

# Revista de **CIENCIAS JURÍDICAS**

**VOLUMEN I No. I**

Septiembre 2013  
ISSN 0379-8526

Publicada por  
el Departamento de  
Ciencias Jurídicas  
Pontificia Universidad  
Católica Madre y Maestra

## **CONTENIDO**

- **SEMBLANZA**  
Flavio Darío Espinal Hued

## **DOCTRINA**

- **CONSTITUCIONAL**  
La fuerza vinculante de las decisiones  
del Tribunal Constitucional  
*Flavio Darío Espinal*
- **PENAL**  
Una perspectiva a la reforma  
del Código Penal  
*José Lorenzo Fermín Mejía*
- **PROPIEDAD INTELECTUAL**  
El derecho de autor  
después del DR-CAFTA  
*Edwin Espinal Hernández*

## **LEGISLACIÓN**

Resolución núm. 11-2011  
que modifica las Tasas por Servicios  
de la Jurisdicción Inmobiliaria.

## **JURISPRUDENCIA**

Inadmisibilidad del recurso  
de casación por el valor envuelto  
*Julio Miguel Castaños Guzmán*



## **COMITÉ DE REDACCIÓN**

Prof. Julio Miguel Castaños Guzmán  
Prof. Ylona De La Rocha Camilo  
Prof. Manuel Ulises Bonnelly Vega  
Prof. José Benjamín Rodríguez Carpio  
Br. Melina Castellanos Amores  
Br. Paulette Ricart Objío  
Br. Paloma Fernández Gonzalo  
Br. Wilson Martínez Pérez

## **HOMENAJE A**

**FLAVIO DARÍO  
ESPINAL HUED**



4. **SEMBLANZA**
4. **Flavio Darío Espinal Hued**
8. **CONSTITUCIONAL**
8. **La fuerza vinculante de las decisiones del tribunal constitucional**
8. I. Introducción
11. II. La justicia constitucional en la constitución de 2010: un modelo redefinido
12. III. El precedente vinculante en el nuevo modelo de control constitucional
14. IV. Lo vinculante de las decisiones del tribunal constitucional
16. V. Precedente vinculante: razón de ser y sus efectos
19. VI. El tribunal constitucional y la suprema corte de justicia: ¿choque de trenes?
24. VII. Conclusión
26. Bibliografía
27. **PENAL**
27. **Una perspectiva a la reforma del Código Penal**
27. Introducción
28. Las directrices de la reforma.
31. La reforma en su forma persigue simplificar el Código Penal vigente.
33. Libro I. Disposiciones Generales.
33. La autoría mediata igualaría al autor material con el intelectual.
34. La responsabilidad penal de las personas jurídicas llegaría al Código Penal vigente.
36. La indexación de las penas de multas, una propuesta impostergable.
37. ¡Es tiempo! Derogación las penas de confinamiento y el destierro.
37. Un sistema de penas complementarias modernas.
38. Libro II. Infracciones contra las personas
39. El homicidio ensancha sus fronteras.
39. El Feminicidio: una propuesta con sus bemoles.
40. El sicariato: una propuesta ya prevista.
40. El incesto: una propuesta no justificada.
40. El acoso sexual blindado.
40. El homicidio fallido dejaría de ser premiado.

41. Los experimentos biomédicos o estudios genéticos sobre otro. Propuesta de esta época.
42. Libro III. Infracciones contra los bienes y la propiedad.
42. La sustracción se racionaliza.
43. La estafa se extiende hasta los servicios.
44. El abuso de confianza se libera de los clásicos contratos.
45. La organización fraudulenta de la insolvencia, una herramienta eficaz contra el abuso de derecho.
45. El texto que lo recoge dispone:
46. Libro IV. Abusos de la Autoridad Pública, Infracciones en contra de la Autoridad del Estado, la Nación y la Confianza Pública.
46. Infracciones contra la libertad individual.
47. Abusos de autoridad dirigidos contra la administración de tutela de verdad.
47. La concusión tendrá dientes.
48. El cohecho y tráfico de influencias potencializaría la proscripción constitucional a la corrupción administrativa.
50. Toma ilegal de intereses, una llave para cerrar la fuente de impunidad.
51. La sustracción y distracción de bienes públicos gana autonomía.
52. Obstáculos al apoderamiento de la justicia: un eficaz resguardo para un sistema de justicia penal confiable.
53. La falsedad se desmaterializa.
54. Conclusión.
55. Bibliografía
55. I. Doctrina
55. II. Legislación vigente (lex lata)
56. III. Legislación futura (lex ferenda)
56. IV. Jurisprudencia
57. **PROPIEDAD INTELECTUAL**
57. **El derecho de autor después del DR-CAFTA**
57. La derogación del derecho de retracto
58. El Estado como titular de derechos de autor
59. Aumento del plazo de protección temporal de los derechos patrimoniales
60. Actualidad informativa
61. Arte público y obras de arquitectura
62. Atribuciones de la ONDA en materia de telecomunicaciones
63. Disposiciones referidas a ciertas obras
65. El marco contractual
65. Desaparición del in dubio pro autore
68. Derechos conexos
69. Medidas de observancia

- 70. La puesta a disposición, "nueva" forma de comunicación pública
- 71. Las medidas tecnológicas
  
- 73. **LEGISLACION**
- 73. **Resolución núm. 11-2011 que modifica la Tasas por Servicios de la Jurisdicción Inmobiliaria**
  
- 77. **JURISPRUDENCIA**
- 77. **Inadmisibilidad del recurso de casación por el valor envuelto**
- 77. Comentario de sentencia
- 77. Datos de la sentencia
- 77. Recurrente proponente del asunto comentado:
- 77. Introducción
- 79. Resumen de la decisión
- 80. Interpretación del artículo 69 y el párrafo iii del artículo 149 de la constitución. Rango constitucional del derecho a recurrir ante un tribunal superior: núcleo duro del derecho fundamental.
- 81. Configuración legal y no constitucional del recurso de casación: el legislador no está obligado a garantizar la existencia de un grado casacional.
- 82. Conclusiones de la scj
- 83. Legislación aplicable
- 83. Ley No. 3726 Sobre procedimiento de casación
- 84. Precedentes judiciales
- 85. Constitucionalidad del Art. 641 del Código de Trabajo. Resulta erróneo sostener que el artículo 641 del Código de Trabajo sea inconstitucional.
- 85. Artículo 1315 del Código Civil no tiene carácter constitucional. Responsabilidad civil en materia laboral: constitucionalidad del artículo 712 del Código de trabajo. Principio de razonabilidad e igualdad.

## Flavio Darío Espinal Hued

*El Dr. Flavio Darío Espinal Hued, primer decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Madre y Maestra y parte del reducido grupo de profesionales que acompañó a Monseñor Hugo Eduardo Polanco Brito en la fundación de la primera universidad católica y privada del país tras el fin de la tiranía de Trujillo, nació en Santiago de los Caballeros, República Dominicana, el 16 de enero de 1926. Durante su niñez y juventud vivió en un sólido hogar familiar en la calle Mella esquina Las Carreras. Fue el mayor de una numerosa familia, y fueron sus padres Don Américo Espinal Jiménez y Doña Josefa Hued de Espinal. Su madre enfermó en el año 1936 y murió cuatro años después, dejando su joven familia en la orfandad.*

Su vida escolar fue muy exitosa. Realizó los primeros estudios en la Escuela Primaria "Paraguay", donde contó con excelentes profesores, entre ellos, Pedro Estévez, Rafael Rojas y Eulalia Santaella (Lalá). En el año de su graduación ganó la "Medalla de Oro", donada por la Compañía Anónima Tabacalera.

Asistió a la escuela Secundaria "Ulises Francisco Espaillat", donde impartían clases excelentes profesores que permanecieron en su memoria: José Almonte (Chepe), Américo Sánchez y Ricardo Ramírez. En 1944 se graduó de bachiller con las mejores notas de su promoción y recibió la "Medalla de Oro al Mérito Estudiantil" que otorgaba la firma "Manuel de Jesús Tavares, Sucesores", dueños de la acreditada tienda "El Gallo". Fueron compañeros de bachillerato: Orlando Cruz, Anthony Haché y Carmela González, (luego de Campagna), entre otros.

Para el aprendizaje de muchas asignaturas iba frecuentemente a la más antigua sociedad cultural de la ciudad de Santiago, "Amantes de la Luz", ubicada en aquel entonces en la calle 30 de marzo esquina 16 de agosto. En los veranos era solicitado para dar clases a alumnos que necesitaban ayuda especial de manera que pudieran culminar con éxito sus estudios.

Además de los estudios, su otra pasión era el beisbol. Decía: "No fui deportista como otros de mis compañeros, pero fui un aficionado especialmente del beisbol". Esta afición lo llevó a participar como comentarista de deportes en un programa de radio local. De los recuerdos más vivos de esa época nunca

olvidó la sequía de 1944, año en que se conmemoró el Centenario de la Independencia Nacional.

Interesado en estudiar Derecho y hacerse abogado, Flavio Darío se trasladó ese año a la ciudad capital, llamada Ciudad Trujillo, donde se encontraba la única universidad del país, la Universidad de Santo Domingo, ubicada en esa época frente a la Catedral. Por sus altas calificaciones ganó la inscripción



Terminó sus estudios en 1949, graduándose de Doctor en Derecho, y regresó a Santiago donde poco después fue nombrado Juez de Paz de la Segunda Circunscripción. En este cargo permaneció cuatro años.

universitaria cada año. En la carrera de Derecho recibió clases de prominentes profesores, entre ellos, Froilán Tavarez, Leoncio Ramos, Manuel María Guerrero, Hipólito Herrera Billini y Manuel Ubaldo Gómez, hijo. Entre sus compañeros de estudios se encontraban: Orlando Cruz, Efraín Reyes Duluc, Isabel Luisa Medina, Virgilio Díaz Grullón, Rosa Lebrón Saviñon, Rubén Álvarez Valencia, Isidra Mejía De La Rocha, Manuel Wenceslao Guerrero Pou, y otros de igual prestigio. Durante sus años universitarios trabajó como empleado del Tribunal de Tierras y fue Secretario del juez Doctor Ulises Bonnelly. En este trabajo adquirió experiencia en diversas ramas del Derecho. Se trasladaba a Santiago con frecuencia a ver sus familiares y nunca se planteó quedarse en Santo Domingo porque amaba su ciudad natal.

Terminó sus estudios en 1949, graduándose de Doctor en Derecho, y regresó a Santiago donde poco después fue nombrado Juez de Paz de la Segunda Circunscripción. En este cargo permaneció cuatro años.

Durante ese tiempo conoció a la que sería su esposa, Nuris Altagracia Jacobo Polanco, y el 23 de mayo de 1954 contrajo matrimonio en la Iglesia Nuestra Señora de la Altagracia. De esta unión nacieron sus tres hijos: Rosario, Juan José y Flavio Darío Espinal Jacobo.

En el mismo año 1954 pasó a ser Juez de Instrucción de la Primera Circunscripción. En el ejercicio de esas funciones le correspondió instruir un hecho insólito acontecido en Santiago en 1956: el asalto al Royal Bank of Canada por un grupo de hombres que se llevó una considerable suma de dinero. En el asalto mataron a dos personas, otros fueron encerrados en la bóveda, y un alto empleado que ellos creyeron muerto rodó por el suelo y alertó a la policía. Flavio Darío fue apoderado de la instrucción de este sonado y difícil proceso que duró varias semanas. Luego el caso pasó de Instrucción a la Cámara Penal del Juzgado de Primera instancia, cuyo Juez era el Dr. Nicomedes De León, y el Procurador Fiscal fue el Dr. Joaquín Santaella. Varios acusados fueron condenados

a 30 años, otros a 20 y unos pocos descargados. Los condenados murieron todos en una operación policial por supuesto intento de fuga.

Flavio Darío Espinal Hued se retiró de Juez en el año 1957 para dedicarse al ejercicio privado de su profesión. Comenzó trabajando en la Oficina del Lic. Porfirio A. Veras (Lilo). Luis Veras Lozano, hijo de Don Lilo, ofrece el siguiente testimonio: "Conocí al Dr. Flavio Darío Espinal Hued a finales de los años 50, mientras él se reincorporaba a su ejercicio profesional en el bufete de mi padre, después de haber desempeñado las funciones de Juez de Instrucción en Santiago. Lo volvería a encontrar siendo ya estudiante universitario y él, profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Madre y Maestra. Durante más de 20 años de mi ejercicio profesional me tocó estar cerca de Don Flavio, lo que me permitió apreciar sus condiciones excepcionales como ser humano, jurista y académico. A su eficiencia y a su dedicación en todos los proyectos en que participó hay que agregar su capacidad organizativa, la discreción, la ecuanimidad y lucidez que exhibió durante su vida. Sirvió al país desde las más altas responsabilidades y lo hizo con sencillez y sin estridencias. Quienes tuvimos la suerte de ser sus alumnos y trabajar a su lado aprendimos mucho de él."

