponiendo los usuarios actualmente de ocho (8) Salas:

- Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial, ubicada en la Ave. Presidente Vásquez núm. 23 del Ensanche Ozama, Santo Domingo Este.
- Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial, ubicada en Ave. Ramón Matías Mella Esq. Altagracia, Santo Domingo Norte.
- Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial, ubicada en la Ave. Las Palmas esq. Calle Tercera, Sector Las Caobas, Santo Domingo Oeste.
- Cuarta Sala de la Cámara Civil y Comercial, destinada para conocer Asuntos de Familia, ubicada en la Calle Hnas. Carmelitas Teresas de San José (antigua Calle 17) núm. 17-2-A Esq. Club Rotario, Ens. Ozama, Santo Domingo Este.
- Quinta Sala de la Cámara Civil y Comercial, ubicada en la Ave. Presidente Vásquez núm. 23 del Ensanche Ozama, Santo Domingo Este.



- Sexta Sala de la Cámara Civil y Comercial, destinada para conocer Asuntos de Familia, se encuentra en la Ave. Las Palmas esq. Calle Tercera, Sector Las Caobas, Santo Domingo Oeste.
- **Séptima Sala de la Cámara Civil y Comercial,** destinada para conocer Asuntos de Familia, en la Ave. Ramón Matías Mella núm. 103, Villa Mella, Municipio de Santo Domingo Norte.
- Octava Sala de la Cámara Civil y Comercial, que funciona como Tribunal para Asuntos de Familia, está ubicada en la Ave. Sur núm. 4, Municipio de Boca Chica.

Jurisdicción Laboral. C.

Se ampliaron los servicios de los Juzgados de Trabajo, con la puesta en funcionamiento de dos (2) salas adicionales, disponiendo ahora los usuarios de cuatro (4) Salas, a la vez que se separó la función del Presidente de los Juzgados de Trabajo.



120

Primera Sala funciona en la Ave. Charles de Gaulle núm. 3, Sector Los Trinitarios en Santo Domingo Este.



- Segunda Sala se encuentra en el Palacio de Justicia de Las Caobas, en la Ave. Las Palmas núm. 52, en Santo Domingo Oeste.
- Tercera Sala. Con la puesta en funcionamiento de esta Sala fue separado lo Civil y Comercial de lo Laboral. Está ubicada en la Ave. Ramón Matías Mella esquina calle La Altagracia, en el Sector de Villa Mella, Santo Domingo Norte.
- Cuarta Sala, ubicado en la Calle Caonabo núm. 421 casi esquina prolongación Duarte, sector Los Americanos, en Santo Domingo Oeste.

En el corto plazo, se pondrá en funcionamiento la Quinta Sala en la Avenida del Sur núm. 4, en el Municipio de Boca Chica.

Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes. d.

Puesta en funcionamiento y habilitación de:

Segunda Sala Penal del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes de Primera Instancia (Las Palmas).

2. Departamento Judicial del Distrito Nacional.

Jurisdicción Penal.

Juzgado de la Instrucción para revisiones administrativas. Con el fin de descongestionar los tribunales de la instrucción que conocen de las audiencias preliminares y las revisiones administrativas, se adicionó el Juzgado de la Instrucción número 11 del Distrito Nacional, ubicado en el Palacio de Justicia de Ciudad Nueva, en el Distrito Nacional, especializado en conocer revisiones administrativas que no conlleven celebración de audiencias.

Jurisdicción Civil y Comercial. b.

Atribuciones a la jurisdicción civil y comercial de tribunales de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes (Ley núm. 141-15 de fecha 12 de agosto de 2015).

No obstante, las limitaciones presupuestarias, y dando cumplimiento, de manera provisional, a lo establecido en dicha ley, se dispuso lo siguiente:

La Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, en adición a sus competencias, desde la entrada en vigencia



de la ley, conoce en atribuciones de Corte de Apelación de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes, los casos que se reciban en esta materia.

La Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, en adición a sus competencias, desde la entrada en vigencia de la ley, conoce en atribuciones de Tribunal de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes de Primera Instancia, los casos que se reciban en esta materia.

c. Jurisdicción Inmobiliaria.

Amparados en la Resolución núm. 01/2016, de fecha 8 de febrero de 2016, que modifica el Reglamento de los Tribunales Superiores de Tierras y de Jurisdicción Original y sus modificaciones, con el propósito de descongestionar el Tribunal Superior de Tierras, fue dividido en 3 Salas y el Presidente del Tribunal Superior, que tiene funciones especializadas de acuerdo a lo establecido por la ley. Estas funcionan en la Ave. Independencia Esq. Ave. Enrique Jiménez Moya, en el Centro de los Héroes de Constanza, Maimón, Estero Hondo.

d. Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes.

Puesta en funcionamiento y habilitación de:

Segunda Sala Civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes del Distrito Nacional.

3. Departamento Judicial de Santiago.

Para mejorar el acceso y eficientizar la labor judicial, se puso en funcionamiento y habilitaron los siguientes tribunales, en el Palacio de Justicia Federico C. Álvarez, ubicado en la Ave. 27 de Febrero Esq. Mirador del Yaque, Ensanche Román.

Jurisdicción Penal. a.

Corte de Apelación.

División de la Cámara Penal en dos (2) Salas y separación de la función del Presidente de la Sala con las atribuciones que le otorga la ley.



Juzgados de Primera Instancia.

- Tercer y Cuarto Tribunales Colegiados de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago.
- Segunda Sala del Tribunal de Ejecución de la Pena.
- b. Jurisdicción Civil y Comercial.

Corte de Apelación.

División de la Cámara Civil y Comercial en dos (2) Salas y se separó la función del Presidente de la Sala con las atribuciones que le otorga la ley.

Juzgados de Primera Instancia.

Se ampliaron los servicios de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia, con la puesta en funcionamiento de tres (3) salas adicionales, disponiendo ahora los usuarios de siete (7) Salas:

- Salas Quinta y Sexta, junto a la Cuarta Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia, son especializadas para conocer Asuntos de Familia.
- Séptima Sala, junto a la Primera, Segunda y Tercera Sala, conocen asuntos Civiles y Comerciales.

Al igual que en el Distrito Nacional, y dando cumplimiento, de manera provisional, a lo establecido por la Ley núm. 141-15, se dispuso lo siguiente:

- Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación de Santiago, en adición a sus competencias, desde la entrada en vigencia de la ley, conoce en atribuciones de Corte de Apelación de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes, los casos que se reciban en esta materia.
- Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago, en adición a sus competencias, desde la entrada en vigencia de la ley, conoce en atribuciones de Tribunal de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes de Primera Instancia, los casos que se reciban en esta materia.



Jurisdicción Inmobiliaria. C.

Para mejorar la eficiencia y celeridad de los procesos de la Jurisdicción Inmobiliaria, se tomaron las siguientes medidas:

- División del Tribunal Superior de Tierras en dos (2) Salas, en adición al Presidente del Tribunal Superior, que tiene funciones especiales de acuerdo a lo establecido por la ley.
- Habilitación de la Cuarta Sala del Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original.

d. Jurisdicción Laboral.

El Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Valverde que funcionaba con plenitud de jurisdicción en la materia civil, comercial y laboral, fue separado y se puso en funcionamiento el Juzgado de Trabajo del Distrito Judicial de Valverde, ubicado en el Palacio de Justicia de Valverde en la calle Miguel Crespo s/n Mao, Valverde.

Departamento Judicial de San Cristóbal. 4.

Jurisdicción Penal. a.

Para dar un mejor servicio a los usuarios y eficientizar la labor de administración de justicia, se tomaron las siguientes medidas:

Corte de Apelación.

División en dos (2) Salas y separación de la función del Presidente de la Sala, con las atribuciones que le otorga la ley. Funciona en el Palacio de Justicia en la Calle Padre Borbón Esq. Calle General Cabral.

Juzgados de Primera Instancia.

Se tomaron las siguientes decisiones para los distritos que componen este departamento:

124

Habilitación del Tribunal Colegiado en el Distrito Judicial de Azua de manera permanente. El mismo operaba con jueces itinerantes en todo el Departamento Judicial de San Cristóbal. Está ubicado en el Palacio de Justicia de Azua, en la Calle Ramón Matías Mella esq. Hermanas Nanita.



- Designación de Jueces fijos en las Oficinas Judiciales de Servicios de Atención Permanente de los Distritos Judiciales de Azua y Baní, que operaban con jueces itinerantes. Están ubicadas en los Palacios de Justicia de dichas localidades, en la Ave. Ramón Matías Mella y la calle Máximo Gómez núm. 106, respectivamente.
- Segundo Tribunal de Ejecución de la Pena, con sede en Baní.

Jurisdicción Civil y Comercial. b.

Puesta en funcionamiento y habilitación de:

- Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de San Cristóbal, ubicado en calle Padre Borbón esq. General Cabral núm. 15. Palacio de Justicia de San Cristóbal.
- Departamento Judicial San Pedro de Macorís. 5.

Jurisdicción Penal. a.

Para fortalecer el acceso al servicio de justicia y eficientizar la labor jurisdiccional, se pusieron en funcionamiento:

- Segundo Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de Higüey.
- En el corto plazo, el Segundo Juzgado de la Instrucción del Distrito Judicial de La Romana.
- Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia de La Romana, ubicado en la calle Restauración esquina Paseo Martín núm. 1, Palacio de Justicia de La Romana. Antes el Tribunal Colegiado de esta demarcación se conformaba con el juez de la Cámara Penal y dos jueces de paz.
- b. Jurisdicción Civil y Comercial.
- Puesta en funcionamiento en el corto plazo de, la Segunda Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de San Pedro de Macorís.



Departamento Judicial de San Francisco de Macorís. 6.

Jurisdicción Penal. a.

Para facilitar la solución al incremento de los casos, se habilitó de manera permanente:

Segundo Tribunal Colegiado del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Francisco de Macorís, ubicado en el Palacio de Justicia de esta localidad en la Calle 27 de Febrero Esq. Calle Emilio Conde.

Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes. b.

Puesta en funcionamiento de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, separando dichas atribuciones a la Cámara Penal de la Corte de Apelación. Ubicado en la Calle Salomé Ureña Núm.32. Plaza Rosa, en San Francisco de Macorís.

Departamento Judicial de Montecristi. 7.

Jurisdicción Penal.