En el año 1960 fue nombrado Tesorero Municipal del Ayuntamiento de Santiago y al mismo tiempo seguía ejerciendo la profesión. En el año 1961 se constituyó en abogado de dos de los implicados en el ajusticiamiento del tirano Rafael Leonidas Trujillo. Ellos fueron Plinio Jacobo Polanco (hermano de su esposa), y Freddy Tavarez Liz. En esa oportunidad también fueron abogados de algunos involucrados, los prestigiosos juristas de Santiago, Dr. Marcos Cabral y Dr. Edmundo Batlle. Los tres viajaban frecuentemente a Santo Domingo para dar seguimiento a los casos de defensa, quienes fueron posteriormente liberados.

En Santiago, participó en la construcción institucional que se produjo después de la caída de la tiranía de Trujillo. En el plano político, fue escogido Presidente del Comité de Santiago del Partido Revolucionario Social Cristiano (el llamado Partido del Machete Verde), cumpliendo así con el deber patriótico de construir una democracia en el país.

Flavio Darío era con frecuencia requerido por Monseñor Hugo Eduardo Polanco Brito, Obispo de Santiago, para consultas legales. En el año 1962, Monseñor le planteó la idea de fundar una universidad católica en la ciudad. Se formó entonces un grupo gestor con varias personas de confianza del Obispo, entre ellos, además de Flavio, Victor Espaillat, Alejandro Grullón, Simón Zouain y Luis Crouch. Se sucedieron muchas y variadas reuniones en Santiago y Santo Domingo, ya que se planteó la posibilidad de que la universidad se fundara en la capital dominicana, pero Monseñor Polanco no cedió; su propósito firme era realizar el proyecto en Santiago. Al final, los obispos dominicanos accedieron y apoyaron el proyecto y el 9 de septiembre de 1962 se anunció la

creación de la Universidad Católica Madre y Maestra. Monseñor Polanco fue su Fundador y Primer Rector, y el joven sacerdote, Agripino Núñez Collado, que se encontraba ejerciendo la función de Rector del Seminario San Pio X en Licey, fue nombrado Vicerrector.

En la planificación, Monseñor Polanco propuso que las primeras carreras a establecer en la universidad fueran las de Derecho y Educación. Polanco encargó al Dr. Espinal la organización de la carrera de Derecho, quien escogió entre los primeros profesores a prestigiosos juristas, entre ellos, al Dr. Miguel Olavarrieta, Dr. Francisco Porfirio Veras, Dr. Joaquín Álvarez y Dra. Vanesa Vega de Bonnelly. Como decano le correspondió organizar la facultad, contratar los profesores y elaborar el pensum de estudios. Permaneció en esa posición por algo más de diez años, período durante el cual trabajó muy de cerca tanto con Monseñor Polanco como con Monseñor Agripino Núñez cuando este pasó muy pronto a ocupar la posición de Rector. Fue una persona leal a la universidad, a su misión y su papel como institución académica de la Iglesia católica.

Además de participar en la formación de la Universidad, el Dr. Espinal, estuvo involucrado desde el primer día en instituciones tan prestigiosas como la "Asociación Cibao de Ahorros y Préstamos" de la cual fue Asesor Legal desde sus inicios, y más tarde, Gerente General, así como la "Cooperativa Nuestra Señora De La Altagracia", de la que fue Presidente y Tesorero. También desempeño en el transcurso de su vida diferentes cargos directivos en instituciones de servicio social y comunitario.

En el año 1979, fue nombrado Procurador General de la República, y más tarde, Secretario de Estado sin Cartera y Secretario Personal del Presidente Antonio Guzmán Fernández, ocupando estas posiciones con altura y honestidad. Renunció como Secretario de Estado en 1981 y regresó a su querido Santiago por requerimiento de la Asociación Cibao para asumir el cargo de Gerente General, que ocupó durante veinte años, 1981-2001. Se retiró de su vida laboral a final del año 2001 y murió en su ciudad natal el 30 de septiembre de 2003. Dejó a su familia un recuerdo de amor y responsabilidad, de esfuerzo y sencillez; y a la sociedad, un ejemplo de transparencia humana y compromiso cívico.

El Dr. Flavio Darío Espinal Hued fue reconocido como una persona de conducta recta e intachable, tanto en su vida personal y familiar como en el desempeño de las diversas funciones y cargos que desempeñó en el sector público y privado. Hombre inteligente, prudente, sencillo, cuidadoso y conciliador. Nada ni nadie pudo trastornar nunca su línea de conducta. Amó su universidad y su pueblo de Santiago, a los que les prestó grandes servicios. Su recuerdo es imperecedero.

# La fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional

♦ *Flavio Darío Espinal*

El autor es abogado experto en Derecho constitucional y profesor de dicha materia en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM)-Campus Santo Tomás de Aquino. Su libro *Constitucionalismo y Procesos Políticos en la República Dominicana* recibió el Premio Nacional de Ensayo Pedro Henríquez Ureña en 2002. Es licenciado en Derecho (*Summa Cum Laude*) de esta universidad. Obtuvo una maestría en Ciencias Políticas en la Universidad de Essex, Inglaterra, y un doctorado en Gobierno y Derecho Público en la Universidad de Virginia, Estados Unidos. Fue miembro de la Comisión de Juristas designada por el presidente Leonel Fernández para redactar el borrador de Constitución que fue proclamada el 26 de enero de 2010. En el ámbito diplomático ha sido embajador ante la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ante el gobierno de Estados Unidos.

## I. INTRODUCCIÓN

Existe un consenso en la comunidad jurídica nacional, y en particular entre los expertos en Derecho constitucional, de que la creación del Tribunal Constitucional “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales”, constituye uno de los principales y más trascendentales aportes de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010. Lo mismo puede decirse respecto de la disposición que acompaña la creación de este órgano jurisdiccional especializado, la cual establece que “(s)us decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado” (artículo 184).<sup>1</sup>

1 El experto constitucionalista Cristóbal Rodríguez sostiene que la cláusula que establece el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional “representa la más trascendente de cuantas disposiciones informan la Constitución dominicana”, la cual implica “una auténtica revolución copernicana para el sistema jurídico nacional en su conjunto”. Cf. FINJUS, *Constitución Comentada*, 3era edición. Santo Domingo: Editora Búho, 2013, p. 382.

Si bien la República Dominicana incorporó desde su primera Constitución el principio de la supremacía constitucional y el mandato a los tribunales del país a no aplicar una ley contraria a la misma, ninguno de los tantos textos constitucionales que había tenido el país antes de la Constitución de 2010 estableció el carácter vinculante de las decisiones de los tribunales en materia constitucional, ni siquiera aquellos textos, como la Constitución de 1924 y la reforma constitucional de 1994, que estatuyeron modalidades específicas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas.<sup>2</sup> El quehacer judicial dominicano estuvo siempre estructurado bajo el principio de la relatividad de la cosa juzgada, por lo que los precedentes establecidos por la Suprema Corte de Justicia constituían simples referentes, sin bien de mucho peso, para los demás tribunales del país. Con el establecimiento del carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional, la Constitución de 2010 establece una nueva lógica de relación entre el máximo intérprete de la Constitución, por un lado, y los poderes públicos y demás órganos del Estado, incluyendo el poder judicial, por el otro.

Esta problemática nos plantea como premisa para la discusión la cuestión relativa a la naturaleza y el valor de la Constitución. Es decir, la Constitución no es un texto cuyas disposiciones tengan un sentido único, apriorísticamente establecido e inmutable, al menos en lo que respecta a aquellas que tienen una formulación amplia y general susceptible de ser interpretadas y reinterpretadas en función de los contextos históricos y las filosofías jurídicas y política de los intérpretes de la Constitución. Un pensador pionero sobre esta temática fue Oliver Wendell Holmes, Jr., uno de los grandes jueces de todos los tiempos de la Suprema Corte de Estados Unidos, quien en 1920 escribió una decisión unánime de dicha corte en el caso *Missouri v. Holland*, el cual versó sobre el valor de los tratados internacionales dentro de la cláusula de la supremacía constitucional, en la que señaló lo siguiente: "...cuando estamos lidiando con palabras que representan a la vez un acto constitutivo, como es la Constitución de los Estados Unidos, debemos darnos cuenta que ellas han llamado a la vida un ser cuyo desarrollo no pudo ser previsto completamente por los más dotados de sus creadores. Fue suficiente para ellos materializar o tener la esperanza de haber creado un organismo; ha tomado un siglo y ha

---

2 La Constitución de 1924, la cual tuvo una duración de no más de tres años, estableció un sistema muy peculiar de control concentrado de constitucionalidad, según el cual la Suprema Corte de Justicia tenía la atribución de "decidir en primera y última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, cuando fueron objeto de controversia entre partes ante cualquier Tribunal, el cual, en este caso, deberá sobreseer su decisión sobre el fondo hasta después del fallo de la Suprema Corte; y, en interés general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados por la presente Constitución". (artículo 58, numeral 5). Por su parte, la reforma constitucional de 1994 introdujo el control constitucional concentrado y por vía de acción directa ante la Suprema Corte de Justicia, en coexistencia con el tradicional control difuso de constitucionalidad.

costado a sus sucesores mucho sudor y sangre probar que ellos han creado una nación”<sup>3</sup>

De ese pasaje innovador y poderoso surgió la idea, propagada años más tarde en Europa, América Latina y el resto del mundo, de la “Constitución viviente” (“a living constitution”), esto es, la Constitución entendida como un ente con vida que evoluciona a través del tiempo para responder a los cambios de la sociedad. Pero como no es posible convocar recurrentemente a un proceso constituyente o reformador de la Constitución, esa vida la recibe de quienes tienen la autoridad de interpretar el significado de sus disposiciones y aplicarlas a situaciones particulares, ya sean las cortes de justicia, los tribunales constitucionales, una mezcla de ambos, o cualquier otro órgano con esas funciones, como es el caso del Consejo Constitucional en Francia.

Varios años después esta misma idea fue reformulada y enriquecida por otro titán de la Suprema Corte de Estados Unidos, el juez Louis Brandeis, quien en un voto disidente en el caso *Olmstead v U.S.* en 1928, que versó sobre el alcance de la cuarta enmienda sobre las formas constitucionalmente admitidas de allanamientos y pesquisas, expresó: la Constitución pudo ser adoptada para enfrentar ciertos males, pero “su lenguaje general no debe necesariamente ser confinado a las formas que esos males tenían cuando la misma fue adoptada. El tiempo trae cambios, trae a la existencia nuevas condiciones y propósitos. Por tanto, para que un principio sea vital debe ser capaz de una aplicación más amplia que el problema que le dio nacimiento”.<sup>4</sup> Para el juez Brandeis cada generación tiene la obligación de decidir la mejor manera de materializar los principios constitucionales a la luz de las experiencias y circunstancias contemporáneas.<sup>5</sup>

Esta noción expuesta por el juez Holmes y retomada por el juez Brandeis desencadenó un debate en Estados Unidos, y luego en otras partes del mundo, sobre la naturaleza de la Constitución y del proceso interpretativo de la misma, el cual sigue siendo uno de los temas más prominentes y controversiales en el Derecho constitucional. En este ensayo se pone a un lado el tema de los métodos de interpretación constitucional para centrar la discusión en los órganos de interpretación y cuál de ellos tiene la última palabra en ese proceso interpretativo y aplicativo de la Constitución, particularmente en el contexto dominicano bajo la Constitución de 2010.<sup>6</sup>

3 *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920). Traducción libre..

4 *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 475-476, 472 (1928). Traducción libre.

5 Para una discusión más general sobre este tema, Cf. Howard Gillman, “The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the ‘Living Constitution’ in the Course of American State-Building. *Studies in America Political Development*, Vol II, Fall 1997, pp. 191-247.

6 Para una interesante discusión más amplia sobre el proceso y los actores de la interpretación constitucional, Cf. Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. a.6, n.11, 2008 , pp. 29-61

Una serie de interrogantes surgen en relación a esta cuestión de los órganos de interpretación y al principio constitucional que otorga fuerza vinculante a las decisiones del Tribunal Constitucional. Entre estas interrogantes están: ¿cuál es el marco institucional de control de constitucionalidad en el que opera dicho principio? ¿Cuáles normas constitucionales y legales rigen la operatividad de este principio? ¿Qué se puede considerar como vinculante estrictamente hablando? ¿Cuál es el fundamento o razón de ser de este principio? ¿Cuáles son sus efectos?

## II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 2010: UN MODELO REDEFINIDO

Si bien desde la reforma constitucional de 1994 en el país regía un modelo mixto de control constitucional con la combinación del control concentrado y el control difuso, la Constitución de 2013 formaliza y redefine dicho modelo. La formalización se manifiesta a través del artículo 188 del texto constitucional, el cual establece que: “Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento”. Aunque la reforma constitucional de 1994 instituyó el control concentrado a cargo de la Suprema Corte de Justicia, dicha reforma no hizo explícito que dicho control coexistiría con el control difuso, sino que este se desprendía de la lógica del texto constitucional y de la tradición misma en materia de control constitucional en la República Dominicana.

Asimismo, la nueva Constitución redefine el modelo mixto en tanto crea un órgano especializado –el Tribunal Constitucional– a cargo del control concentrado, al tiempo que le otorga a este atribuciones que no tenía la Suprema Corte de Justicia en el ejercicio de su papel como órgano de control concentrado de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Una de ellas –la más importante, sin lugar a dudas, es que sus decisiones “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”, como se señaló previamente.

Este modelo de justicia constitucional implica que no existe un monopolio en la interpretación de la Constitución, sino que todo tribunal o todo juez, sin importar su ámbito de competencia o su jerarquía en la estructura judicial, tiene la facultad, y a la vez el deber, de interpretar la Constitución y declarar inaplicable cualquier norma jurídica que sea contraria a esta. Esto quiere decir que no hay un centro único de interpretación constitucional, si bien el modelo creado por la Constitución de 2010 comporta un punto de cierre en el Tribunal Constitucional, el cual tiene la última palabra, pero no la única, en materia de interpretación constitucional.

Esta redefinición del modelo mixto de control constitucional ha creado un escenario institucional radicalmente distinto al que existía antes de la adop-

ción de la Constitución de 2010, lo cual tiene significativas implicaciones tanto para la teoría y la práctica del control constitucional en la República Dominicana, como para el funcionamiento mismo de los poderes públicos y los órganos del Estado en el marco de lo que se denomina una democracia constitucional.

Otro hecho novedoso e igualmente significativo en este modelo redefinido de control constitucional es que la Constitución le otorga una serie de atribuciones al Tribunal Constitucional, algunas de las cuales no tenía la Suprema Corte de Justicia en su papel de órgano concentrado de control constitucional en el modelo anterior. En tal sentido, el artículo 185 de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) 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; 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares; y 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

Este nuevo modelo de control constitucional consolida, por una parte, el control difuso en el ámbito del poder judicial, y articula, por la otra, un órgano especializado extra poder con atribuciones y funciones que están llamadas a fortalecer la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico y el sistema político de la República Dominicana.

### III. EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL NUEVO MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Como se señaló previamente, la Constitución de 2010 estableció en su artículo 184 que las decisiones del Tribunal Constitucional “son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”. Hay que agregar lo que dispone el artículo 277 respecto de las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, con lo que se establece una conexión entre el Tribunal Constitucional y los tribunales del orden judicial como forma de garantizar que las decisiones del primero sean también vinculantes para el poder judicial. Dicho artículo dice así: “Todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en el ejercicio del control directo de la constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinada por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia”.

En cumplimiento de ese mandato constitucional se aprobó y promulgó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11 (LOTCCP), cuyo artículo 53 estableció los parámetros de la revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales. En efecto, dicho artículo establece que el Tribunal Constitucional tendrá la potestad de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha de proclamación y entrada en vigencia de la nueva Constitución, 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 concurren y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación haya tomado conocimiento de la misma; b) que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada; y c) ue la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar.

Asimismo, el referido artículo 53 establece que cuando la solicitud de revisión se fundamenta en lo previsto en el numeral 3) de este artículo, la misma sólo será admisible por el Tribunal Constitucional cuando éste considere que, en razón de su especial trascendencia o relevancia constitucional, el contenido del recurso de revisión justifique un examen y una decisión sobre el asunto planteado. Señala también que el tribunal siempre deberá motivar su decisión.

Esto significa que las decisiones de los tribunales del orden judicial son revisables por el Tribunal Constitucional, pero no ocurre lo mismo con las decisiones de este último que no son susceptibles de revisión por ningún otro tribunal u órgano político por ser el punto de cierre de la interpretación constitucional. Esto evoca la famosa frase del Juez Robert H. Jackson de la Suprema Corte de Estados Unidos, en su opinión concurrente en el caso *Brown v. Allen* en 1953: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles sólo porque tenemos la última palabra".<sup>7</sup> Su idea era que si hubiera una super-Suprema Corte en Estados Unidos muchas de las decisiones que adoptaba dicho tribunal serían revocadas, pero no lo eran porque la Suprema tenía la última palabra en esta materia. En el caso dominicano, al igual que en muchos otros países en los que exis-

7 Juez Robert H. Jackson, caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

componentes de la sentencia resultan obligatorios? ¿Todos o solo una parte de ellos?

Es sabido que la sentencia –en este caso la sentencia constitucional- tiene tres componentes diferenciados, si bien los mismos están relacionados y articulados. Estos componentes son:

1. El *ratio decidendi* o el razonamiento de la decisión, el cual contiene los principios, y argumentos que sirven de premisa y sustento a la decisión, los que si fuesen modificados implicaría necesariamente un cambio en lo decidido.
2. El *dictum*, llamado también *Obiter Dicta*, lo que hace referencia a afirmaciones tangenciales o complementarias que hace el Tribunal en el discutir discursivo de su sentencia, ya sea para ilustrar, ejemplificar o expandir sus motivaciones.
3. La *decisum* o decisión, lo cual se refiere a lo decidido en un caso en particular.<sup>11</sup>

De estos tres aspectos solo el primero –el *ratio decidendi* o el razonamiento de la decisión- tiene fuerza vinculante. Los otros dos no tienen ese carácter: el *dictum* porque no es parte esencial del razonamiento argumentativo del Tribunal Constitucional y la *decisum* o decisión porque la misma tiene una singularidad que deriva de las circunstancias particulares del caso. Por supuesto, como cada caso es único no es posible que la decisión sea exactamente la misma, pero esto no es contradictorio con el planteamiento de que, ante situaciones similares, la aplicación del mismo razonamiento contenido en el precedente vinculante debe llevar lógicamente a decisiones similares.

Es importante destacar que otros autores, como Ricardo G. Vineata Medina<sup>12</sup>, agregan a la estructura interna de las decisiones del Tribunal Constitucional otros elementos a los tres esenciales antes descritos. Según este autor, la sentencia contiene los siguientes elementos:

1. La razón declarativa-axiológica, la cual se refiere a la parte de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional hace reflexiones sobre los principios y valores contenidos en la Constitución.
2. La razón suficiente o *ratio decidendi*, la cual contiene la formulación del principio o regla jurídica constitucional que sirve de sustento o fundamento de la decisión que resuelve el caso.
3. La razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la cual refiere a consideraciones complementarias o marginales que si bien son útiles en la estructuración de la sentencia no son imprescindibles para la fundamentación de la decisión por parte del Tribunal Constitucional.

11 Para una discusión sobre esta temática, Cf. Jesús M. Casal Hernández, "Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

12 Cf. Ricardo Guillermo Vinaeta Medina, "La aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional Peruano en la jurisprudencia nacional", (mimeo).

4. La invocación preceptiva, la cual se refiere a las normas de la Constitución o del bloque de constitucionalidad en sentido más amplio que se utilizan para decidir sobre el conflicto planteado.
5. La decisión o fallo constitucional (*decisum*), la cual constituye la parte final o resolutive de la sentencia que, sobre la base de todo lo anterior, resuelve el caso específico planteado a la consideración del Tribunal Constitucional.

Aún con esta definición más amplia a los aspectos integrantes de una sentencia constitucional, para este autor también la *ratio decidendi* o razonamiento de la decisión constituye la parte de la sentencia que tiene fuerza vinculante para los demás órganos del Estado, pues se trata del marco argumentativo utilizado por el Tribunal Constitucional para resolver un caso, el cual debe ser utilizado por los demás jueces para decidir casos similares. En otras palabras, es el principio o razonamiento subyacente a la decisión el que tiene fuerza vinculante, no así los demás elementos que integran la sentencia.<sup>13</sup>

Esto plantea la necesidad de que el Tribunal Constitucional, o cualquier órgano jurisdiccional que tenga la potestad de interpretar y aplicar la Constitución como sería la Suprema Corte de Justicia o una Sala Constitucional en algunos países, deberá fundamentar bien sus decisiones para que los demás tribunales y órganos del Estado tengan un marco de referencia claro al momento en que se encuentren ante situaciones similares que requieran hacer valer un precedente constitucional. Una mala o confusa fundamentación por parte del Tribunal Constitucional no contribuye a que sus precedentes sean respetados, como tampoco a una aplicación uniforme de la Constitución por parte de los tribunales y demás poderes y órganos estatales.

## V. PRECEDENTE VINCULANTE: RAZÓN DE SER Y SUS EFECTOS

La razón de ser del carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional es, al decir de Humberto Nogueira Alcalá, la garantía de “los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza de las personas, ya que por su intermedio se obliga a los tribunales a ser consistentes con las decisiones previamente adoptadas, impidiendo que casos iguales o semejantes sean analizados y resueltos en forma diferente en otra oportunidad”. Y agrega: “La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada que se

13 Para una interesante discusión sobre esta temática en un país de tradición distinta a los de América Latina, Cf. Dilip K. Sheth, “Supreme Court Decisions-Whether Always Binding?”, *The Chartered Account*, Marzo 2004, en el que este autor desarrolla una discusión sobre el artículo 141 de la Constitución de la India y en el que también argumenta que la *ration decidendi* es lo que resulta vinculante de una sentencia constitucional, en su caso la Suprema Corte de Justicia, que es la que tiene el poder de control de constitucionalidad.

encuentra en la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Constitucional”.<sup>14</sup> El mismo planteamiento hace Miguel Ángel Fernández: “No hay duda que el valor que justifica la vinculación a los precedentes radica en la seguridad jurídica y el respeto del principio de igualdad con proscripción de discriminaciones”.<sup>15</sup>

La invocación de los principios de igualdad y seguridad jurídica como fundamentos del carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional presuponen un elemento primordial que ha estado subyacente en esta discusión: la supremacía de la Constitución como expresión de la voluntad del pueblo a la cual deben someterse los poderes constituidos. Un orden jurídico y político que tenga una Constitución, pero que no tenga mecanismos para hacer valer una determinada interpretación de la misma equivale a dejar que cada quien haga su propia interpretación, lo que necesariamente subvertiría y dejaría sin valor y eficacia el principio de la supremacía constitucional.

Por supuesto, la aplicación de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional plantea retos importantes a los demás agentes del proceso interpretativo de la Constitución, particularmente a los jueces de los demás tribunales. El precedente se convierte en “una regla preceptiva común”,<sup>16</sup> lo que significa que solo puede ser aplicado en aquellos casos en los que se determine que se han conjugado los elementos de hecho que dicha regla presupone.

Se entiende que, por regla general, las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan al propio tribunal, lo que no significa que sus decisiones se petrifiquen en el tiempo y que este no pueda variar sus propias decisiones. En efecto, el cambio de circunstancias, de valores y de las demandas de la sociedad, así como de la filosofía jurídica y doctrina política de los jueces del Tribunal Constitucional, inciden en las variaciones jurisprudenciales de este último.

La clave de la legitimidad de los cambios de precedentes por parte del Tribunal Constitucional está en el razonamiento y la fundamentación que ofrezca como justificación de los mismos. En algunos casos el propio Tribunal Constitucional define los criterios que habrá de observar para que este pueda variar sus propios precedentes. Es el caso del Tribunal Constitucional de Perú, el cual ha establecido que la sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los siguientes elementos: 1) la expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión; 2) la expresión de “la razón declarativa-teológica”, razón suficiente e invocación preceptiva”

14 Humberto Nogueira Alcalá, op. cit., p. 115.

15 Miguel Ángel Fernández, op. cit., p. 138.

16 Cf. Ricardo G. Vineta Medina, op. cit., p. 17. Este autor toma el concepto de “regla preceptiva común” de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú No. 0024-2003, AI/TC.

en que se sustenta la decisión; y 3) la determinación de sus efectos en el tiempo.<sup>17</sup>

Hay países en los que ni el propio Tribunal ni ninguna ley establece los criterios para el cambio de precedente, sino que el propio desarrollo institucional del órgano intérprete de la Constitución ha instituido la práctica de la fundamentación explícita de los cambios jurisprudenciales como sustento de la legitimidad de sus decisiones. Es el caso de Estados Unidos, en el que, si bien no hay un Tribunal Constitucional, la Suprema Corte juega un papel similar como intérprete último de la Constitución, además de que fue dicho tribunal el que instituyó, con su famosa sentencia *Marbury vs Madison*, la práctica del control constitucional o *judicial review* como se le llama en Estados Unidos. Aunque ninguna ley define los criterios para el cambio de precedentes por parte de la Suprema Corte, es inconcebible que esta tome una decisión que revoque o modifique otra anterior sin que exprese los razonamientos que sirven de base a dicho cambio.<sup>18</sup>

En lo que concierne a la República Dominicana, la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11 establece en su Artículo 31, Párrafo I, lo siguiente: “Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de su precedente, debe expresar en los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión las razones por las cuales ha variado su criterio”.