Para mejorar el acceso de la población usuaria del sistema de justicia, se puso en funcionamiento y habilitaron los siguientes tribunales:

- Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago Rodríguez, funciona en el Palacio de Justicia de esa localidad, ubicado en la Calle Pedro Thomas núm. 54.
- Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente en el Distrito Judicial de Dajabón.
- En el corto plazo, la Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente en el Distrito Judicial de Santiago Rodríguez.

8. Departamento Judicial de San Juan de la Maguana.

Para dar cumplimiento a la ley que separó en Cámaras la Corte de Apelación, que funcionaba con plenitud de jurisdicción, se puso en funcionamiento:

Cámara Civil, Comercial y Laboral de la Corte de Apelación.



Cámara Penal y Niños, Niñas y Adolescentes de la Corte de Apelación.

Esta Corte funciona en el Palacio de Justicia de San Juan de la Maguana, ubicado en C/Dr. Luís Pelayo González núm. 4.

Es importante resaltar que todos estos nuevos tribunales y salas requirieron la designación de jueces, juezas y personal administrativo, dotación de equipos, mobiliarios y habilitación de estructuras físicas.

JUZGADOS DE LA INSTRUCCIÓN MÓVILES Y CENTROS DE NOTIFICACIÓN AD-HOC EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS.



Con el propósito de reducir la cantidad de reenvíos de los casos producidos por las dificultades que presenta el traslado de los imputados que guardan medida de coerción privativa de libertad, el Consejo del Poder Judicial, mediante Resolución núm. 5/2018, aprobó la implementación de tribunales móviles, para el conocimiento de las audiencias preliminares de los imputados desde los centros penitenciarios.

En una primera fase, este programa contempla cuatro tribunales móviles: dos (2) en la Cárcel de La Victoria, para los casos del Departamento Judicial de Santo Domingo; y, dos (2) en la Cárcel de Najayo, para los casos del Departamento Judicial de San Cristóbal, así como uno (1) en el Distrito Judicial de Azua, para los procesos de la Cárcel del 15 de Azua.

En una segunda etapa estos tribunales se pondrán a funcionar en las cárceles de los Departamentos Judiciales de San Francisco de Macorís, Santiago de los Caballeros



y San Pedro de Macorís. Se abrirán otros en la medida de las necesidades que se identifiquen.

Los ilícitos penales a conocerse en estos tribunales deben ser por violación a las leyes núm. 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana; la núm. 613-16 para el Control y Regulación de Armas; la núm. 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología y las Revisiones de Medidas de Coerción.

Para apoyar la labor de los tribunales móviles, mediante Resolución núm. 6/2018, se aprobó la puesta en funcionamiento de Centros de Notificación Ad-Hoc como una extensión del Despacho Penal del Departamento Judicial en que se encuentre el recinto penitenciario.

PALACIO DE JUSTICIA DE JURISDICCIONES ESPECIALIZADAS EN EL DIS-TRITO NACIONAL.

Continuando con el compromiso de mejorar el acceso a la justicia, el Consejo del Poder Judicial adquirió a finales del año 2017, los terrenos que alojaban el antiquo Hotel Cervantes, inmueble ubicado en la Calle Cervantes esq. Calle Josefa Perdomo del Sector de Gascue de la ciudad Capital.

Este inmueble, en proceso de remodelación, alojará los siguientes tribunales:

- Tribunal Superior Administrativo.
- Tribunales Administrativos de Primera Instancia, creados por la Constitución, que no están en funcionamiento y cuyas funciones las desempeñan actualmente el Tribunal Superior Administrativo.
- Corte de Trabajo del Distrito Nacional.
- Salas de Familia del Distrito Nacional.
- Corte de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes.
- Tribunal de Primera Instancia de Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciantes.

los tribunales ubicados en esta sede judicial y de la administración de justicia en

Este Palacio de Justicia de Jurisdicciones Especializadas contará con once (11) salas de audiencias; cinco (5) Secretarías Comunes; un (1) Centro de Información y Orientación Ciudadana (CIOC) para atender y suministrar información a los usuarios de



sentido general; una (1) Biblioteca; un (1) Auditorio; una (1) Sala de Videoconferencia; salas de Capacitación y Adiestramiento; salones de reuniones y puntos de información en cada piso. Además contará con la tecnológica de la información y comunicación necesaria para que el usuario pueda realizar sus trámites judiciales de manera ágil.

MEJORA DE LAS ESTRUCTURAS FÍSICAS.

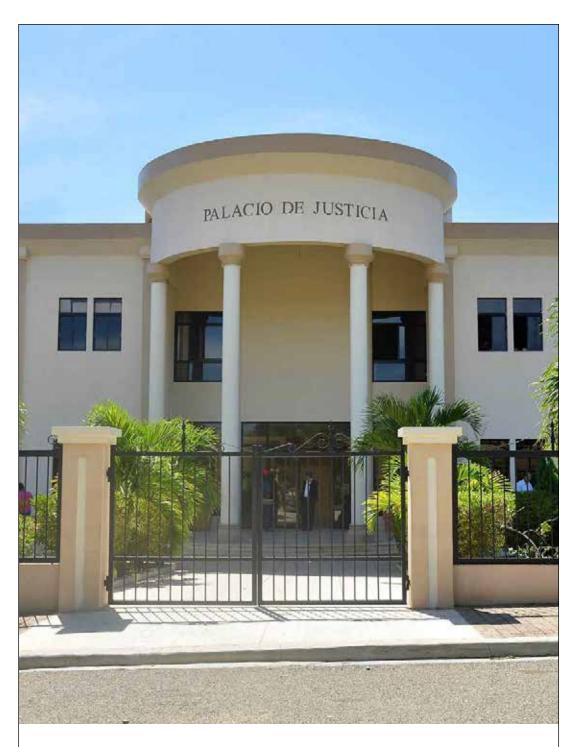
Para facilitar el acceso al sistema de administración de justicia y contar con edificaciones adecuadas para los usuarios, se han realizado las siguientes acciones:

Construcción:

Edificaciones de Juzgados de Paz y tribunales que funcionaban en locales alquilados:

- Juzgado de Paz de Gaspar Hernández, ubicado en la calle Independencia, núm. 29.
- Juzgado de Paz de Castillo, ubicado en la calle José Victorino núm. 5.







Juzgado de Paz y Cuarta Sala Laboral en Los Alcarrizos, ubicado en la calle Duarte núm. 153.

Se encuentran en su etapa final de construcción el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes en Santo Domingo Este y la Corte de Niños, Niñas y Adolescentes de Santo Domingo, así como los Juzgados de Paz de Villa Altagracia, Barahona y El Mamey.

En otro orden, están en proceso la construcción del Archivo General del Poder Judicial en el Distrito Nacional, el Juzgado de Paz de Los Hidalgos y en el Distrito Judicial de Sánchez Ramírez el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, el Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original y el Registro de Títulos.

Además se realizó la readecuación del Palacio de Justicia del Distrito Judicial de Las Matas de Farfán, para alojar el Juzgado de Primera Instancia, el Juzgado de la Instrucción y el Juzgado de Paz, los cuales operaban en locales alquilados. Del mismo modo, fueron realizadas remodelaciones a los locales de los Juzgados de Paz de Enriquillo, Paraíso, Oviedo, Cristóbal y Haina, así como la instalación de la Bibliocinemateca "Dr. Antonio Manuel Florencio Estrella" en el Palacio de Justicia de San Francisco de Macorís.

Gestión de donación de terrenos para edificaciones judiciales.

El Consejo del Poder Judicial, para continuar las remodelaciones y construcciones de los tribunales que se encuentran en locales alquilados y en malas condiciones, se ha acercado a los Ayuntamientos solicitando su colaboración en la donación de terrenos.

Estas gestiones han dado como resultados la donación de ocho (8) terrenos y se encuentran cinco (5) en proceso, a saber:

- 1. Municipio de Jánico, Provincia Santiago. Donación de 229.84 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad, debidamente amparada en la Resolución núm. 03-A-18 de fecha 19 de abril del 2018.
- 2. Municipio de Duvergé, Provincia Independencia. Donación de 1,000 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad, debidamente amparada en la Resolución núm. 03-2018 de fecha 28 de febrero de 2018.
- 3. Municipio de Uvilla, Provincia Bahoruco. Donación de 1,250 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad, debidamente amparada en la Resolución núm. 002-2018 de fecha 28 de febrero de 2018.



- 4. Municipio de Cotuí, Provincia Sánchez Ramírez. Se recibió de la Universidad Tecnológica del Cibao Oriental (UTECO), la donación de 1,250 mts², para la construcción del Edificio de la Jurisdicción Inmobiliaria y el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, debidamente amparada en el Acto de fecha 6 de diciembre de 2017. Para completar el terreno para la edificación de dichos tribunales, el Poder Judicial, en coordinación con la alcaldía del Municipio de Cotuí, adquirió por compra una segunda porción de terreno de 4,055.39 metros cuadrados.
- 5. Municipio de Imbert, Provincia Puerto Plata. Donación de 266 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad, debidamente amparada en el Acta del Ayuntamiento Municipal núm. 44-2017, de fecha 27 de noviembre de 2017.
- 6. Municipio de Guananico, Provincia Puerto Plata. Donación de 1,000 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad, debidamente amparada en la Resolución núm. 08-2017 de fecha 25 de agosto de 2017.
- 7. Municipio de Vicente Noble, Provincia Barahona. Donación de 1,200 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad, debidamente amparada en el Acta de la Sesión Ordinaria núm. 06-2016 de fecha 22 de junio de 2016.
- 8. Municipio de Sabana Iglesia, Provincia Santiago. Donación de 930 mts², para la construcción del Juzgado de Paz de la localidad.

Como resultado de estas gestiones, se tiene contemplado, en el presente año, la construcción de los Juzgados de Paz de Vicente Noble, Imbert, Pepillo Salcedo, Guananico, Jánico, Duvergé y Sabana Buey, así como del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes y el Tribunal de Jurisdicción Original y Registro de Títulos, ambos en el Distrito Judicial de Azua.



EXPANSIÓN DE LOS CENTROS DE INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN CIUDA-DANA (CIOC) Y DE LAS ÁREAS DE INFORMACIÓN DE DIFERENTES PALA-CIOS DE JUSTICIA.

Para fortalecer los servicios de información, orientación y atención presencial, telefónica y electrónica a los usuarios del sistema de administración de justicia, se continúa con la instalación de Centros de Información y Orientación Ciudadana (CIOC).

Actualmente están funcionando en los Distritos Judiciales del Distrito Nacional, Santo Domingo, Santiago, San Juan de la Maguana, Barahona, La Vega, Monte Pla-ta, Peravia, Duarte, San Pedro de Macorís y Bonao. Además, se han fortalecido las áreas de información del Tribunal Superior Administrativo, el Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, la Corte de Trabajo del Distrito Nacional y la Jurisdicción Civil de la Provincia Santo Domingo.

Durante el año 2017 se ofrecieron 375,776 atenciones a usuarios en todos los Centros que existen en el país. Del mismo modo, en el primer trimestre del año 2018, se ofrecieron 95,741 atenciones a usuarios.





DE LOS INTÉRPRETES JUDICIALES Y ALGUACILES.



Con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia y mejorar los servicios ofrecidos por los tribunales, se han tomado medidas con respecto a estos dos auxiliares de la justicia.

Para fortalecer el servicio de interpretación judicial, el Consejo del Poder Judicial hizo un llamado público a nivel nacional abriendo el proceso de evaluación para designación de intérpretes judiciales. En dicho proceso participaron 396 personas que fueron sometidas a evaluaciones oral y escrita, para todas las lenguas, incluyendo intérpretes en el lenguaje de señas para personas con discapacidad auditiva. Fruto de este proceso fueron designados 200 nuevos intérpretes judiciales en diferentes idiomas, incluyendo 16 expertos en el lenguaje de señas.

Este auxiliar de la justicia está facultado para interpretar en el curso de una audiencia o traducir documentos presentados en justicia; así como para hacer la traducción oficial o certificada conforme al original, de documentos destinados a ser utilizados por las autoridades administrativas o judiciales.

Bajo la coordinación de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), los nuevos intérpretes judiciales fueron evaluados para acreditación por el Instituto Cultural Dominico Americano, la Alianza Francesa de Santo Domingo, la Universidad Autónoma de Santo Domingo, la Embajada Honorífica de Rumania, el Instituto de Educación Superior en Formación Diplomática y Consular "Doctor Eduardo Latorre Rodríguez", quienes certificaron el dominio de los idiomas inglés, francés, italiano, portugués, creole, japonés, coreano, mandarín, alemán, ruso, rumano y árabe clásico. De igual modo, el Consejo Nacional de Discapacidad (CONADIS) y la Asociación Nacional de Sordos (ANSORDO) certificaron el lenguaje óptimo en lengua de señas.



En relación a los alguaciles, se fortaleció el sistema de citaciones y notificaciones a través del nombramiento de nuevos alguaciles, para lo cual se realizó una convocatoria a nivel nacional y luego de agotado el proceso de evaluación, de 103 participantes calificaron 44 personas que serán objeto del nombramiento correspondiente.

INTERROGATORIO DE TESTIGOS POR VIDEOCONFERENCIA, EN MATERIA PENAL.

Para evitar que se reenvíen los casos en materia penal, en que algunas de las partes involucradas se encuentren fuera del país, se ha implementado un sistema de videoconferencias que permite obtener declaraciones de víctimas o testigos de un proceso judicial desde cualquier parte del mundo, así como la realización de actos de investigación o de prueba con mayor celeridad y seguridad, haciendo posible una comunicación en tiempo real, en las mismas condiciones que se darían si los interlocutores estuviesen en el mismo punto geográfico.

Han sido puestos en funcionamiento en *Puerto Plata, Samaná e Higüey*.

CENTROS DE ENTREVISTAS PARA PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNE-RABILIDAD VÍCTIMAS O TESTIGOS DE DELITOS.

Para la protección de personas en condición de vulnerabilidad víctimas o testigos de delitos, se continua la implementación de los Centros de Entrevistas. Estos centros garantizan los derechos, la integridad y la protección de las personas en condición de vulnerabilidad víctimas o testigos de delitos y minimizan la victimización secundaria o revictimización, respetando los principios del derecho penal





y la garantía de los derechos de las personas imputadas. Además, permiten obtener las declaraciones informativas o evidenciales a través de una entrevista única, realizada por una persona profesional de la psicología capacitada para tales fines.

El impacto de estos centros para la población vulnerable (niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos cometidos por mayores de edad) se refleja en las 2,300 entrevistas realizadas desde el año 2016 hasta abril del año 2018.

Sus instalaciones están integradas por tres salas: una de espera, para recibir a la víctima y personas acompañantes; una de entrevistas, dotada de equipo de grabación y, una de observación donde jueces, defensores y abogados observan la entrevista que se realiza a través de un circuito cerrado de televisión.

Las entrevistas de tipo penal a realizarse, se realizan por casos de presunta violación, seducción, víctimas de abuso sexual, de abuso físico, de abuso sicológico, incesto, testigos de homicidio, de agresión sexual, de abuso sexual, tráfico ilícito de migrantes, trata de personas y explotación sexual comercial.

Junto a los Centros de Entrevistas existentes en el Distrito Nacional, San Cristóbal, Santiago, luego de la Cumbre Judicial Nacional en el año 2016, se han inaugurado los siguientes Centros:

- PUERTO PLATA (Cámara de Gessel), ubicado en la Ave. Hermanas Mirabal, 1. esquina Luis Ginebra, Puerto Plata.
- 2. SAMANÁ (Cámara de Gessel), ubicado en la Calle María Trinidad Sánchez, núm. 17, Samaná.
- LA ALTAGRACIA, HIGÜEY (Cámara de Gessel), ubicado en la Calle Agustín 3. Guerrero, núm. 55, Provincia La Altagracia, Higüey.
- 4. PROVINCIA SANTO DOMINGO (Cámara de Gessel), ubicado en la Calle José calle El Número, Ciudad Nueva.
- 5. MAO, VALVERDE (Cámara de Gessel), ubicado en la calle José calle Etanislao Reyes, núm. 9-aA, 2do. Nivel, Mao Valverde.

136 Se está en proceso de instalar otros centros en San Francisco de Macorís, San Juan de la Maguana y un segundo en la Provincia Santo Domingo.



EFICIENCIA EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FORTALECIMIENTO DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALIZADAS.

Jurisdicción Inmobiliaria (JI).



La Jurisdicción Inmobiliaria es una instancia compleja dentro del Poder Judicial, que abarca la parte jurisdiccional, Tribunales de Tierras, así como los órganos de apoyo, Mensura Catastral y Registro de Títulos.

Siendo esta Jurisdicción una de las principales garantías de la seguridad jurídica inmobiliaria de los usuarios, nacionales y extranjeros, es importante que los servicios se presten de manera eficiente, transparente, oportuna y adecuada al siglo XXI.

En este sentido, se han realizado las siguientes acciones:

Automatización de trámites y consultas en el Registro de Títulos y Mensura Catastral.

Implementación del Sistema Único de Recepción y Entrega (SURE) que consolida datos e imágenes de las propiedades inmobiliarias en una única base de datos



histórica, con el objetivo de facilitar el acceso a la información y a la tramitación de documentos en las estructuras de registro y mensura.

En el caso del Registro de Títulos, el sistema permite a los usuarios realizar de manera automatizada trámites y consultas sobre el estatus de expedientes. Está implementado en el Distrito Nacional y la Provincia de Santo Domingo y está en proceso en Santiago y San Francisco de Macorís.

El impacto de este sistema, se refleja en la agilización del servicio por la reducción del tiempo de recepción y entrega de certificaciones y expedientes de un promedio de 21 días a tan solo 7 días. Se proyecta su implementación en todos los Registros de Títulos a nivel nacional.

En lo que respecta a Mensura Catastral, este sistema permite recibir y procesar los trámites, que solicitan los agrimensores habilitados ante las Direcciones Regionales de Mensuras Catastrales, de una forma estandarizada y manejo del expediente en formato digital, permitiendo la optimización de los procesos, seguridad de los documentos, disminución del tiempo y más control. Este sistema se integra con el Sistema de Control Cartográfico y Parcelario.

Funciona en la actualidad como piloto en la Dirección Regional de Mensuras Catastrales del Departamento Este, para luego ser implementado a nivel nacional.

Oficina Virtual.

Como una forma de facilitar el acceso a los usuarios del sistema y evitar su traslado a las oficinas de la Jurisdicción Inmobiliaria se puso en operación una oficina virtual. Esta oficina presta sus servicios a las entidades financieras, instituciones del Estado y grandes usuarios dispuestos a contribuir con la tasa correspondiente por la prestación del servicio.

Este portal permite,

- a) Consultas de expedientes en Registro, Mensura, Tribunales, documentos depositados en expedientes; estado de expedientes; requisitos por trámites; así como de todos los productos emitidos.
- b) Transacciones en línea:
 - Pre-trámites de expedientes: el usuario autorizado puede realizar la pre-inscripción de cualquier expediente en línea, disminuyendo el tiempo de recepción cuando se dirige a depositar los documentos físicos ante el Registro de Títulos.





Inscripción de Certificaciones: Este proceso, consiste en realizar las solicitudes de certificaciones de estado jurídico del inmueble en línea, insertando digitalmente los documentos requeridos sin la necesidad de dirigirse ante el Registro de Títulos. Esto disminuye 4 procesos internos (recepción, etiquetado, escaneo y digitación) que representa un día promedio, realizando la operación completa en al menos 4 horas. En los procesos normales representan aproximadamente entre tres y cinco días, teniendo en cuenta que la certificación de estado jurídico del inmueble o no gravamen puede ser consultado en línea y ayudar en la toma de decisión de negocio para la empresa. Por el momento es necesario retirar el documento físico del Registro de títulos, para valor legal, hasta que se implemente la firma digital.

Consulta de Documentos Históricos en la Unidad de Consultas (Kiosco-SURE).

El Kiosco-SURE es un sistema de consulta de documentos digitales implementado a nivel nacional, que sustituye el anterior sistema E-Power.

A raíz de la implementación del sistema, en Registro de Títulos y Mensuras Catastrales, los procesos de publicidad de producto y expedientes se realizan de una manera muy ágil, pasando de tardar 7 días a menos de 15 minutos.

Ventanilla Exprés de Mensuras Catastrales y de Registro de Títulos.

Esta ventanilla permite a los usuarios del sistema, que de manera voluntaria opten por el servicio de forma más expedita, pagando la tasa correspondiente.