En lo que respecta a los efectos del carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional, hay que señalar que esta disposición contenida en el artículo 184 de la Constitución de 2010 ha modificado radicalmente el sistema de fuentes de Derecho en nuestro país. Como bien señala el constitucionalista Cristóbal Rodríguez, “no se trata sólo de que la jurisprudencia adquiere la categoría de norma que hace parte del sistema de fuentes directas, -no ya con carácter accesorio- del derecho, sino que además las normas derivadas por vía jurisprudencial de los enunciados normativos contenidos en la Constitución tienen al mismo tiempo rango constitucional”.<sup>19</sup> Esto implica de manera lógica un cambio en la jerarquía de las fuentes de derecho, pues como las decisiones del Tribunal Constitucional se equiparan a la propia Constitución, las mismas están en un rango superior a la Ley, lo cual no ocurría en el viejo sistema de fuentes del Derecho en el que la jurisprudencia estaba en un rango inferior a la Ley y actuaba como simple auxiliar en la interpretación de la misma.

Como se indicó al inicio de este trabajo, este carácter vinculante de

17 Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú correspondiente al Expediente No. 0024-2002-AI/TC, citado por Ricardo G. Vinatea Medina, op. cit., p. 19.

18 Cf. David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics, Volume Two, Civil Rights and Civil Liberties*, New York: W.W. Norton & Company, 1991, chapter 2.

19 Cristóbal Rodríguez, op. cit., p. 383.

las decisiones del Tribunal Constitucional alcanza a los tribunales del orden judicial por vía de lo dispuesto en el artículo 277 de la Constitución y las disposiciones complementarias de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11. Es decir, todos los tribunales del país, incluyendo la Suprema Corte de Justicia, están sometidos a la interpretación que de la Constitución haga el Tribunal Constitucional como intérprete último de la misma. Los numerales 9 y 10 del artículo 54 de la referida Ley establecen el mecanismo a través del cual se concretiza la aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional respecto de los demás tribunales del país. El numeral 9 dice así: “La decisión del Tribunal Constitucional que acogiere el recurso, anulará la sentencia objeto del mismo y devolverá el expediente a la secretaría del tribunal que la dictó”. Por su parte, el numeral 10 dispone lo siguiente: “El tribunal de envío conocerá nuevamente del caso, con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación del derecho fundamental violado o a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa”.<sup>20</sup>

Por supuesto, la forma como esto operará en la práctica para lograr un punto de cierre que asegure la observancia de las decisiones del Tribunal Constitucional es un desafío de la mayor importancia pues no hay una garantía institucional absoluta de que el tribunal cuya decisión fue anulada por el Tribunal Constitucional habrá de fallar “con estricto apego al criterio establecido” por este último. De hecho, la primera decisión del Tribunal Constitucional mediante la cual se anula una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, así como la decisión que adoptó esta última en ejecución de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, ha dado lugar a una importante controversia que algunos han calificado de “choque de trenes”, como se discutirá a continuación.

## VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA: ¿CHOQUE DE TRENES?

En fecha 11 de febrero de 2013, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia No. TC/0009/13 mediante la cual anuló la Resolución No. 830-2012 dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia en fecha 16 de enero de 2012 y ordenó el envío del expediente a la Suprema Corte de Justicia para los fines establecidos en el antes citado numeral 10 del artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, No. 137-11. Mediante su fallo, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia declararon la inadmisibilidad de los

20 Cf. Eduardo Jorge Prats, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Santo Domingo: JUS NOVUM, 9. 2011.

recursos de casación interpuestos por las partes en conflicto por no cumplirse ninguno de los supuestos previstos por los artículos 425 y 426 del Código Procesal Penal para admitir un recurso de casación.<sup>21</sup>

La razón básica que ofreció el Tribunal Constitucional para anular la referida Resolución No. 830-2012 es que en la misma “no se disciernen con suficiente claridad los motivos que indujeron a la Suprema Corte de Justicia a negar la falta de tipificación de todos los supuestos previstos en los citados artículos 425 y 426”, circunstancia que induce “a que este Tribunal Constitucional proceda a fijar el alcance del compromiso que tienen los tribunales de dictar decisiones motivadas como parte de la sujeción a la garantía constitucional del debido proceso”.<sup>22</sup>

En refuerzo a lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional señaló: “a) que reviste gran importancia que los tribunales no se eximan de correlacionar los principios, reglas, normas y jurisprudencia, en general, con las premisas lógicas de cada fallo, para evitar la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso por falta de motivación; b) que para evitar la falta de motivación en sus sentencias, contribuyendo así al afianzamiento de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva al debido proceso, los jueces deben, al momento de exponer las motivaciones, incluir suficientes razonamientos y consideraciones concretas al caso específico objeto de su ponderación; c) que también deben correlacionar las premisas lógicas y base normativa de cada fallo con los principios, reglas, normas y jurisprudencia pertinentes, de forma que las motivaciones resulten expresas, claras y completas”.<sup>23</sup>

Asimismo, el Tribunal Constitucional expuso que el cabal cumplimiento del deber de motivación por parte de los tribunales del orden judicial requiere: “a) desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamenta sus decisiones; b) exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c) manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; d) evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; e) asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisprudencial”.<sup>24</sup>

21 Cf. Sentencia TC/0009/13 de fecha 11 de febrero de 2013 del Tribunal Constitucional respecto del Expediente TC-04-2012-0019 relativo al Recurso de Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales interpuesto por la sociedad comercial Malespín Constructora, S.A. y Marcos E. Malespín contra la Resolución No. 830-2012 dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia en fecha 16 de enero de 2012.

22 Cf. *Ibid.*, p. 10.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*, pp. 12-13.

En base a estas consideraciones, el Tribunal Constitucional anuló la referida Resolución 830-2012 y envió el expediente de nuevo a la Suprema Corte de Justicia para que esta fallase de conformidad con los criterios establecidos por el primero en su decisión.

En fecha 14 de marzo de 2013, la Suprema Corte de Justicia dictó, “en cumplimiento de la citada sentencia del Tribunal Constitucional”, una resolución en la que hizo valer sus motivos para declarar inadmisibles los referidos recursos de casación.<sup>25</sup> La pregunta que se ha planteado en el debate jurídico es si la Suprema Corte de Justicia ha fallado “con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional”, según lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales No. 137-11, o si por el contrario se ha declarado en rebeldía frente a lo decidido por el Tribunal Constitucional cuyas decisiones, como se ha expuesto en el transcurso de este trabajo, “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”.<sup>26</sup>

La decisión de la Suprema Corte de Justicia tiene dos momentos en su secuencia expositiva, en uno de los cuales este tribunal parece situarse, en tono y contenido, en posición de desafío al Tribunal Constitucional, mientras que en el otro se percibe un mayor sentido de cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en lo que respecta al requerimiento de motivación de su decisión de inadmisibilidad en el caso en cuestión.

El primer momento está marcado por el planteamiento formulado por la Suprema Corte de Justicia de que “es preciso determinar, antes de asumir la decisión que corresponde, cuál es el test motivacional que requiere una resolución como la de la especie”.<sup>27</sup> Con esta frase, la Suprema Corte de Justicia parece decirle al Tribunal Constitucional que va a fijar su propio criterio respecto de cuál debe ser el alcance de la motivación cuando el tribunal emita una decisión que declare la inadmisibilidad de un recurso de casación. En este orden, la Suprema Corte señala que “si bien es cierto que, según el artículo 24 del Código Procesal Penal, los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones... no es menos cierto que la suficiencia de motivación dependerá de la complejidad de cada caso concreto y del alcance de la controversia”.<sup>28</sup>

En esta línea argumentativa, la Suprema Corte de Justicia señala que “el plus motivacional a adoptar dependerá esencialmente de la natura-

25 Cf. Resolución de las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia de fecha 14 de marzo de 2013 con relación al envío del expediente por parte del Tribunal Constitucional, mediante sentencia TC/0009/13 de fecha 11 de febrero de 2013 relativo al recurso de revisión constitucional de decisiones jurisprudenciales.

26 Para una fuerte crítica de la decisión de la Suprema Corte de Justicia en este caso, Cf. Eduardo Jorge Prats, “Supremo Desacato Judicial”, Hoy, 5 de abril de 2013.

27 SCJ, Resolución citada, p. 11.

28 Ibid.

leza de la resolución, de manera pues, que determinadas resoluciones requerirán de una motivación reforzada, mientras que en otras bastará con una motivación sucinta, tal sería el caso de la presente resolución, la cual sólo debe comprobar si se dan los presupuestos derivados de las cuestiones puramente objetivas que se desprenden del contexto de los artículos precisados". Y al respecto agrega: "a juicio de estas Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, no se requiere de una motivación detallada cuando de lo que se trata es de in admitir un recurso de casación, o de admitirlo para luego conocer del fondo del mismo; motivación extensa que sí se justifica cuando admitido el recurso de casación se va a rendir decisión sobre el fondo del mismo". Y va aún más lejos al señalar que "se advierte que en el caso no hay vulneración a esas garantías de los derechos fundamentales cuando se consignan los motivos necesarios y pertinentes para fundamentar una resolución que se limita pura y simplemente a inadmitir, como en el caso de que se trata, un recurso de casación".<sup>29</sup>

Con estas consideraciones la Suprema Corte de Justicia parece más bien acoger el argumento planteado por los Magistrados Hermógenes Acosta de los Santos, Wilson S. Gómez Ramírez e Idelfonso Reyes en su voto disidente en la referida sentencia del Tribunal Constitucional. De hecho, de haberse quedado en ese punto de su línea expositiva y argumentativa, la Suprema Corte de Justicia se hubiese situado en total desafío frente al Tribunal Constitucional pues prácticamente está diciendo que ella tiene su propio criterio de cómo fallar los casos de inadmisibilidad independientemente de lo que piense el máximo intérprete de la Constitución.

En el segundo momento de su decisión, en cambio, la Suprema Corte de Justicia adopta una perspectiva distinta, pues modera su tono y hace lo que no hizo en su anterior decisión, es decir, expandir las motivaciones de su decisión en base a los hechos del caso a la luz de lo que disponen los artículos 425 y 426 del Código Procesal Penal. Este momento en la estructura de su sentencia se produce cuando muestra las razones por las cuales en el caso "no se verifican ningunas de las causales o motivos que den lugar al recurso de que se trata",<sup>30</sup> según lo que dispone el artículo 426 del Código Procesal Penal. En este sentido, las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia exponen en su decisión lo siguiente:

1. En cuanto a la inobservancia o errónea aplicación de disposiciones legales, constitucionales o contenidas en los pactos internacionales en materia de derechos humanos, dichas Salas sostienen que esta hipótesis "no concurre en el caso, ya que el recurrente le fue garantizado el derecho constitucional de acceder a la justicia para hacer valer sus

29 Ibid. pp. 11, 12 y 13..

30 Ibid., p. 14.

- derechos fundamentales; el derecho constitucional a la recurribilidad, mediante el recurso de apelación y el derecho a una sentencia motivada, tanto en primer grado como en apelación”.<sup>31</sup>
2. En cuanto a la causal de que la sentencia de condena imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años sostienen que tampoco se cumple “ya que la condenación consistió en una sanción pecuniaria, consistente en el pago de una multa de Cincuenta (50) salarios mínimos, y una compensación económica de Seis Millones de Pesos (RD\$6,000,000.00).<sup>32</sup>
  3. En cuanto a que la sentencia recurrida sea contradictoria con un fallo anterior de la Corte, de donde proviene la decisión o de la Suprema Corte de Justicia, también sostienen dichas Salas que esta condición “no se verifica en la sentencia recurrida luego de haber examinado estas Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia la jurisprudencia constante y firme con relación a los puntos de derecho que han sido decididos por esta sentencia”.<sup>33</sup>
  4. En cuanto a que la sentencia sea manifiestamente infundada señalan que esta condición “tampoco concurre, al exponer la Corte a qua, conforme comprobación de estas Salas Reunidas de esta Suprema Corte de Justicia, que la sentencia dictada al efecto ha sido debidamente motivadas”.<sup>34</sup>
  5. Y en cuanto a la última causal, es decir, que estén presentes los motivos del recurso de revisión, sostienen dichas Salas Reunidas que esta condición “tampoco aplica, ya que ninguna de las circunstancias previstas por el artículo 428 del Código Procesal Penal han sido invocadas por las partes recurrentes en el caso de que se trata”.<sup>35</sup>

Al momento de concluirse este ensayo, el Tribunal Constitucional no había conocido de nuevo el caso, por lo que no se puede determinar si dicho Tribunal comparte el argumento expuesto precedentemente en cuanto a los dos momentos en la estructura de la sentencia dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia a propósito del envío recibido de parte del Tribunal Constitucional como resultado de la anulación que este produjo de la Resolución No. 830-2012. Esto significa que la cuestión permanece abierta no tanto como un “choque de trenes” trágico, sino como un diálogo complejo, tenso y difícil entre la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional, como es inevitable en cualquier sistema institucional que tenga un órgano extra poder

31 Ibid.

32 Ibid.

33 Ibid., pp. 14-15.

34 Ibid., p. 15.

35 Ibid.

como es el Tribunal Constitucional que tiene la última palabra en materia de interpretación constitucional y sus decisiones sean vinculantes para todos los poderes y órganos del Estado, incluyendo el poder judicial.

## VII. CONCLUSIÓN

La disposición contenida en el artículo 184 de la Constitución de 2010, según la cual las decisiones del Tribunal Constitucional “son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”, no solo representa una innovación en la tradición jurídica y constitucional dominicana, sino que también redimensiona el principio de la supremacía constitucional y cambia radicalmente el sistema de fuentes de Derecho en la República Dominicana. Es una de las disposiciones constitucionales que está llamada a tener mayores efectos en la vida institucional del país por el papel que le asigna al Tribunal Constitucional como intérprete último de la Constitución y la capacidad que le otorga de que sus decisiones sean de acatamiento ineludible por todos los órganos estatales, incluyendo el poder judicial.

En efecto, la inclusión del artículo 277 de la Constitución estableció el vínculo indisoluble entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en virtud del cual se garantiza que el último esté subordinado al primero en materia de interpretación constitucional en un contexto institucional en el que se combina el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11 establece las normas operativas en función de las cuales se garantiza que las decisiones del Tribunal Constitucional sean vinculantes para el poder judicial.

Por la naturaleza de esta relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial, es inevitable que entre estos dos ámbitos del ordenamiento institucionales se produzcan conflictos y tensiones, a veces más agudos que en otras. No es casual que en el primer caso en el que el Tribunal Constitucional anuló una decisión de la Suprema Corte de Justicia hayan surgido disparidades de criterios y, en consecuencia, tensiones entre ambos órganos.

No es posible, y si fuese posible no sería deseable, que la relación entre el Tribunal Constitucional y los tribunales del orden judicial sea perfectamente armónica, pues se trata de instituciones habitadas por seres humanos con sus filosofías, experiencias y perspectivas que inciden en la manera de interpretar las normas constitucionales. Se espera, sin embargo, que todos los poderes públicos y órganos del Estado, incluyendo el poder judicial, sean leales a la Constitución y respeten la cláusula que dispone que las decisiones del Tribunal Constitucional “constituyen precedentes vinculantes” para ellos. En otras palabras, que la conflictividad propia de una relación entre el Tribunal Constitucio-

nal y demás órganos del sistema institucional, particularmente el poder judicial, no se interprete como validación para situarse en posición de rebeldía o desacato abierto frente al Tribunal Constitucional, pues esto traería consecuencias funestas para la vida institucional del país.

El paso del tiempo, por supuesto, permitirá que estas nuevas normas e instituciones de la Constitución de 2010 se vayan consolidando y, es de esperar, se hagan cada vez más sólidos y eficaces los principios de la supremacía constitucional y el papel del Tribunal Constitucional como intérprete y garante último de la constitucionalidad en el país.

## BIBLIOGRAFÍA

Casal Hernández, Jesús M., "Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Constitución de la República Dominicana de 2010.

Fernández, Miguel Ángel, "La sentencia del tribunal constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho", Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago: Chile, junio de 2006.

FINJUS, Constitución Comentada, 3era edición. Santo Domingo: Editora Búho, 2013

Gillman, Howard, "The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building". *Studies in America Political Development*, Vol II, Fall 1997.

Häberle, Peter, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución". *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. a.6, n.11, 2008.

Jackson, Robert H, caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

Jorge Prats, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Santo Domingo: Jus Novum, 2011.

Jorge Prats, Eduardo, "Supremo Desacato Judicial", *Hoy*, 5 de abril de 2013.

*Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920)

Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante". *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*: Santiago, Chile, 2006.

O'Brien, David M., *Constitutional Law and Politics, Volume Two, Civil Rights and Liberties*, New York: W.W. Norton & Company, 1991.

Sheth, Dilip K., "Supreme Court Decisions-Whether Always Binding?", *The Chartered Account*, Marzo 2004.

Vinaeta Medina, Ricardo Guillermo, "La aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional Peruano en la jurisprudencia nacional" (mimeo).

# Una perspectiva a la reforma del Código Penal

♦ José Lorenzo Fermín Mejía

## INTRODUCCIÓN

En este año el Código Penal vigente cumple 129 años de vigencia. En su esencia es el Código Penal que se adoptó en el 1884<sup>1</sup> y que refleja las codificaciones penales francesas del 1810 y 1832. Sus más de 200 años de historia expresan más la Francia del principio del siglo XIX que la sociedad aldeana dominicana de finales de ese siglo; menos aún, el fenómeno delictivo sofisticado y globalizado de esta época. Esa sola condición lo descalifica como una herramienta de política criminal adecuada para prevenir y reprimir la actividad delictiva de este tiempo, de ahí que su reforma se hace imperiosa.

La actual ola de reforma al Código tuvo su origen en este recinto, en octubre de 1996, cuando la Asociación de Estudiantes de Derecho de nuestra universidad organizó un evento para discutir las perspectivas de una reforma. Fruto de esta iniciativa, algunos meses más tarde, el Poder Ejecutivo designó cinco comisiones para elaborar proyectos de reformas integrales a las grandes codificaciones nacionales. Una de ellas, fue la del Código Penal, de la cual formé parte.

En este trabajo me propongo abordar los aspectos medulares del actual proyecto de reforma que reposa en el Congreso Nacional. Primeramente trataré las directrices que la inspiran y luego los aportes de forma y fondo del proyecto desde una perspectiva crítica.

---

1 “(...) El Código Penal que nos rige es del año 1832 francés, con muy ligeras reformas en la parte especial; y estamos por consiguiente, en materia penal, en el siglo XIX. En ese sentido existe una discrepancia entre el estado social y el estado jurídico de la sociedad dominicana que es preciso hacer desaparecer cuanto antes, mediante un estudio profundo y reposado de nuestra legislación penal (...)” Ramos, Leoncio, *Notas de Derecho Penal Dominicano*, Editora Punto Mágico, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, p. 58. (Negritas nuestras)

## LAS DIRECTRICES DE LA REFORMA.

Toda reforma legal para legitimarse y perdurar en el tiempo debe construirse sobre firmes presupuestos conceptuales, de lo contrario, pasaría como puro esnobismo legislativo. Consciente de esto, el proyecto de reforma tiene sus directrices claras. En ese sentido, tres grandes ejes definen la orientación de esta reforma: **a)** Reflejar de mejor modo el bloque de constitucionalidad; **b)** Racionalizar el ejercicio del derecho punitivo; y **c)** Adecuar este instrumento legal a la sociedad en que vivimos.

### **a) Reflejar de mejor modo el bloque de constitucionalidad.**

Sin temor a equivocarnos si hay un hecho que define este momento de nuestra historia es la auspiciosa irrupción de fenómenos sociales y jurídicos insospechados. Uno de ellos es el redescubrimiento de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad.

Cada día se arraiga la idea en nuestra sociedad de que no puede haber un verdadero imperio del Estado de Derecho sin que los poderes públicos, primordialmente, y después, los gobernados, se identifiquen y respeten este bloque normativo y sin que el derecho positivo refleje estos valores fundamentales. Por esto, la reforma penal propuesta persigue un mayor nivel de afinidad con todo el bloque de constitucionalidad. Precisamente por esa razón en el primer artículo del proyecto se deja sentada esta premisa, en los siguientes términos:

*Este Código reconoce y aplica los derechos fundamentales de la persona, consagrados en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso Nacional y las interpretaciones hechas a estos por los órganos jurisdiccionales competentes, sin perjuicio de otros derechos de igual naturaleza reconocidos por el derecho penal. De modo específico, en la aplicación de este código se reconocerán y aplicarán los siguientes principios fundamentales....<sup>2</sup>. (Negritas nuestras)*

Lo anterior no quiere decir que, aun en la última su versión, no puedan identificarse algunas disposiciones que pudieran resultar contrarias al bloque de constitucionalidad. Consciente de esto es que uno de los objetivos de este trabajo es identificar estas previsiones y propiciar su exclusión del texto.

Por esto, por ejemplo, sugiero que se excluya, de la última versión del proyecto, la prohibición de acoger circunstancias atenuantes que se contempla para el tipo penal previsto en el artículo 111 de su texto. Este criterio lo asumo pues ya que bien podría ser validamente considerada dicha propuesta contra-

<sup>2</sup> Artículo 1 del Proyecto de Código Penal Reformado.

ria a la total independencia que debe tener cada juzgador al momento de ejercer su delicado oficio. Obviamente que, de acogerse esta restricción propuesta, el legislador estaría, irrazonablemente, invadiendo atribuciones propias del juez, por ende, afectando su independencia y con ello, el artículo 151 de la Constitución de la República que le tutela.

### **b) Racionalizar el ejercicio del derecho punitivo.**

A la luz de uno de los preceptos fundamentales de nuestra Constitución y del pensamiento más arraigado del Derecho Penal, con la reforma se pretende hacer un ejercicio mucho más racional del poder punitivo del Estado. Por eso, en su quinto Considerando, se deja claramente establecido que:

*Que este Código se ha redactado según el criterio de que el derecho penal debe ser ejercido con estricto apego al principio de razonabilidad dispuesto en la Constitución de la República<sup>3</sup>. (Negritas nuestras)*

En este marco, el proyecto asume como uno de sus presupuestos conceptuales claves el principio de la mínima regulación, el cual implica que solo se debe acudir al Derecho Penal positivo como *última ratio*<sup>4</sup>. Así, cuando haya un atentado a un bien jurídicamente tutelado por el bloque de constitucionalidad, y solo cuando la preservación de este bien no pueda ser eficazmente lograda por ninguna otra herramienta jurídica, debe intervenir la acción punitiva del Estado en su expresión normativa. Esta racionalidad regulatoria se consagra en el proyecto sobre la base de la lesividad objetiva. Veamos.

*Las conductas que este código establece como infracciones solo serán ilícitas cuando quien las realice afecte de manera cierta a un bien jurídico<sup>5</sup>. (Negritas nuestras)*

Sobre el fundamento del anterior principio se despenalizan un conjunto de delitos penales de bagatela que no justifican una tutela punible, como la mendicidad y prácticamente todas las contravenciones previstas en el Libro IV del Código Penal vigente. Lo anterior explica el por qué la reforma tiene 137 artículos menos que los que integran el código.

3 Quinto Considerando del Proyecto de reforma del Código Penal.

4 Cornelius Prittwitz conceptualiza la última ratio de la siguiente manera: "El concepto es (tanto en el uso general del lenguaje, como en el especializado) el más unívoco de los tres aquí examinados: se traduce y se entiende como «en casos extremos, medios extremos»...según dicho principio, el Derecho penal solo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo". La insostenible situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, España, 2000, Ps.432 y 434.

5 Numeral VII, artículo 1 del Proyecto de Código Penal Reformado.

Lo ideal hubiera sido que esta "poda legislativa" hubiera sido más extensa, sin embargo reconocemos el recato que le impone al accionar legislativo las actuales corrientes populistas penales.

Lo anterior explica la errónea percepción de que los graves y sensibles problemas de inseguridad ciudadana que nos impactan están directamente ligados a dos condicionamientos normativos: Primero, al carácter supuestamente garantista que tiene el Código Procesal Penal; y, segundo, a la presunta benignidad de las penas previstas en el Código Penal.

Confieso que la Comisión Revisora que trabajó en la elaboración del proyecto realizó un arduo esfuerzo para desmitificar esta errada percepción de nuestros legisladores. Ese espíritu populista fue el que animó algunas iniciativas legislativas orientadas a incluir la castración para ciertos delitos sexuales y la consagración casi generalizada de las penas perpetuas para ciertos atentados considerados como graves. Felizmente estas intenciones no prosperaron.

El proyecto de reforma es una iniciativa posible para la actual coyuntura nacional. A través de ella se hace un uso mucho más racional del poder punitivo del Estado contenido en el Código Penal vigente, sin que en próximas reformas no se aspire a mejores estándares de racionalidad punitiva.

### **c) Adecuar este instrumento legal a la sociedad en que vivimos.**

La reforma penal pretende actualizar las bases normativas del poder punitivo del Estado. Revisar las conductas previstas en el Código para reformularlas y hacerlas mucho más armónicas con los grandes cambios que se han producido en el mundo y la sociedad es un objetivo central del proyecto. Todo en interés de garantizar un mayor nivel de eficacia y aplicabilidad a la tutela penal.