En el caso de Mensuras Catastrales, está dirigido a usuarios que tramitan expedientes de condominios, operaciones de deslindes, subdivisión, refundición u otras que generen 20 resultantes o más, o que el metraje envuelto sea igual o superior a los 500,000 metros cuadrados. Este sistema está disponible en las 3 Direcciones Regionales de Mensuras Catastrales, siendo el tiempo promedio de respuesta de 2.3 días en expedientes sometidos al régimen de mensura y de 6.3 días para los casos que agoten las fases de revisión, observación y calificación. El tiempo de respuesta en el procedimiento fuera de la ventanilla es de 15 días laborables.

En el caso de Registro de Títulos, los servicios incluyen todas las operaciones propias de este órgano para permitir trámites rápidos de los procedimientos inmobiliarios a los usuarios del sistema que se acojan a la misma de manera voluntaria, mediante el pago de las tasas establecidas.





Esta ventanilla funciona en el Distrito Nacional, Santo Domingo, Santiago y La Vega, será replicada en Higüey, San Cristóbal, Samaná, Puerto Plata y Santiago Rodríguez. El tiempo promedio de respuesta es de 3 a 8 días laborables, dependiendo del tipo de procedimiento y el lugar en que se realice. En el procedimiento fuera de ventanilla exprés, la duración promedio es de 30 días.

Implementación del Sistema de Control Cartográfico y Parcelario.

Este sistema permite que los trabajos técnicos que presentan los profesionales ante las Direcciones Regionales de Mensuras Catastrales reciban una respuesta oportuna.

Esta herramienta tecnológica fortalece los controles cartográficos y parcelarios, mejora sustancialmente el control de superposiciones (solapamientos) y la eficiencia operativa.

La implementación de dicha herramienta ha dado como resultado que en la actualidad los expedientes que se presentan en Mensuras, no enviados a inspección, tienen un tiempo promedio de respuesta de 9 días laborables, anteriormente era de 15 días laborables.

Plan de descongestión de la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales.

Para aumentar la seguridad de los procesos y mejorar los servicios, en el año 2016 el Consejo del Poder Judicial dispuso la ejecución de un plan de descongestión



que abarca los Departamentos de Inspección, Revisión y Cartografía de la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales.

Para llevar a cabo este plan se adquirieron equipos tecnológicos, vehículos y se contrataron los recursos humanos requeridos, dando como resultado lo siguiente:

- La reducción en el Departamento de Inspección de 9,500 expedientes pendientes a 1,284, es decir, en un 87% a finales del año 2017.
- La solución de los 3,700 casos pendientes en el Departamento de Revisión, lo que permite que en la actualidad, éste trabaje solo con los expedientes que le ingresan cada día.
- La reducción de los 1,000 casos pendientes que tenía el Departamento de Cartografía, lo que permite el trabajo inmediato de los expedientes.

Jurisdicción Administrativa.

En la jurisdicción administrativa, a pesar de que la Constitución prevé la creación de tribunales de primera instancia, solo se cuenta con el Tribunal Superior Administrativo para todo el territorio nacional. Estos no han sido puestos en funcionamiento debido a la limitada situación presupuestaria del Poder Judicial.

Con el propósito de favorecer el acceso a los usuarios de esta materia, y tomando en consideración la alta demanda de servicios, se han realizado las siguientes acciones:

- Aprobación de la puesta en funcionamiento en el corto plazo de tres Salas del Tribunal Administrativo de Primera Instancia en el Distrito Nacional, una en Santiago, una en La Vega y una en La Romana.
- Instalación del Gestor Judicial y el Sistema de Sorteo en el Tribunal Superior Administrativo, orientado a garantizar la transparencia, automatizar las tareas del tribunal, facilitar el trámite de documentos y el registro electrónico de la información; reduciendo así los tiempos de respuestas al usuario.
- Adscripción de alguaciles, en el año 2017, en el Tribunal Superior Administrativo para agilizar las notificaciones, lo que ha dado como resultado la notificación de más de 5,000 sentencias al Procurador General Administrativo y a las partes involucradas en los procesos.



REPLICANDO EL MODELO DE GESTIÓN DEL DESPACHO JUDICIAL PENAL.













Para eficientizar la función del juez y su concentración exclusiva en la labor jurisdiccional, se continúan implementando los Despachos Judiciales comunes o Secretarias Generales en los tribunales, que tienen los siguientes beneficios:

- Agilizan y automatizan los procesos de trabajo.
- Ofrecen información, en el mismo lugar, de los diferentes tribunales a los usuarios.
- Contribuyen a garantizar el cumplimiento de los plazos.
- Organizan al personal por unidades especializadas de trabajo y facilitan que el juez se concentre en su labor jurisdiccional y pueda emitir una mayor cantidad de decisiones.

Estos despachos judiciales, en la materia penal, durante el año 2017 recibieron 167,033 asuntos (63% de la carga a nivel nacional), con una tasa de resolución global de un 97%. Este modelo de gestión actualmente funciona en:

- La Vega
- Espaillat (Moca)



- Sánchez Ramírez (Cotuí)
- Monseñor Nouel (Bonao)
- Santiago
- Valverde
- Santo Domingo Este
- Santo Domingo Oeste
- Monte Plata
- San Juan de la Maguana
- Puerto Plata
- Barahona
- San Francisco de Macorís
- Hermanas Mirabal (Salcedo)

Otras jurisdicciones a las que ha sido expandido el esquema de secretarias comunes son:

- Jurisdicción Civil:
 - Salas de Familias de Santiago
 - Salas de la Cámara Civil y Comercial de Puerto Plata
 - Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación de Departamento Judicial de Santo Domingo
- Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes:
 - Distrito Nacional
 - San Cristóbal
- Jurisdicción de Trabajo:
 - Departamento Judicial de Santiago
- Tribunal Superior Administrativo.



Actualmente se trabaja para la incorporación al modelo de gestión de despachos judiciales bajo el esquema de secretarias comunes en la Jurisdicción Penal de San Cristóbal, la Jurisdicción Civil del Distrito Judicial de Santiago, la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes de Santo Domingo, las Salas de Familia del Distrito Nacional y la Corte de Trabajo del Distrito Nacional.

Para la implementación de los modelos de gestión, ha sido fundamental la aprobación de manuales de procedimientos de gestión administrativa de los tribunales, a fin de que éstos, a nivel nacional, los apliquen de manera uniforme.

FORTALECIMIENTO Y MODERNIZACIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

A fin de fortalecer y mejorar el servicio que presta a los usuarios la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia, se está desarrollando un proyecto de modernización de este órgano.

En la primera etapa, el proyecto abarcó mejora de la infraestructura física; adquisición de nuevos equipos tecnológicos; diseño de una nueva estructura organizativa y funcional; capacitación al personal en atención al usuario, recurso de casación y otros temas importantes para el ejercicio de sus funciones. Así mismo, se ha diseñado un nuevo sistema automatizado de gestión de expedientes, denominado "Statera 360", que permite el registro, control y seguimiento de los procesos así como visualizar los documentos que contiene cada expediente, y acceder a cada uno de éstos





de forma simple y ágil para el depósito, retiro y consulta de documentos y expedientes.

Una segunda etapa, abarcará la recepción y emisión electrónica de documentos, a través de herramientas modernas y seguras como la firma digital, mediante la cual los usuarios podrán realizar, vía web, depósitos de



documentos, solicitudes y recepción de certificaciones de la Secretaría General, disminuyendo así el flujo presencial de usuarios.

Como resultado de la implementación de la primera etapa, en el primer cuatrimestre del año 2018 se atendieron 21,216 usuarios a los que se les ha brindado una asistencia eficiente en los servicios requeridos, reduciendo considerablemente el tiempo de espera, atención y respuesta.

PLAN NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA MORA JUDICIAL.

Para dar respuesta a los usuarios del sistema de justicia, el Consejo del Poder Judicial decidió implementar un Plan Nacional de Lucha contra la Mora Judicial, por un período de dos años 2017-2019, exceptuando el Distrito Nacional y la Suprema Corte de Justicia, que implementan otros programas de descongestionamiento.

Dicho plan inició con un inventario de todos los expedientes a nivel nacional, que identificó 75,048 expedientes pendientes de fallo.

La implementación del plan implicó la designación de jueces liquidadores, personal temporal (abogados ayudantes y oficinistas), habilitación de espacios físicos y adquisición de equipos. A la fecha se han fallado aproximadamente 55,000 expedientes, que representan alrededor de un 75% de ejecución del plan.

Al mes de marzo del año 2018, el 56.39% de los tribunales que implementaron el plan de lucha contra la mora lo han finalizado, en los Departamentos siguientes:

- 18 tribunales del Departamento de La Vega;
- 14 tribunales del Departamento de San Cristóbal;
- 8 tribunales del Departamento de Santiago;



- 7 tribunales del Departamento de Santo Domingo; **>>**
- 7 tribunales del Departamento de Montecristi;
- 6 tribunales del Departamento de San Francisco de Macorís;
- 6 tribunales del Departamento de San Pedro de Macorís;
- 4 tribunales del Departamento de Puerto Plata;
- 3 tribunales del Departamento de Barahona;
- 2 tribunales del Departamento de San Juan de la Maguana;

Además de los tribunales a nivel nacional, la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, lleva a cabo un plan de descongestión que se inició a principios del año 2017.

Al 30 de mayo del año 2018, esta sala ha fallado un total de 3,314 expedientes, de los cuales 2,655 pertenecen al plan de descongestión, que representan un 50.5% de los 5,254 expedientes incluidos en dicho programa al inicio, a saber, aquellos que entraron en mora hasta el 2016. En la actualidad quedan pendientes de fallo 2,599 expedientes de ese período.

MEJORA DE LA INFRAESTRUCTURA TECNOLÓGICA E INTRODUCCIÓN DE **NUEVAS HERRAMIENTAS.**

La tecnología es una herramienta fundamental que permite ofrecer un mejor servicio y acceso a los usuarios del sistema de justicia. Para esto, se están realizando esfuerzos a fin de proveer a los tribunales de equipos tecnológicos y de sistemas automatizados que mejoren la gestión de los procesos.

En virtud de ello, en el período 2017-2018 se ha suministrado a los diversos tribunales a nivel nacional los siguientes equipos tecnológicos:

- 2,100 computadoras.
- 8 servidores.
- 907 impresoras.
- 41 escáneres.
- Nueva Central Telefónica en el Palacio de Justicia de Ciudad Nueva y en el edificio que aloja la Suprema Corte de Justicia y el Consejo del Poder Judicial.



En cuanto a los sistemas automatizados, se han desarrollado a lo interno del Poder Judicial programas especializados para el sistema de justicia, a saber:

- Sistema "Statera 360" para la gestión de la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia.
- Sistema automatizado de los Centros de Entrevistas para las personas en condiciones de vulnerabilidad víctimas o testigos de delitos, para el control, registro, organización y conservación de las entrevistas que son realizadas a niños, niñas y adolescentes, así como adultos en condición de vulnerabilidad.
- Registro automatizado de firmas o huellas dactilares de las personas en conflicto con la ley penal, para la validación de la identidad de imputados, fortaleciendo el proceso de seguimiento de las medidas de coerción de presentación periódica, impuestas por el Juez de la Instrucción, que sustituye el registro manual de la firma en libro récord.
- JURISmap, sistema que ofrece información geográfica en línea a los usuarios y transparenta la gestión de la administración de justicia poniendo en manos de la población informaciones concernientes a la gestión administrativa y financiera del Poder Judicial, en tiempo real. Para acceder a esta aplicación visite la página www.poderjudicial.gob.do.
- BIBLIOJuez, herramienta de consulta especializada con criterios de catalogación, que permite a jueces y juezas el acceso en línea a jurisprudencia, legislación y doctrina, fuentes de información necesarias para el ejercicio de sus funciones.



FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

COMISIONES REGIONALES DE SEGUIMIENTO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Para fortalecer la administración de justicia, descentralizar la supervisión y apoyar el cumplimiento del sistema de integridad institucional, el Consejo del Poder Judicial creó Comisiones Regionales de Seguimiento a la Administración de Justicia, en los once (11) Departamentos Judiciales, con las siguientes funciones:

- Dar estricto cumplimiento a la aplicación del Código de Comportamiento Ético.
- 2. Formular las propuestas de mejoras que sean necesarias en cada Departamento Judicial para eficientizar el sistema de administración de justicia en los servicios que presta a la sociedad, mora judicial y atención a los usuarios.
- Rendir cuenta de su labor trimestralmente mediante un informe que refleje principalmente el cumplimiento de los horarios de audiencias de cada tribunal, cantidad de expedientes resueltos, así como los programas de liquidación y descongestión.

Estas Comisiones están conformadas por Jueces y Juezas Presidentes de Cortes de Apelación de cada Departamento Judicial y/o su equivalente en las diversas materias, bajo la presidencia de un miembro del Consejo del Poder Judicial.

Como resultado de su labor se ha obtenido lo siguiente:

- Puesta en funcionamiento de salas y tribunales en casi todos los Departamentos Judiciales, especialmente en la Provincia Santo Domingo y Santiago.
- Readecuaciones de las estructuras físicas de los tribunales del país.
- Dotación a los tribunales de equipos tecnológicos, mobiliarios y personal administrativo judicial.



- Restructuración de personal en tribunales.
- Desarrollo del Plan Nacional contra la Mora Judicial.
- Fortalecimiento de la supervisión de jueces, juezas y servidores judiciales en el cumplimiento del sistema de integridad institucional.
- Creación de vínculos con la ciudadanía a través de los cuales se reciben inquietudes y propuestas para el fortalecimiento de la administración de justicia.

A corto plazo se realizará la digitalización de los tribunales penales, así como la instalación de cámaras de seguridad y detectores de metales, en los principales Palacios de Justicia, para mayor control y seguridad de los usuarios internos y externos del Poder Judicial.

CAPITAL HUMANO.

Entendiendo que uno de los principales recursos con que cuenta el Poder Judicial para ofrecer un buen servicio de justicia es su capital humano, se han tomado acciones para aumentar el número de jueces, juezas y el personal de apoyo con que cuentan los tribunales, fortalecer sus competencias así como beneficiar el clima organizacional y el sistema de seguridad social y salud.

En tal sentido, se ha realizado lo siguiente:

Ingreso a la Carrera Judicial y a la Carrera Administrativa Judicial.

Conforme a lo establecido en la Constitución y a la normativa vigente, luego de superar las distintas fases, evaluaciones y capacitación por dos años en la Escuela Nacional de la Judicatura, ingresaron a la Carrera Judicial **154** nuevos jueces desde finales del año 2016 hasta el primer cuatrimestre del año 2018, los cuales fueron designados para ocupar plazas vacantes de jueces de paz.

Con esta incorporación, el Poder Judicial cuenta hoy con 788 jueces de carrera. Asimismo, se inició un nuevo concurso de antecedentes y oposición para Aspirantes a Juez de Paz, a fin de seguir completando las plazas aún vacantes a nivel nacional.

En cuanto a los servidores judiciales administrativos, han sido incorporados a la carrera judicial administrativa 445 personas en el período 2017 y 2018. Estas incorporaciones son un reconocimiento a los servidores judiciales administrativos, que les garantiza la permanencia y seguridad en la institución, siempre que mantenga el cumplimiento de los principios del sistema de integridad institucional. Con este nuevo ingreso se cuenta con 3,394 servidores de carrera en el ámbito administrativo.





De igual forma, con el objetivo de apoyar a los jueces en el ejercicio de sus funciones, fueron ingresados, en el período de septiembre de 2016 a abril de 2018, **1,618** al servicio administrativo judicial, lo que totaliza **6,604** servidores judiciales administrativos, que junto a 788 jueces de carrera asciende a un total de 7,392 servidores judiciales.

Mejoras para los Servidores Judiciales y el Sistema de Seguridad Social y Salud.

Para fortalecer el clima organizacional, el Consejo del Poder Judicial ha tomado decisiones e implementado medidas que impactan directamente en el bienestar del capital humano de la institución, como son:

- Puesta en funcionamiento de la Unidad de Salud Integral, compuesta por profesionales del área del comportamiento humano, que junto a los servicios médicos generales tienen el objetivo de promover y mantener el bienestar físico y mental de los servidores judiciales.
- Ampliación y mejora de la cobertura del servicio de seguro de salud y dental.
- Bono por antigüedad en el servicio, para los servidores judiciales que se pensionen con 20 años o más de servicios a la institución.
- Incentivo académico, para darle oportunidad a los servidores judiciales de fortalecer sus competencias con estudios especializados, que no sean impartidos por la Escuela Nacional de la Judicatura.
- Aumento de la flotilla de autobuses, para ofrecer servicio de transporte a los servidores judiciales en el Distrito Nacional, Santo Domingo, Santiago y Puerto Plata, estableciendo rutas desde y hacia los tribunales de esas localidades, con miras a continuar su expansión.





Orden al Mérito Judicial, para reconocer aquellos servidores judiciales que exhiban méritos mediante un alto nivel de eficiencia en el desarrollo de sus labores, tomando en cuenta el tiempo de servicio en la institución.

Fortalecimiento del Sistema de Evaluación del Desempeño.

Para garantizar el logro de los objetivos plasmados en el Plan Estratégico 2015-2019, la solución oportuna de los casos que ingresan a los tribunales, así como el cumplimiento del Plan Operativo Anual (POA), el Poder Judicial cuenta con un sistema de evaluación de jueces, juezas y servidores judiciales administrativos, en su desempeño laboral.

Este personal es evaluado cada año bajo modelos de evaluación de acuerdo a sus funciones. En ambos casos, la evaluación realizada es de 360 grados, es decir, que participan en el proceso supervisores directos, supervisados, pares y usuarios. En pro de su fortalecimiento, el sistema de evaluación ha sido sometido a revisión, y actualmente está en proceso de readecuación.

Consolidando el Sistema de Integridad Institucional.

Es fundamental contar con capital humano que realice sus funciones apegado a lo establecido en el Sistema de Integridad Institucional. Es por esto que se siguen ejecutando acciones encaminadas a fortalecer el cumplimiento de los principios éticos establecidos en el Código de Comportamiento Ético.



Por tal razón, se han puesto en funcionamiento, en todos los Departamentos Judiciales, las subcomisiones de seguimiento al comportamiento ético, integradas por jueces y juezas de diferentes instancias, que dan seguimiento al cumplimiento del Código de Comportamiento Ético, tanto de jueces y juezas como de servidores administrativos judiciales.

Asimismo, se promueven los principios indicados en dicho Código, y en base a la buena calificación de la evaluación del desempeño de los jueces, juezas y servidores judiciales administrativos se realizan las promociones para ascensos y traslados. Sin embargo, en caso de que se advierta alguna violación a los principios establecidos en el sistema de integridad institucional, la comisión derivará los casos de acuerdo al procedimiento establecido.

Para el fortalecimiento del régimen de consecuencias, fueron aprobados el Reglamento de Procedimiento de Juicios Disciplinarios de jueces y juezas y el Reglamento Disciplinario para servidores administrativos judiciales.

En el período de finales del año 2016 a mayo del año 2018, el Consejo del Poder Judicial ha realizado juicios disciplinarios que han dado como resultado la destitución de 10 jueces. En ese mismo período, el comité disciplinario interno ha realizado juicios disciplinarios a 496 servidores judiciales administrativos, de los cuales se han destituido 152.

Sistema de Escalafón y Provisión de Cargos.

En aras de fortalecer la transparencia, el espíritu democrático y la meritocracia en la provisión de cargos, el Consejo del Poder Judicial aprobó mediante Resolución núm. 16/2018, de fecha 16 de mayo de 2018, el Reglamento del Sistema de Escalafón Judicial y Provisión de Cargos Judiciales, para el desarrollo de políticas prácticas y complementarias de funcionamiento de la carrera judicial.

Los procedimientos de Provisión de Cargos Judiciales, el Sistema de Escalafón Judicial y el Sistema de Carrera Judicial tienen como fundamento los principios de objetividad, igualdad, mérito, capacidad, eficiencia, responsabilidad, profesionalidad, capacitación continua, inamovilidad, permanencia, especialización, transparencia y publicidad.



INSPECTORÍA GENERAL FORTALECIDA.

Para garantizar un servicio de justicia transparente, fundamentado en el respeto de los principios del sistema de integridad institucional, se fortalece la Inspectoría General del Consejo del Poder Judicial, área a cargo de la investigación y vigilancia de los órganos jurisdiccionales y administrativos, así como de instruir los procesos en ocasión de las denuncias presentadas por los usuarios del sistema ante el Consejo del Poder Judicial.