Así, es un absurdo pensar que muchas de las conductas punibles que el legislador contempló en ciertas infracciones del Código Penal reflejen la evolución social operada en dos siglos. Sin embargo, antes de crear indiscriminadamente nuevos tipos penales, se ha optado por un esfuerzo racional para, en la medida de lo posible, introducir las enmiendas necesarias sin generar traumas.

Pero, al mismo tiempo, con la reforma se introducen nuevas conductas u omisiones como tipos penales que ni remotamente pudieron ser previstas por el legislador del siglo antepasado. Esta directriz se adoptó bajo dos perspectivas: a) la revisión y actualización del contenido y alcance de las infracciones previstas en el Código Penal; y b) la consagración de otras que no existían.

Sobre estas bases, el Código Penal aspira a convertirse en una herramienta más idónea para una política criminal moderna y eficaz.

## LA REFORMA EN SU FORMA PERSIGUE SIMPLIFICAR EL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

El proyecto supera el caos estructural que caracteriza nuestro Código Penal y le brinda mayor claridad y precisión a su texto. Desde esta óptica, la propuesta representa un importante avance cualitativo para la codificación penal.

La ordenación expositiva del proyecto consta de un preámbulo y cinco libros contentivos en 349 artículos. Su estructura temática es como sigue:

*Preámbulo*

*Principios que pautan la reforma*

*Libro I Disposiciones generales*

*Libro II. Infracciones contra las personas*

*Libro III Infracciones contra los bienes y la propiedad*

*Libro IV Abusos de la Autoridad Pública, Infracciones en contra de la Autoridad del Estado, la Nación y la Confianza Pública.*

*Libro V. Disposiciones finales*

Esta estructura refleja mayor coherencia y claridad que las que tienen el Código Penal vigente. Se sistematizan más racionalmente los contenidos. Así, todos los aspectos generales relativos a la teoría de la responsabilidad, la culpabilidad, la clasificación de los tipos y sus penas, así como sus respectivas modalidades de personalización, se recogen en el Libro I, mientras que en el actual todos estos tópicos están dispersos en los cuatro libros que lo componen.

Asimismo, en el proyecto se hace otra elección temática trascendente. Mientras que en el Código vigente se prioriza la regulación de los atentados en contra de la Autoridad Pública o el Estado, en el proyecto se le otorga preferencia a los atentados en contra de las personas. Esto supone un cambio de paradigma. Las personas y sus bienes jurídicos tutelados están regulados con mayor celo que los del Estado y de la nación. Esta nueva prelación tiene un significado cultural muy relevante pues coloca a las personas en el centro de la protección penal, no ya al Estado *per se*. Al resaltar este aleccionador cambio, el autor francés Robert Badinter subraya:

*Los textos de 1810, de manera significativa, privilegiaban la defensa del Estado y el respeto de la propiedad individual. Sin descuidar la salvaguarda de las instituciones republicanas y la paz pública, sin soslayar la necesaria protección de los bienes y los cambios económicos, el nuevo Código Penal debe colocar por fin primario la defensa de la persona humana<sup>6</sup>. (Negritas nuestras)*

6 Projet de Nouveau Code Pénal, présentation par Robert Badinter; Dalloz, Paris, France, 1988. Ps. 31-32.

Por último, otro de los aciertos del proyecto es que respeta de mejor modo la técnica de redacción legislativa. Para esto se asumen dos reglas elementales en esta materia.

a) Se define primero la conducta u omisión prohibida y luego las sanciones que esta apareja. Por ejemplo, su artículo 224 reza:

*Constituye estafa el hecho de usar un falso nombre o calidad, o abusar de una calidad verdadera, o emplear maniobras fraudulentas, para engañar a otra persona, física o moral, y convencerla así, en su perjuicio o en el de algún tercero, para que entregue valores, fondos o un bien cualquiera, o brinde algún tercero, para que entregue valores, fondos o un bien cualquiera, o brinde algún servicio, o consienta un acto que opera obligación o descargo. La estafa se sanciona con las penas de uno a dos años de prisión menor y multa de tres a seis salarios<sup>7</sup>. (Negritas nuestras)*

Por el contrario, de manera muy usual, en el actual Código Penal primero se opta por fijar la sanción y después por definir precariamente el hecho incriminado.

b) Por otro lado, el proyecto procura un texto más comprensible, preciso y claro. Para lograrlo, la Academia Dominicana de la Lengua, en la persona de uno de sus miembros, el Lic. Fabio J. Guzmán Ariza, realizó invaluable aportes en esta dirección y se apresta a revisar la última versión del proyecto. Con esta revisión técnica formal, el proyecto aspira a responder a las cualidades ideales que debe tener el lenguaje normativo, según indica el propio autor Guzmán Ariza en su reciente obra *El Lenguaje de la Constitución*:

*...la norma debe ser redactada, en atención a su fuente, función y finalidad, de modo que resulte inteligible para todos. La meta esencial de la persona encargada de redactar un texto normativo es, pues, lograr que sus diversos destinatarios –funcionarios, administradores, jueces, abogados y el público en general – entiendan bien su contenido<sup>8</sup>. (Negritas nuestras)*

No quiero agotar esta parte sin dejar de hacerle una crítica al Libro V que los legisladores insertaron en la estructura de la actual versión del proyecto. Considero un grave error encuadrar los últimos seis artículos de su contenido en un libro. Abogamos porque se asuma el criterio racional que al respecto se contempla en la última versión del proyecto remitido al Congreso Nacional por la Comisión. En esa propuesta no se contempla el citado Libro V, sino que estas disposiciones finales se colocaban después del Libro IV, bajo este título.

7 Artículo 224 del Proyecto de Código Penal Reformado.

8 Guzmán, Ariza, Fabio J. *El lenguaje de la Constitución Dominicana*, Editora Judicial, República Dominicana, 2012. P. 15.

En definitiva, no tenemos la menor duda en reconocer que en cuanto a la forma el proyecto supera con creces al Código Penal vigente.

Con respecto al fondo, la propuesta pretende modernizar y racionalizar el actual Código Penal.

Como era de esperarse, los mayores aportes que tiene el proyecto son en este ámbito. Para facilitar la mejor comprensión de este punto, abordaré las bondades de los primeros cuatro libros del proyecto.

## **LIBRO I. DISPOSICIONES GENERALES. LA AUTORÍA MEDIATA IGUALARÍA AL AUTOR MATERIAL CON EL INTELECTUAL.**

El primero de los indiscutibles avances que tiene el proyecto en relación al Código Penal vigente, versa en la consagración de la autoría mediata. A tono con la dogmática y la codificación penales comparadas, el proyecto por primera vez introduce esta figura legal. Así, autor no es solo quien materialmente ejecuta la conducta penalmente censurable, sino también el que, aunque aún no haciéndolo, planifique, induzca o de manera determinante ayude a otro a realizarlo. El texto propuesto es el siguiente:

*Artículo 2. Son autores quienes realizan el hecho u omisión punible por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. Por igual, serán considerados autores: 1) Los que inducen directamente a otro u otros a perpetrarlo, o, 2) Los que ayudan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado<sup>9</sup>.  
(Negritas nuestras)*

A partir de esta nueva adopción de la autoría, a la persona que en nuestro ordenamiento penal sustantivo se le conoce como autor intelectual o cómplice, se le equiparía al autor material y, por ende, se le igualarían las sanciones a recibir. Mientras hoy la persona que planificó, pagó y colaboró activamente para la ejecución del crimen cometido por otro se considera un simple cómplice de este, y, en tal condición, recibe solo la pena inmediatamente inferior a la que se le impone a su patrocinado o mandatario, con la nueva noción ambos serían considerados como autores sujetos a igual escala de sanciones. La única diferencia consistiría en que el primero sería un autor mediato y el otro inmediato.

Este nuevo abordamiento de la autoría envía un claro y enérgico mensaje de política criminal a un fenómeno criminal que tiene tanto auge la sociedad de este tiempo como es el crimen organizado. A partir de la aprobación de esta propuesta, desaparecería la peligrosa incertidumbre que sobre este punto se ha manifestado en los últimos años en la jurisprudencia nacional. Así, mien-

<sup>9</sup> Artículo 2 del Proyecto de Código Penal Reformado.

tras en algunos tribunales del país se ha realizado una audaz y liberal aplicación de la teoría de la autoría mediata, prescindiendo de su expresa consagración legal<sup>10</sup>, por el otro, se ha censurado esta interpretación bajo el argumento de que entraña una violación al principio de legalidad penal<sup>11</sup>.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS LLEGARÍA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

Otro de los temas que suscitan modernamente un enorme interés en el debate penal comparado es este. La justificación es obvia. Hoy, a diferencia de lo que ocurría en el mundo del siglo XIX, la economía se sustenta en la interacción de personas morales o jurídicas, no entre personas físicas. Por igual, las mayores riquezas y generación de riesgos de tipo patrimonial descansan en estas entidades. Plenamente conscientes de esta imperativa realidad, la mayoría de las codificaciones penales comparadas prevén este tipo de responsabilidad. Al hacerlo, derogan el clásico principio *societas delinquere non potest* que se oponía a que así fuera.

Al valorar la iniciativa que en este orden recoge, desde su primogénita versión, el Proyecto de Reforma del Código Penal vigente, el profesor Baigún plantea:

*Teniendo en cuenta que, en la actualidad, gran parte de los delitos que más afectan a la población en su conjunto, como son los grandes ilícitos económicos y ambientales, no son cometidos por personas individuales sino por sujetos colectivos organizados, es esencial y resulta elogiable la inclusión, en el programa político criminal de un estado de derecho moderno, que incorpore la persecución de conductas de este calibre, acogiendo al mismo tiempo el sistema de la doble imputación: responsabilidad de las personas morales de una parte, y de la otra, la responsabilidad de las personas físicas en el mismo hecho ilícito<sup>12</sup>.(Negritas nuestras)*

10 Al respecto, procede reproducir el criterio que en esta tesitura asumido por primera vez nuestra Suprema Corte de Justicia cuando en ocasión de conocer un recurso de casación del caso Orlando Martínez juzgó que: "es cierto que cuando una infracción ha sido cometida por varias personas, estas no necesariamente están en la misma situación en cuanto a su participación se refiere, toda vez que pueden ser inducidas a una respuesta motivada por un impulso individual, que se efectúa en un mismo momento, no importando que su acción influya sobre otros, aun cuando esta no ha sido concertada con nadie; que también es cierto, que cuando entre los mismos individuos exista un acuerdo, una acción común, un esfuerzo conjunto, concertado, una meta, una misma intención para realizar el ilícito penal propuesto, su accionar, más que la figura de la complicidad caracteriza la figura del coautor". Por igual, cuando, adoptando similar razonamiento, varios años más tarde, el Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Duarte por sentencia No. 123-2010 de fecha 11 de noviembre de 2010.

11 En particular, lo que se recoge, por ejemplo, cuando la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Duarte, a propósito del recurso de apelación conocido del anterior referido caso referido, entendió lo contrario, según sentencia dictada el 14 de octubre de 2011.

12 Baigún, David, Dictamen, Proyecto de Código Penal de la República Dominicana, Finjus. Santo Domingo, 2003. Ps. 23 y 24.

En ese sentido, desde hace décadas varias leyes han venido en nuestro país consagrando la vigencia de esta novedosa modalidad de responsabilidad penal<sup>13</sup>.

En efecto, siguiendo, principalmente, el referente legislativo previsto en el Código Penal francés de 1994, el proyecto introduce en el actual artículo 5 de su última versión, esta clase de responsabilidad, de la siguiente manera:

*Las personas Jurídicas son penalmente responsables de las infracciones cometidas por sus órganos o representantes por cuenta suya, según lo previsto en este código. Esta responsabilidad no excluye la de cualquier persona física que tenga la calidad de autor o cómplice de los mismos hechos.*

*La responsabilidad penal de la persona jurídica podrá ser exigida aun cuando no sea posible establecer la identidad de la persona física actuante o que ésta haya fallecido o desaparecido, siempre que se pueda entender que la clase de decisión que dio lugar al delito solo estaba al alcance de quien ostente cargos o funciones de relevancia o tenga poder material para decidir las actuaciones de la persona jurídica.*

*De igual manera podrá exigirse la responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos de posterior disolución de la misma o por sustitución a otra razón social con la finalidad de eludir la persecución.*

*Cuando exista la concurrencia de personas jurídicas o pluralidad de sociedades, la responsabilidad penal podrá extenderse a la persona jurídica que mantiene el control de la que cometió el ilícito penal.*

*No queda exenta de responsabilidad penal la persona jurídica que cometa el hecho punible cuando se compruebe que ha actuado de forma dolosa, imprudente o negligente<sup>14</sup>. (Negritas nuestras)*

Como se puede advertir, el sistema de responsabilidad por el que se optó fue el dual. El que conserva la posibilidad de que una misma conducta punible comprometa simultáneamente la responsabilidad penal de la persona moral *per se* y de los directivos o representantes suyos, como al que, al mismo tiempo, obrando en su nombre o voluntad, haya incurrido en la comisión u

13 A título solo de muestra, me permito anotar que para el 1998 se aprueba la Ley No. 153-98, Ley General de Telecomunicaciones, que lo consagra. Más luego, vino la Ley No.64-00, Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, que hizo lo mismo. Y, más, recientemente, en el artículo 513 de la Ley No.479-08 sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, modificada por la Ley No. 31-11, se prevé este tipo de responsabilidad penal.