Mejoras realizadas:

- Creación de las inspectorías regionales Central, Norte, Noreste, Este y Sur, para la descentralización en las funciones de este órgano.
- Designación de 13 nuevos inspectores, mediante una evaluación rigurosa de méritos, capacidad, integridad y competencias. Actualmente la Inspectoría General está integrada por el Inspector General, una sub-Inspectora General, y 25 Inspectores.
- Actualización del Manual de Inspectoría General, con el propósito de unificar criterios necesarios para la realización de las inspecciones.
- Implementación de programa especializado de capacitación en la Escuela Nacional de la Judicatura, que tuvo una duración total de 353 horas, en base a necesidades reales y enfocadas al rol del inspector.

El fortalecimiento de la Inspectoría General ha dado como resultado el incremento y la efectividad de sus labores, con protocolos y reglamentos estandarizados, inspecciones ordinarias y extraordinarias en todas las jurisdicciones, informes de Oficiales de la Justicia, entre otras inspecciones e informes especializados.

Este resultado se evidencia en las 1,210 investigaciones realizadas desde el año 2016 hasta el primer cuatrimestre del año 2018:

- 132 Inspecciones Ordinarias a tribunales a nivel nacional.
- 323 Inspecciones de Conocimiento.
- 357 Inspecciones Extraordinarias.
- 202 informes remitidos de Oficiales de la Justicia.





- 88 Inspecciones Ordinarias por Contraloría de la Jurisdicción Inmobiliaria.
- 108 Inspecciones Extraordinarias por Contraloría de la Jurisdicción Inmobiliaria.

MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.



Con el objetivo de disminuir los altos niveles de judicialización en el sistema de administración de justicia, el Poder Judicial viene implementando Métodos Alternos de Resolución de Conflictos. En tal sentido, presta servicios de mediación a la ciudadanía desde hace más de doce (12) años, a través del Centro de Mediación Familiar. Adicionalmente, el Consejo del Poder Judicial ha designado profesionales mediadores para seis (6) Casas Comunitarias de Justicia, las cuales son coordinadas por Participación Ciudadana. Durante este tiempo han sido asistidas unas 400 mil personas aproximadamente.

Para fortalecer el uso de estos mecanismos, el Consejo del Poder Judicial ha realizado las acciones que se detallan a continuación:

Puesta en funcionamiento de la Coordinación de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Poder Judicial, área que unifica todos los esfuerzos que realiza este Poder del Estado en relación con esta materia.



- Capacitación especializada de mediadores, a través de la Escuela Nacional de la Judicatura.
- Designación de una comisión para elaborar una propuesta de proyecto de ley que promueva la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en República Dominicana.
- Propuesta de Reglamento General que regula los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en el Poder Judicial, el cual se encuentra en proceso de aprobación. La referida propuesta regulará la derivación de casos desde los tribunales para ser sometidos a procesos de conciliación y mediación en las materias civil y comercial, familia, laboral, penal y contencioso tributario y administrativo.
- Propuesta de modificación al "Reglamento sobre medidas de coerción y celebración de audiencias durante la etapa preparatoria al amparo del Código Procesal Penal" y al "Reglamento para el funcionamiento de la Oficina Judicial de Servicios de Atención Permanente de la jurisdicción penal", que establecería las pautas a nivel del Juzgado de la Instrucción y de la Atención Permanente para la aplicación anticipada de actos conclusivos y mecanismos alternos de resolución de conflictos, tales como el criterio de oportunidad, la conciliación, la suspensión condicional del procedimiento, entre otros
- Aprobación de la puesta en funcionamiento de Centros de Conciliación Laboral en el Distrito Nacional, la Provincia Santo Domingo Oeste y Santiago de los Caballeros, con el objetivo de aplicar lo dispuesto por el Código Laboral de manera eficiente.
- Aprobación de la creación de un (1) centro de conciliación y mediación penal para la Provincia de Santo Domingo Este, en la cercanía del Palacio de Justicia de la Charles de Gaulle, con el objetivo de conciliar y/o mediar disputas penales.
- Aprobación de la creación de un (1) centro de conciliación y mediación para las materias civil y comercial, familia y penal, en el Palacio de Justicia de Santiago, con el objetivo de conciliar y/o mediar disputas relacionadas con estas materias.



REFORZANDO LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS VULNERABLES Y DE LA FAMILIA.

El Poder Judicial considera temas de interés especial la niñez, la familia, el género y las personas discapacitadas. En este sentido, realiza acciones tendentes a la protección de esta población vulnerable.

En cuanto a género.

Se cuenta con una Política de Igualdad de Género, instrumento que funge como rector del accionar de la institución a favor de los derechos que le asisten a las mujeres como ciudadanas.

En virtud de esta política, existen la Comisión y Sub Comisiones de Igualdad de Género a nivel nacional. Las mismas, profundizando la implementación de esta política, durante el período 2016 y 2018 han realizado jornadas en todos los Departamentos Judiciales, relativas a la promoción de los derechos de las poblaciones en condición de vulnerabilidad y al mejoramiento del acceso a la justicia.

A fin de mantener la actualización constante de jueces, juezas y servidores judiciales con relación al catálogo de derechos emanados de los instrumentos internacionales, se desarrollaron talleres, cátedras virtuales y conversatorios con personalidades de la Comunidad Internacional y de otros Poderes Judiciales de la región.

Asimismo, se realizaron actividades de capacitación en la Escuela Nacional de la Judicatura sobre la perspectiva de género en las decisiones judiciales, respondiendo a necesidades planteadas por la Comisión de Género de la Cumbre Judicial Iberoamericana con la participación de jueces y juezas de Iberoamérica, de la que el Poder Judicial es parte.

En adición a lo anterior, se cuenta con el Observatorio de Justicia y Género, sitio web de acceso libre, que contiene informaciones concernientes a los temas de igualdad de género, la jurisprudencia más destacada, indicadores de los casos de violencia de género en la República Dominicana, directorios de los centros de atención a las víctimas de violencia, publicaciones de libros, legislación y los protocolos creados para combatir la desigualdad de género.

En cuanto a las personas con discapacidad.

Aprobación de la política de discapacidad, mediante Acta núm. 30 del año 2016 del Consejo del Poder Judicial, que ha impactado todo el quehacer judicial; buena práctica institucional reconocida por el Consejo Nacional de la Discapacidad con el



Sello de buenas prácticas inclusivas para las personas con Discapacidad, otorgado en el 2017, destinado a instituciones que han hecho muchas acciones a favor de las personas en condición de vulnerabilidad.

Esta política está siendo divulgada a nivel nacional para conocimiento y aplicación de los usuarios internos y externos.

En cuanto a niños, niñas y adolescentes.

Para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como sensibilizar a servidores judiciales y la población en general sobre esta temática y reducir la revictimización de las personas en condiciones de vulnerabilidad víctimas o testigos de delitos, se ha llevado a cabo lo siguiente:

- Campañas sobre los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y de Prevención contra el Abuso Infantil.
- Elaboración de una Política de Niñez y Adolescencia, pendiente de aprobación.

PLAN COMUNICACIONAL.

Para garantizar información a la sociedad sobre la administración de justicia, habilitación de nuevos servicios, políticas institucionales y actividades educativas, es un reto para el Poder Judicial establecer una política comunicacional que responda a las necesidades de los usuarios internos y externos.

Una de las primeras acciones, fue la designación de una Comisión para la elaboración del Plan Comunicacional, que tiene a su cargo definir la estrategia de comunicación institucional y facilitar la comunicación con la sociedad.

Ya se cuenta con un diagnóstico de la situación actual, que indica las oportunidades de mejora que deben ser tomadas en consideración para el diseño del Plan Comunicacional institucional.

Se han realizado capacitación y adiestramiento a jueces y juezas sobre la importancia de la comunicación interna e interinstitucional.

Asimismo, el Poder Judicial mantiene actualizado sus canales de comunicación, como son los medios escritos, la página web y las redes sociales.



CAPACITACIÓN

La fortaleza de una institución está íntimamente relacionada al desarrollo de los recursos humanos que la componen. Es por esta razón que el Poder Judicial presta especial atención a la formación y capacitación de sus servidores y apoya la labor de la Escuela Nacional de la Judicatura, órgano especializado creado por la Ley núm. 327-98 para este poder del Estado.



La misión de esta institución educativa es contribuir al fortalecimiento de la administración de justicia a través de la implementación de programas de formación y capacitación, tanto para los jueces, juezas y demás servidores judiciales como para las personas que aspiran a ingresar a la carrera judicial.

En tal sentido, cada año son implementados los programas de formación continua y de formación de Aspirantes a Juez de Paz. De manera especial, en el año 2017, luego de celebrada la Cumbre Judicial Nacional, el primer y más importante reto de la Escuela Nacional de la Judicatura ha sido acompañar al Poder Judicial en el cumplimiento de los compromisos asumidos que tienen relación con el fortalecimiento de las competencias de los jueces, juezas y demás servidores judiciales.





PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ASPIRANTES Y CONTINUA.

- Programa de Formación de Aspirantes, teniendo 76 nuevos a Juez/a de Paz que ingresaron a Carrera Judicial, que sumados a los egresados del Programa desde el año 2002, constituyen el 60% de la judicatura nacional.
- Programa de Formación Continua, en el que pueden mostrarse los siguientes logros:
 - Formación y capacitación de los 13 nuevos Inspectores Judiciales ingresaron al Poder Judicial, que abarcó un programa especializado de nueve (9) meses sobre las funciones de inspector judicial para el óptimo ejercicio de sus funciones.
 - Clases de los idiomas inglés, francés y portugués, las cuales están disponibles para todos los servidores judiciales, tanto en el Distrito Nacional como en Departamentos Judiciales en los que existen las facilidades de las instituciones especializadas en estos idiomas.
 - Acciones formativas: 86 cursos, 170 talleres y seminarios y 25 conferencias, los cuales comprenden todos los aspectos jurídico-judiciales necesarios para que los operadores del sistema administren justicia de forma óptima, así como las competencias personales y de gestión que deben acompañar sus funciones.



- Diseño, desarrollo e implementación de formación especializada para mediadores, para un total de 70 servidores judiciales. Se tiene programado para el presente año continuar implementando esta formación para jueces, juezas y servidores judiciales, fundamentado en el reglamento de métodos alternos de resolución de conflictos pendiente de aprobación.
- Talleres para el fortalecimiento de las habilidades gerenciales de los jueces y juezas, con 338 personas que completaron el programa con éxito. Esto representa 60% de los jueces a nivel nacional. Se espera en este año 2018 completar el resto de los jueces/zas e incluir a los demás servidores judiciales.
- Capacitación especializada en atención al usuario/a, tema esencial para garantizar que los servidores judiciales cuentan con las competencias necesarias para prestar servicios de atención e información que requieren los usuarios.
- Diseño, desarrollo e implementación de curso sobre interpretación jurídica en lenguaje de señas, en el cual participan personas que manejan esta lengua y que representan los diferentes Distritos Judiciales del país, garantizando así el acceso a la justicia de las personas con discapacidad auditiva.
- Diseño, desarrollo e implementación de capacitación especializada para alguaciles de estrado y ordinarios.

Intérpretes Judiciales.

Proceso de selección de intérpretes judiciales, incluyendo el lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva, con lo cual el Poder Judicial cumplió con el compromiso asumido de aumentar el banco de intérpretes en todas las lenguas. En marzo de 2018 fueron juramentados más de 200 nuevos intérpretes, incluyendo los primeros 16 intérpretes judiciales en lenguaje de señas, que ya están prestando su servicio en los tribunales del país, en pro de una justicia inclusiva.

Educación de Posgrado.

- La Escuela Nacional de la Judicatura, en su calidad de Instituto de Estudios Superiores Especializados, tuvo los siguientes resultados:
 - 50 jueces y servidores judiciales recibieron su título de Especialidad en Redacción Expositiva y Argumentativa de las Decisiones Judiciales.



- 50 jueces y servidores judiciales recibieron su título de Maestría en Derecho Judicial.
- Apertura de tres (3) nuevas maestrías aprobadas por el Ministerio de Educación Superior Ciencia y Tecnología: Maestría en Administración de Justicia Constitucional, Maestría en Administración de Justicia Penal y Maestría en Administración de Justicia Especializada.

Relación con la comunidad jurídica, nacional e internacional.



- Realización de tres congresos sobre temas de interés judicial, a los que se le dio acceso a juristas y académicos, de manera totalmente gratuita:
 - Teoría General del Derecho: Incidencia en la Formación del Operador Jurídico (abril 2017).
 - 2. Responsabilidad Civil: Retos y Tendencias Actuales (octubre 2017).
 - Congreso Internacional de Bioética en los ámbitos Jurídico Judiciales (marzo 2018).
- Puesta en marcha del programa ENJTV, a través del canal de YouTube: ENJ Portal. Desde su lanzamiento el 11 de agosto de 2017 el programa ha salido cada semana, presentando la opinión de jueces, docentes de la Escuela y otros expertos nacionales e internacionales, quienes expresan sus opiniones en temas de derecho, desde una perspectiva académica.



- Implementación del Programa Justicia y Sociedad que promueve el contacto de la judicatura con la comunidad, de manera especial la iniciativa "Educando en Justicia", enfocado en sensibilizar a estudiantes de escuelas de nivel medio y secundaria sobre el rol del Poder Judicial. En el año 2017 impactó a 1,634 personas en escuelas y colegios del Distrito Nacional, Santo Domingo, San Francisco, San Juan de la Maguana, Barahona, Santiago Rodríguez, La Vega, Santiago, San Pedro de Macorís y La Romana.
- Algunas actividades formativas fueron realizadas fruto de acuerdos interinstitucionales con las siguientes instituciones: Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), National Center for State Courts, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), ALCOR-CA, GLACYS+, Proyecto Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Asociación Internacional de Mujeres Juezas, Cámara de Diputados de la República Dominicana, Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI), Colegio de Abogados de la República Dominicana, Instituto OMG, Asociación de Bancos de la República Dominicana.





Estadísticas de Formación y Capacitación.

Cuadro resumen del año 2017:

Formación Continua General y de Posgrado del año 2017			
Tipo de Actividad	Jueces/zas	Empleados/as PJ	
Seminarios y Talleres	1,604	3,305	
Cursos y Diplomados	1,152	3,946	
Formación Especializada y de Posgrado	83	30	
Abiertas (Café, conferencias y charlas)	369	523	
Total	3,208	7,804	

Cuadro resumen del período enero-marzo del año 2018:

Formación Continua General y de Posgrado 2018			
Tipo de Actividad	Jueces/zas	Empleados/as PJ	
Seminarios y Talleres	224	606	
Cursos y Diplomados	64	260	
Formación Especializada y de Posgrado	4	7	
Abiertas (Café, conferencias y charlas)	142	127	
Total	434	1,000	



COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL

El Poder Judicial forma parte del sistema de justicia, por tanto es indispensable mantener relaciones armónicas y coordinadas con los demás actores de este sistema. A tales fines se han realizado las siguientes acciones:

PROYECTO CONJUNTO DEL PODER JUDICIAL, DEFENSA PÚBLICA, MINIS-TERIO PÚBLICO PARA LA MEJORA DE LA GESTIÓN DEL PROCESO PENAL.

Como parte de la coordinación interinstitucional, los actores del sistema de justicia penal desarrollan acuerdos que permiten eficientizar los procesos de esta jurisdicción.

A tal fin, se han realizado las siguientes acciones:

- Elaboración del Manual de Buenas Prácticas para la gestión del proceso penal, en proceso de aprobación.
- Fortalecimiento de la gestión con la Dirección de Prisiones para el traslado de los internos en el Distrito Nacional.
- Diseño de un piloto del Sistema de Agenda Común entre tribunales del Distrito Nacional, la Defensa Pública y el Ministerio Público.

ACUERDOS DE COOPERACIÓN CON INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVA-DAS, NACIONALES E INTERNACIONALES.

El Consejo del Poder Judicial, a fin de llevar a cabo proyectos de mejora en el sistema de justicia, ha suscrito acuerdos de colaboración con diversas instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales, a saber:

Acuerdo con la Cámara de Diputados/Tribunal Constitucional y Consejo del Poder Judicial: Convenio de Cooperación de Información Legal.

El Consejo del Poder Judicial y la Cámara de Diputados de la República Dominicana firmaron un acuerdo de cooperación interinstitucional, con el objetivo





de posibilitar el uso de la información sobre jurisprudencias producidas como mecanismo de apoyo a las labores legislativas, a través de la plataforma Red Global de Información Legal (Glin), entidad sin fines de lucro creada por la Biblioteca de Leyes del Congreso de los Estados Unidos.

Mediante este de Acuerdo el Consejo del Poder Judicial dispondrá los controles necesarios para validar como fuente legítima los textos oficiales completos de las sentencias de la jurisdicción dominicana contenidos en formatos electrónicos y digitales y proveerá los medios para que los usuarios puedan acceder a los textos de la jurisprudencia dominicana en forma tal que se satisfagan los altos estándares de publicidad, gratuidad, actualidad, integridad y confiabilidad, que permiten considerarla y utilizarla como fuente complementaria a "La Gaceta Oficial" y en el "Boletín Judicial".

- Acuerdo de Colaboración interinstitucional entre Consejo del Poder Judicial (CPJ) y la Universidad INCE. Para facilitar la cooperación en el campo de la enseñanza para el desarrollo de diplomados, talleres, charlas y conferencias que incluyan actividades de carácter teórico y prácticas.
- 3. Acuerdo de Colaboración interinstitucional entre Consejo del Poder Judicial (CPJ) y la Universidad APEC. Para facilitar la cooperación interinstitucional en el campo de la enseñanza para el desarrollo de diplomados, talleres, charlas y conferencias que incluyan actividades de carácter teórico y prácticas.
- Acuerdo Interinstitucional entre Consejo del Poder Judicial dominicano y la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Tiene como objetivo perfeccionar los procedimientos judiciales, normas vigentes en uno y otro país, siempre encaminados a una mejor justicia, contribuir al fortalecimiento institucional y desarrollar acciones de beneficio mutuo en áreas de administración, tecnología, gestión judicial e intercambio de información sobre doctrina y jurisprudencia.
- Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre el Poder Judicial dominicano y el Poder Judicial de Costa Rica. Establece un marco regulatorio de las relaciones y actividades de colaboración institucional, a través del intercambio de información y experiencias en asuntos referentes a modernización judicial y aplicación de nuevas tecnologías.



- Acuerdo de Cooperación con la Asociación Dominicana de Rehabilitación, 6. *Inc.* En el que se comprometen a promover los derechos de las personas con discapacidad e impulsar iniciativas dirigidas a mejorar la inclusión laboral de personas con discapacidad.
- 7. Convenio multi-institucional. Poder Judicial junto con la Dirección General de Programas Especiales de la Presidencia (DIGEPEP), Procuraduría General de la República (PGR), Junta Central Electoral (JCE), Federación Dominicana de Municipios (FEDOMU), la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), la Universidad APEC, la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUC-MM), la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), la Universidad del Caribe (UNICARIBE), la Universidad Abierta para Adultos (UAPA), la Universidad de la Tercera Edad (UTE); la Universidad Federico Henríquez y Carvajal (UFHEC), la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA) y la Universidad Central del Este (UCE), se comprometen a establecer los mecanismos correspondientes para resolver los problemas de subregistro o registro tardío de nacimiento, situación que afecta a miles de dominicanos y que provoca exclusión social y vulnerabilidad.

Acuerdos Interinstitucionales de la Escuela Nacional de la Judicatura 2017-2018.

- Acuerdo de Cooperación entre Escuela Nacional de la Judicatura y la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM).
 - Facilita la cooperación interinstitucional en el campo de la enseñanza, la investigación de la asistencia técnica y de consultorías sobre el Poder Judicial incrementando e institucionalizando las relaciones científicas, técnicas y culturales.
- 2-Acuerdo interinstitucional entre La Escuela Nacional de la Judicatura y el Ministerio de la Mujer. Establecen un marco general de cooperación, en base a proyectos de formación y capacitación a desarrollar entre la ENJ y el MI-NISTERIO, para la realización conjunta de actividades relacionadas con las finalidades respectivas de cada una de las partes.
- 3-Acuerdo interinstitucional entre La Escuela Nacional de la Judicatura y la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas. Es interés de las partes promover la mutua cooperación a través de asistencia técnica, la capacitación, el intercambio de conocimiento, el estudio e información científica, con miras a promover la transparencia en las compras gubernamentales, en la Administración Pública y en el desarrollo nacional.