14 Artículo 5 del Proyecto de Código Penal Reformado.

omisión reprochable. Obviamente que la diferencia radica en que mientras la persona jurídica imputable podría recibir exclusivamente sanciones privativas de derechos<sup>15</sup> y pecuniarias, la persona física imputable recibiría, además, de estas sanciones, las privativas de libertad. Por igual, de manera general la propuesta asegura una más efectiva persecución de los ilícitos imputables por el amplio alcance que se prevé en sus primeros cuatro párrafos.

Ahora bien, en su último párrafo la propuesta yerra cuando pretende retener de forma homogénea la responsabilidad de la persona jurídica *per se*, sin reparar si la conducta manifestada en cada caso fuera dolosa o culposa. Decimos esto, pues esta previsión agregada a la versión original del proyecto puede crear una contradicción con los específicos tipos penales previstos en éste que diferencian muy bien si se trata de un ilícito doloso o intencional, o, en su defecto, culposo o faltivo. Por esto, sugerimos que en la revisión final que se haga del proyecto, esto se corrija, suprimiendo simplemente dicho párrafo. O, en su defecto, se agregue en su parte final el siguiente texto: "según se dispone de manera específica en cada ilícito en donde esta se retenga".

En esencia, en el proyecto se asegura la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de un número importante de tipos penales cuya concreción o tentativa punible afecta al patrimonio de otro, como la extorsión, el chantaje, la estafa, el abuso de confianza, la distracción de prenda u objeto embargado, la organización fraudulenta de la insolvencia, las falsedades y otros.

En definitiva, insertar por primera vez en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una eficaz herramienta legislativa de política criminal para la prevención y represión del creciente fenómeno del crimen económico organizado, tanto en su vertiente nacional como internacional.

## LA INDEXACIÓN DE LAS PENAS DE MULTAS, UNA PROPUESTA IMPOSTERGABLE.

Que en el Código Penal vigente se consagren penas de multas fijas es una rémora legislativa a superarse. Ni hablar de que existan aún decenas de multas de uno y dos pesos. Hoy, cuando existe una tendencia generalizada hacia la devaluación paulatina de las monedas, con mayor énfasis en los países

15 Según lo previsto en los Arts. 30 y 31 de la actual última versión del Proyecto, el catálogo de sanciones de este tipo que podría imponérsele a una persona moral infractora serían las siguientes: "Artículo 30...1. La multa; 2. Las penas complementarias, y 3. La disolución legal de la persona moral. Artículo 31. Para la aplicación de la pena de multa ante la comisión de infracciones graves o menos graves, se procederá a multiplicar por dos la cuantía que de ordinario se dispone para las personas físicas imputables ante igual infracción".

tercermundistas como el nuestro, es un contrasentido mantener penas de multas con escalas fijas, como las que desde el 1884 asume nuestro código.

Considerando esta inexorable realidad económica, el proyecto, desde su primera versión hasta la actual, propone la indexación de todas las penas de multas previstas. Para ello, las penas pecuniarias se formulan en referencia al término salario. Así, en el artículo 11 se adopta el monto del salario mínimo del sector público existente cuando se comete la infracción. Dicho texto reza:

*A menos que se disponga de otra manera, cuando este código se refiera al término "salarios", se ha de entender el monto del salario mínimo del sector público vigente al momento en que se ha cometido la infracción<sup>16</sup>. (Negritas nuestras)*

Al obrar de este modo, el proyecto refleja una tendencia que en similar dirección se viene produciendo en la legislación penal especial del país desde hace algunos años, como en la Ley General de Telecomunicaciones No.153-98.

## **¡ES TIEMPO! DEROGACIÓN LAS PENAS DE CONFINAMIENTO Y EL DESTIERRO.**

Un proyecto, que como apuntamos, tiene como directriz base la consonancia de sus principios con los del bloque de constitucionalidad no podía perpetuar sanciones que son propias de la dictadura. Las penas del confinamiento y el destierro son sanciones incompatibles con el Estado de Derecho que dice hacer suyo la Constitución de la República. Precisamente por esto en el proyecto de reforma se excluyen de su texto.

## **UN SISTEMA DE PENAS COMPLEMENTARIAS MODERNAS.**

Como era de esperarse, la reforma no podía limitarse a suprimir las añejas sanciones, sino formular una propuesta moderna de todo el sistema de sanciones. Así, propone un novedoso catálogo de penas complementarias aplicable tanto a las personas físicas responsables como a las personas morales imputables. En la mayoría de codificaciones penales comparadas existe este tipo de sanciones.

En síntesis, estas sanciones entrañan exclusivamente privaciones de derechos que puede imponer complementariamente el tribunal<sup>17</sup> a las sanciones principales.

<sup>16</sup> Artículo 11 del Proyecto de Código Penal Reformado.

<sup>17</sup> Respecto de las personas físicas responsables, los artículos 19, 24 y 29 del Proyecto contemplan las siguientes penas complementarias: La confiscación o decomiso del producto y de los bienes, objetos, y haberes procedentes directa o indirectamente de la infracción; el cierre temporal o de manera definitiva del establecimiento comercial o de la instalación envuelta directa o indirectamente en la infracción; la

Otra de las mayores innovaciones de reforma consiste instaurar un moderno sistema en donde se pueda compartir ciertas penas de prisión menor (de un año o menos) con *lapsus* de libertad del condenado. En específico, se contempla el sistema de semi-libertad, fraccionamiento de la pena y privación de libertad los fines de semana, días feriados y durante la ejecución nocturna. El régimen de aplicación de este tipo de pena amerita que al tribunal juzgador se le solicite y convenza de que hay motivos razonables y suficientes de índole familiar, laboral, de salud o educación para imponerla.

Resumiendo, en cuanto a su fondo, el Libro I del proyecto de reforma perfila un Derecho Penal sustantivo mucho más moderno, liberal, racional y posible. Decimos posible porque hubiéramos deseado, por ejemplo, que la escala de penas privativas de libertad hubiera contemplado la cuantía máxima que hoy prevé, de 30 a 40 años. Planteamos esto porque estamos convencidos que lo eficaz en política criminal no necesariamente tiene que ver con el escalamiento de las penas, sino con otras variables socio-económicas y culturales que el Estado debe asumir en sus políticas públicas. Y no menos importante, su obligación de garantizar la menor impunidad posible para los delitos de cuello blanco y la criminalidad económica, así como la ejecución efectiva de las sanciones de privación de libertad.

Ahora bien, negar la influencia que tiene el populismo penal en nuestro medio y en prácticamente todo el mundo es una quimera.

## LIBRO II. INFRACCIONES CONTRA LAS PERSONAS

Las principales reformas introducidas en esta parte del proyecto se mueven en dos direcciones. Primero, en un remozamiento de los tipos clásicos, lo que incluye, en algunos casos, dejar la estructura del tipo incólume, introduciendo solo nuevas circunstancias agravantes. Segundo, nuevos tipos propios de la modernidad y el avance de las ciencias y las tecnologías.

En aras de revestir este trabajo de la mayor actualidad y sentido críti-

---

inhabilitación temporal o de manera definitiva de la licencia de porte o tenencia de una arma de fuego; la inhabilitación temporal o definitiva para ejercer la función pública o actividad profesional o social en ocasión de la cual se cometió la infracción que da lugar a la condena; la inhabilitación temporal o definitiva de participar en los concursos y oposiciones públicas; la inhabilitación definitiva de los derechos de ciudadanía conforme lo consagra la Constitución de la República respecto a las infracciones graves en ella prevista, o, la suspensión de los siguientes derechos cívicos, civiles y de familia, en particular de los siguientes: elegir y ser elegible para los cargos que establece la Constitución, el derecho a ser testigo o perito ante cualquier tribunal y el derecho de tutela o curatela, sin que se excluya la facultad del imputado de mantener la autoridad parental de sus hijos, si obtiene previamente la autorización favorable del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes; y el trabajo de interés comunitario no remunerado por una cantidad de horas específicas.

En este tenor, me luce razonable la propuesta que hace el colectivo de mujeres para que se agregue a dichas penas, la de terapias de los hombres agresores. De suyo, ya en la última versión del Proyecto así se incluye. Mi única sugerencia, es que esta acoja, no importa el sexo, de la persona agresora.

co, en lo que sigue nos detendremos a ponderar algunas de las propuestas planteadas por los legisladores en la última versión del proyecto, aunque no fueron formuladas en el preparado por la Comisión Revisora.

## **EL HOMICIDIO ENSANCHA SUS FRONTERAS.**

Al respecto se hacen varias propuestas de remozamiento. La primera contempla la posibilidad de que se retenga este ilícito no solo cuando haya ocurrido una comisión u omisión punible, sino cuando se efectúe una comisión por omisión en el agente. La segunda se produce cuando se agregan nuevas circunstancias agravantes a las vigentes. Por ejemplo, cuando se comete el homicidio en contra de un menor, una persona que sea particularmente vulnerable en razón de su edad, enfermedad, incapacidad, deficiencia física o síquica o en estado de embarazo; cuando esta situación sea aparente o conocida por el autor o contra la víctima, querellante o actor civil, o testigo, respecto de una infracción anterior, bien para impedirle denunciarla, interponer una acción en justicia o declarar en justicia, respectivamente, bien a propósito de la acción en justicia o demanda interpuesta o testimonio prestado.

Sobre este particular me permito hacer las siguientes reflexiones. No veo justificada la crítica que sectores vinculados al colectivo de mujeres hacen a esta parte del proyecto, al sostener que el homicidio se agrava cuando el agente lo comete en contra de otra persona en razón de su género. Obviamente que cuando en el proyecto se alude al término persona, se está incluyendo tanto a la mujer como al hombre. De ahí que no veo necesario que se diga exclusivamente mujer, puesto que si se adopta este criterio sexista, se estaría excluyendo al sexo masculino, lo que entraña una discriminación injustificada que podría en el futuro ser calificada de inconstitucional.

## **EL FEMINICIDIO: UNA PROPUESTA CON SUS BEMOLES.**

La incriminación del feminicidio se recoge en la última versión del proyecto, no así en la preparada por la Comisión Revisora. En todo caso, aunque tenemos cierta reserva en cuanto a su justificación legal, de hecho esta figura estaba contemplada como una agravante del homicidio, aunque no bajo este calificativo. No obstante, consideramos que los deplorables índices de muerte de las mujeres que se registran en nuestra sociedad no se resolverán por la simple creación de un tipo penal especial.

Por otra parte, comparto la objeción que hace el colectivo de organizaciones defensoras de los derechos de la mujer al concepto que asume la actual versión del proyecto sobre el concepto de feminicidio. Esto así, porque se usa un término errado para aludirlo; se habla de femicidio cuando debió decirse feminicidio. No obstante, no comparto el alegato de que la manera como está

concebido el señalado tipo deja impune el hecho cuando un hombre haya originado la muerte a una mujer fuera de que se pretendiera o no tener una relación de pareja. Esto lo sostenemos pues el homicidio se agrava *per se*, igualándose al asesinato, cuando el agente ultime a otra persona por su sola condición de género. Por lo que, sin duda, se incrimina el hecho al margen de que entre su victimario y la víctima existiera o no una relación de pareja o se pretendiera tener.

### **EL SICARIATO: UNA PROPUESTA YA PREVISTA.**

Esta es otra propuesta legislativa que fue agregada por los legisladores en la última versión del proyecto de reforma y que no figuraba en la propuesta presentada por la Comisión Revisora. Considero que se trata de un error, toda vez que, con la consagración de la autoría mediata, se hace innecesaria esta nueva modalidad delictual. Sin dudas, esta propuesta, en el fondo, no aporta nada nuevo, renegando, por el contrario, la racionalidad que debe caracterizar la reforma.

### **EL INCESTO: UNA PROPUESTA NO JUSTIFICADA.**

Con el proyecto se ensancha este tipo penal. Se retiene sin importar los medios empleados por el imputado para la comisión e, incluso, cuando la víctima fuera mayor de edad. Lo que no luce razonable es la propuesta que algunos sectores vinculados al colectivo femenino plantean para que en esta infracción se restablezca la exclusión de libertad provisional bajo fianza. Esta restricción fue deliberadamente excluida de la versión del proyecto preparada por la Comisión Revisora pues implicaba una clara violación constitucional. En especial, al principio fundamental de la presunción de inocencia.