- Acuerdo interinstitucional entre La Escuela Nacional de la Judicatura y La Unidad de Análisis Financiero. Ambas instituciones acuerdan desplegar esfuerzos conjuntos que contribuyan a fortalecer, los actores del sistema para la prevención, detección y represión del lavado de activos, financiamiento al terrorismo, y a la proliferación de armas de destrucción masiva.
- Acuerdo interinstitucional entre La Escuela Nacional de la Judicatura y El Consejo Asesor de la Magistratura (CAM) de Tucumán, Argentina. Es interés de las partes mantener una relación de cooperación entre la ENJ y la Escuela Judicial del CAM.
- Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre Escuela Nacional de la Judicatura y la Misión Internacional de Justicia (IJM-siglas en inglés). Ambas partes, se comprometen asumir la realización de actividades y proyectos conjuntos, así como establecer mecanismos de programación y seguimiento que garanticen el orden, la calidad y éxito de las actividades a realizar en común, relativas a la capacitación e investigación en materia de trata de personas con fines de explotación sexual comercial o en cualquiera de sus modalidades y otros delitos vinculantes.

INICIATIVAS LEGISLATIVAS DEL PODER JUDICIAL.

Para fortalecer la administración de justicia y ejerciendo el derecho constitucional otorgado, se han depositado los siguientes Proyectos de Ley en el Congreso Nacional:

1. Proyecto de Ley sobre Notario Público.

La Suprema Corte de Justicia, haciendo uso de la facultad legislativa que le otorga la Constitución de la República, depositó en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley sobre el Notariado en la República Dominicana, que tiene como propósito recoger los adelantos en el campo notarial; unificar la variedad de legislación existente; armonizar el ejercicio de la notaria y el órgano regulatorio de los notarios; establecer las disposiciones fundamentales relativas a los notarios, su organización y el cobro de los honorarios por parte de éstos; superar los obstáculos originados por la Ley No. 140-15; así como establecer las disposiciones que permitan dirimir idóneamente cualquier diferendo originado en ocasión de su aplicación.



Proyecto de Ley que estandariza el número de jueces de las Cortes de Apelación.

La Suprema Corte de Justicia, haciendo uso de la facultad legislativa que le otorga la Constitución de la República, depositó en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley que estandariza el número de jueces de las Cortes de Apelación, el propósito es ajustar el funcionamiento de las Cortes en cuanto que éstas tengan la misma estructura, el mismo número de jueces y un personal adecuado a la realidad de cada una, ante el creciente número de casos que están recibiendo las diferentes cortes y consecuencialmente la necesidad de nuevas divisiones jurisdiccionales y de personal auxiliar.

Conforme a este proyecto de Ley las Cortes de Apelación en cualquiera materia estarán compuestas por no menos de cinco (5) jueces para conocer de manera colegiada los expedientes que les sean sometidos para su conocimiento y decisión, y establecería también que el Consejo del Poder Judicial, mediante resolución motivada, podrá dividir o ampliar la composición de las Cámaras y Salas de las cortes de apelación.

Proyecto de Ley sobre el funcionamiento jurisdiccional de los Departamentos Judiciales de Santo Domingo y San Pedro de Macorís (en elaboración).

El Consejo del Poder Judicial, como cabeza administrativa y disciplinaria del Poder Judicial, ha realizado un estudio de las necesidades del Poder Judicial, producto del cual ha elaborado un proyecto para que la Suprema Corte de Justicia haga uso de su iniciativa legislativa.

Este proyecto es para mejorar el funcionamiento jurisdiccional de los Departamentos Judiciales de Santo Domingo y San Pedro de Macorís, con el propósito de garantizar la distribución equitativa del trabajo y contribuir al descongestionamiento y disminución de la mora judicial en dichos departamentos.

En el mismo se propone la creación de los distritos judiciales de Santo Domingo Norte, Santo Domingo Este, Santo Domingo Oeste, Monte Plata y Boca Chica, los cuales tendrán una cámara civil y comercial y una cámara penal. La cantidad de jueces que integrará cada uno de esos distritos judiciales será determinada por el Consejo del Poder Judicial según la necesidad de cada distrito judicial.

Estos Distritos Judiciales comprenderán la siguiente demarcación: el Distrito Judicial de Santo Domingo Norte abarca el municipio de Santo Domingo Norte; el Distrito Judicial de Santo Domingo Este abarca los municipios de Santo Domingo

• Informe de Avances Compromisos Cumbre Judicial Nacional



Este y San Antonio de Guerra; el Distrito Judicial de Santo Domingo Oeste abarca los municipios de Santo Domingo Oeste, Pedro Brand y Los Alcarrizos; el Distrito Judicial de Monte Plata abarca los municipios de Monte Plata, Peralvillo, Bayaguana, Sabana Grande de Boyá y Yamasá; el Distrito Judicial de Boca Chica abarca el municipio de Boca Chica.

Con respecto al Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, se dispone que la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Altagracia estará compuesta de no menos dos Salas, el Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original del Distrito Judicial de La Altagracia estará compuesto de no menos de tres Salas y el Juzgado de Trabajo del Distrito Judicial de La Altagracia estará compuesto de no menos de dos salas.



DE LA JURISPRUDENCIA

Salas Reunidas, SCJ: Penal EL PLAZO RAZONABLE

Tutela judicial efectiva. Lo importante no es la celeridad, sino la correcta administración de justicia. Todo juzgador, al evaluar el plazo razonable en un caso concreto, debe tener en cuenta otro tipo de factores distintos del mero factor cronológico. La extinción de la acción penal no procede luego de transcurridos los 3 años establecidos en el Código Procesal Penal.

Considerando: que con relación a la solicitud de extinción de la acción, por haber transcurrido más de los tres (3) años, es un medio que debe ser rechazado, ya que si bien es cierto, podríamos tomar como punto de partida el año 2013, no menos cierto es que, el proceso de que se trata, se ha desarrollado de conformidad con el principio del debido proceso, salvaguardando el derecho a recurrir del imputado;

Considerando: que de conformidad con el criterio externado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el plazo razonable de duración del proceso no es un plazo en sentido abstracto; lo importante no es la celeridad en sí misma, sino la correcta administración de justicia, dentro de un marco donde el proceso se desarrolle sin anomalías injustificadas o arbitrarias, y tomando en consideración la actividad procesal de las partes involucradas, sin que las mismas se entiendan como tácticas dilatorias;

Considerando: que en este sentido establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que: "todo juzgador al evaluar el plazo razonable en un caso concreto, debe tener en cuenta otro tipo de factores distintos del mero factor cronológico";

Considerando: que por su parte, el debido proceso contempla el derecho de los justiciables de acceder a una tutela judicial efectiva, a través del desarrollo de un procedimiento regulado, en el cual, se observen una serie de principios y garantías, cuya finalidad última es alcanzar justicia;

Considerando: este derecho lleva implícito una serie de "derechos filiales" reconocidos como fundamentales dentro de los que podemos citar el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia: como lo ha analizado Juan Manuel Bandrés en su libro "Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional"1;

Sentencia 62 Pleno SCJ, 23 mayo 2018. Exp.: 2017-2445

DE LA LEGISLACIÓN

Artículo 8 del Código Procesal Penal:

"Plazo razonable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable y a que se resuelva en forma definitiva acerca de la sospecha que recae sobre ella. Se reconoce al imputado y a la víctima el derecho a presentar acción o recurso, conforme lo establece este código, frente a la inacción de la autoridad.

Artículo 143 del Código Procesal Penal:

"Principios generales. <u>Los actos procesales</u> 171 deben ser cumplidos en los plazos establecidos por este código. Los plazos son perentorios e improrrogables y vencen a las doce de la noche del último día señalado, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración".

Artículo 148 del Código Procesal Penal:

"Duración máxima. La duración máxima de todo proceso es de tres años, contados a partir del inicio de la investigación. Este plazo sólo se puede extender por seis meses en caso de sentencia condenatoria, a los fines de permitir la tramitación de los recursos".

Artículo 69, numeral 2 de la Constitución Dominicana:

"Tutela judicial efectiva y debido proceso. 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:

... 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".

Ver documentos completos en: www.poderjudicial.gob.do





Div. de Jurisprudencia y Legislación del CENDIJD Contacto: (809)533-3191, Ext. 2194 • E-mail: jurisleg-cendijd@poderjudicial.gob.do



"Atrévete a Salir del Despacho

172

Información en: www.enj.org • info@enj.org





CENDIJD

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN JUDICIAL DOMINICANO

- RESPONSABLE DE LA CAPTACIÓN, RECOLECCIÓN, ORDENAMIENTO, EDICIÓN, PUBLICACIÓN
 Y DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN GENERAL.
 - ADMINISTRA LOS ENTORNOS WEB DEL PODER JUDICIAL.
 - ESTABLECE Y GESTIONA LAS BIBLIOTECAS JUDICIALES.
 - ATENCIÓN A USUARIOS INTERNOS Y EXTERNOS.



PUBLICACIONES JUDICIALES



PUNTOS DE VENTAS

- Palacio de Justicia de Ciudad Nueva 809-221-6400 ext. 2400
- Edificio de las Cortes de Apelación 809-533-3118 ext. 351
- Palacio de Justicia de Santiago 809-582-4066 ext. 2251

En las demás provincias pregunte al Administrativo del Departamento Judicial!!

BIBLIOTECAS JUDICIALES



5 BIBLIOTECAS

ABIERTAS AL PÚBLICO

- 1. Edificio de la Suprema Corte de Justicia Tel.: 809-533-3191 ext. 2031
- 2. Palacio de Justicia de Santiago Tel.: 809-582-4010 ext. 2212
- Palacio de Justicia de San Juan Tel.: 809-557-1861
- Palacio de Justicia de San Cristóbal
 Tel.: 809-528-1465 ext. 247
- Palacio de Justicia de San Francisco de Macorís Tel.: 809-588-2325 ext. 289

Horario: 7:30 a.m. a 4:30 p.m.

Correo: bibliotecas@poderjudicial.gob.do



Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd)

BIBLIOTECAS JUDICIALES . JURISPRUDENCIA . VENTA PUBLICACIONES





www.poderjudicial.gob.do 2018