### **EL ACOSO SEXUAL BLINDADO.**

Este ilícito penal fue remozado por el proyecto desde su primera versión. Sobre el particular tampoco comparto la crítica que se le hace al proyecto en la incriminación que propone de este ilícito penal. Lo anterior lo sostengo, porque, contrario a lo que se sostiene, en el proyecto se redimensiona la actual constitución legal de este tipo penal. Y esto ocurre desde el momento en que considera su tipificación legal no solo cuando el agente pretenda un beneficio sexual propio sino cuando lo haga en provecho de terceros u otros.

### **EL HOMICIDIO FALLIDO DEJARÍA DE SER PREMIADO.**

El proyecto se propone cerrarle el paso a una errónea confusión que en ocasiones se ha expresado en una que otra jurisprudencia nacional, cuando irra-

zonablemente ha juzgado que cuando el agente no ha obtenido el propósito homicida sobre su víctima, se retiene solo golpes, violencias o heridas graves, según la secuela resultante. Asumiendo por este absurdo parecer, en el caso del abogado Jordi Veras, la defensa de los coimputados es del criterio que no existe una tentativa de asesinato sino simplemente de golpes y heridas que originaron una lesión permanente a la víctima.

Según la redacción que propone el artículo 120 del Proyecto, de acuerdo a ciertas circunstancias especiales del caso en concreto, estaríamos en presencia no de golpes, heridas o violencias curables en x tiempo o una lesión permanente, sino una verdadera tentativa de homicidio o de asesinato. Dicho texto, es muy claro cuando dispone:

*El tribunal puede descartar las infracciones y circunstancias agravantes señaladas en el artículo 88, y artículos 118 y 119 de este Código, para tipificar, en su lugar, la tentativa punible de homicidio intencional, simple o agravado, cuando de las circunstancias especiales del hecho punible cometido por el autor, se manifieste de modo inequívoco su intención homicida, la cual podrá evidenciarse por hechos tales como la parte del cuerpo de la víctima en donde impactaron los golpes, las heridas y las violencias graves infligidas, por la forma como se produjo la agresión, o por el tipo de arma utilizada<sup>18</sup>. (Negritas nuestras)*

Por consiguiente, con la anterior redacción se podría salvar cualquier confusión interpretativa.

## LOS EXPERIMENTOS BIOMÉDICOS O ESTUDIOS GENÉTICOS SOBRE OTRO. PROPUESTA DE ESTA ÉPOCA.

Esta propuesta constituye una de las mayores novedades del proyecto. Con ella, nuestro Derecho Penal se adecua a los más modernos avances registrados en las ciencias médicas. Ya en algunos países en vía de desarrollo se han originado casos en los que empresas farmacéuticas multinacionales han utilizado a comunidades marginadas como conejillos de indias para ensayar pruebas experimentales en el campo biomédico o genético.

Por igual, en nuestro medio, como en otros países, cada vez con mayor frecuencia, se registran prácticas abusivas de informaciones personales, sin haberse obtenido antes el consentimiento de su titular.

La mayoría de las codificaciones modernas penalizan estos nuevos tipos de atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas. Los artículos 163 y 180 del proyecto apuestan por las siguientes propuestas incriminatorias:

<sup>18</sup> Artículo 120 del Proyecto de Código Penal Reformado.

*El hecho de atentar de modo intencional contra la intimidad de la vida privada de otra persona, captando, conservando, registrando, difundiendo o transmitiendo, sin el consentimiento de esta, palabras pronunciadas a título privado o confidencial; o fijando, conservando, registrando, difundiendo o transmitiendo su imagen que está en algún lugar privado, sin su consentimiento; o por medio de cualquier otra actuación de similar objeto, se sanciona con las penas de dos a tres años de prisión menor y multa de siete a nueve salarios mínimos.”<sup>19</sup>.*

*“El hecho de hacer, de modo intencional, estudios genéticos a una persona, o de desviar de sus finalidades médicas o de investigación científica el ya hecho, o el de divulgar a otra persona las informaciones de este tipo obtenidas de una persona, sin obtener su consentimiento previo, o de aquella persona que pueda otorgarlo en su nombre, o después de que esta lo hubiese retirado o se hubiese opuesto a que hiciera, se sanciona con la pena de uno a dos años de prisión menor y multa de tres a seis salarios<sup>20</sup>.*

Salvo los contados reparos con relación a algunos de los ilícitos propuestos, las primicias de fondo que formula el proyecto de reforma fortalecerán la política criminal del Estado, poniendo nuestra codificación penal a la par de las más modernas del mundo.

### **LIBRO III. INFRACCIONES CONTRA LOS BIENES Y LA PROPIEDAD.**

Como era de suponerse, estas infracciones han sido muy impactadas por la evolución que se ha registrado modernamente en el mundo y, de manera especial, por los avances de la tecnología y las ciencias. Las siguientes propuestas tocan la mayoría de estas infracciones.

#### **LA SUSTRACCIÓN SE RACIONALIZA.**

Las principales innovaciones, planteadas al respecto, en la última versión del proyecto, van dirigidas en dos líneas.

a) Se mejora sustancialmente el alcance de este tipo; así, se caracteriza cuando se sustrae una cosa que es parcial o totalmente de otro. Esta concepción amplia cubre la sustracción de una cosa en copropiedad con otro.

b) Se proponen nuevas circunstancias capaces de agravar este tipo base y que, en su esencia, responden a la casuística de la época mejorando así

19 Artículo 163 del Proyecto de Código Penal Reformado.

20 Artículo 180 del Proyecto de Código Penal Reformado.

su eficacia. Esto sucede cuando, por ejemplo, un hecho se comete utilizando un vehículo de motor o cualquier otro medio destinado o no al transporte público de pasajeros o en un lugar destinado al acceso de un transporte de este tipo o usando cualquier tipo de máscara o en perjuicio de una víctima particularmente vulnerable o prevaleciéndose de la calidad de miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas o cuando un mismo hecho afecte a dos o más víctimas.

## LA ESTAFA SE EXTIENDE HASTA LOS SERVICIOS.

Sobre esta relevante infracción el proyecto de reforma propone importantes cambios que tocan su contenido y alcance legal<sup>21</sup> así como sus circunstancias agravantes.

Desde esta perspectiva, primero se retiene este ilícito no solo cuando, como lo dispone el texto vigente, se hace un uso de un nombre o calidad falsa o recurrido a maniobras fraudulentas para sorprender de este modo la buena fe o inteligencia de la víctima y así apropiarse dolosamente de bienes ajenos, sino también cuando se haya perpetrado mediante el abuso de un nombre o calidad verdadera.

Por igual, por primera vez se contempla que este tipo penal se caracteriza cuando, a través de cualquiera de estas modalidades fraudulentas, se obtenga, no solo la entrega de objetos, valores o actos, sino también cualquier servicio. Aquí precisamente radica la innovación de la propuesta. Se asume un carácter desmaterializado de esta y otras infracciones económicas, lo que constituye un aporte extraordinario, dada la enorme incidencia que tienen hoy los servicios en la economía moderna y el vacío legislativo que en este aspecto acusa la actual redacción de la estafa en el Código Penal.

Al extender de este modo la constitución de este ilícito se resguardan de forma más efectiva los derechos de las víctimas, que en la actualidad, al no contemplarlo el texto vigente, gozan de una irritante impunidad.

Al destacar la trascendencia de esta iniciativa, el autor francés Michel Véron, apunta:

*...el antiguo artículo 405 no le incriminaba, esta se inscribe en el movimiento contemporáneo que tiende a desmaterializar el contenido de las infracciones contra los bienes... la evolución legislativa permitirá generalizar las soluciones, sin*

21 El texto del artículo 224 del Proyecto dispone: Constituye estafa el hecho de usar un falso nombre o calidad, o abusar de una calidad verdadera, o emplear maniobras fraudulentas, para engañar a otra persona, física o moral, y convencerla así, en su perjuicio o en el de algún tercero, para que entregue valores, fondos o un bien, o brinde algún servicio, o consienta un acto que opere obligación o descargo.

La estafa se sanciona con las penas de uno a dos años de prisión menor y multa de tres a seis salarios.

*ninguna limitante y puntual y extender la infracción al aprovechamiento, no importa de cualquier prestación de servicios<sup>22</sup>. (Negritas nuestras)*

Asimismo, la propuesta incluye nuevas circunstancias agravantes para dicho tipo. De este modo, ya no solo se agravaría la estafa, cuando afecte al Estado, sino cuando afecte a personas físicas o morales, de índole privada. De este modo, se eliminaría el aspecto discriminatorio de origen trujillista que solo permitía la agravante cuando el afectado era el Estado<sup>23</sup>. Por igual, se retiene una agravante de la estafa cuando el agente ostenta la calidad de persona depositaria de la autoridad pública o encargada de algún servicio público; o cuando se produzca en perjuicio de alguna persona vulnerable, o de dos o más víctimas simultáneamente.

Indiscutiblemente que la reforma redimensiona y desmaterializa el tipo de la estafa, lo que le daría mayor eficacia a la tutela de este tipo.

## **EL ABUSO DE CONFIANZA SE LIBERA DE LOS CLÁSICOS CONTRATOS.**

Si hay un texto que luce atrapado por el tiempo es precisamente este. Para caracterizar este importantísimo ilícito penal aún se requiere que se retenga uno o varios de los contratos fiduciarios fijados limitativamente en el artículo 408 del Código Penal vigente. De modo que si la forma contractual a través de la cual se consumó o intentó perpetrar este tipo no fue un mandato, depósito, alquiler, prenda, préstamos de uso o comodato, o para un trabajo sujeto o no a remuneración, no habría abuso de confianza. Este carácter restrictivo repugna a la rica práctica contractual moderna.

**ESTO EXPLICA LA ENORME RELEVANCIA DE LA PROPUESTA DE REFORMA FORMULADA EN EL PROYECTO. ESTA INICIATIVA LIBERARÍA DE LA CAMISA DE FUERZA CONTRACTUAL QUE FIJA LA ACTUAL REDACCIÓN DEL CITADO ARTÍCULO DEL CÓDIGO PENAL. DESAPARECIENDO ESTA VETUSTA LIMITANTE, OTRAS EXPRESIONES CONTRACTUALES MODERNAS RETENDRÍAN EL ABUSO DE CONFIANZA, POR EL EJEMPLO, EL FACTORING, EL LEASING, ETC. ASIMISMO, PODRÍA RETENERSE ESTA INFRACCIÓN CUANDO EL HECHO INCRIMINADO SEA PRODUCTO DE UNA SENTENCIA O DE UNA**

22 Véron, Michel, *Droit Pénal Spécial*, 5e édition, Masson/Arman Collin, Paris, France, 1996. Ps. 208 y 209.

23 En virtud de la Ley No. 5224, del 29 de septiembre de 1959, que el régimen de facto de Trujillo introdujo un párrafo al artículo 405 del Código Penal, según la cual, cuando la estafa afecte al Estado o a sus instituciones se agravará la sanción para los imputados de este hecho.

## DISPOSICIÓN LEGAL. EL ARTÍCULO 235 DEL PROYECTO DISPONE:

*Constituye abuso de confianza el hecho de distraer en perjuicio de otra persona, valores, fondos o algún bien que le ha sido entregado antes, para que este lo devuelva, presente o haga con él un uso determinado luego...<sup>24</sup>.*

Al destacar el aporte que esta nueva propuesta supondría para la eficacia del tipo, el autor Wilfrid Jeandidier anota:

*... tiende naturalmente a la supresión de la lista de los seis contratos antes exigidos, de donde se ensancha de modo sensible ahora el campo del delito. Es posible, por la ausencia del carácter exclusivo del esquema contractual; que la remisión pueda ser el resultado de una disposición legal o de una sentencia<sup>25</sup>. (Negritas nuestras)*

## LA ORGANIZACIÓN FRAUDULENTE DE LA INSOLVENCIA, UNA HERRAMIENTA EFICAZ CONTRA EL ABUSO DE DERECHO.

Se trata de una propuesta de reforma novedosa, audaz y muy pertinente. Decimos novedosa, porque por primera vez se establecería no solo en el Código Penal, sino también en la legislación especial punitiva. Audaz, porque constituye una revolucionaria propuesta para prevenir y enfrentar el fraude y el abuso de derecho. Pertinente, porque, con su vigencia, se llenaría un vacío incriminatorio que hoy se erige en estado de impunidad que lesiona a una diversidad de víctimas.

Con esta propuesta se convierte en un ilícito penal el hecho de organizar o agravar fraudulentamente la insolvencia de una persona, no importa su constitución, física o moral, con el objetivo de defraudar los futuros derechos de su víctima o demandante.

## EL TEXTO QUE LO RECOGE DISPONE:

*Artículo 238. El hecho de que un deudor organice o agrave su insolvencia, bien aumentando el pasivo o reduciendo el activo de su patrimonio, bien ocultando o disimulando total o parcialmente sus ingresos, bien ocultando algunos de sus bienes, en ocasión de alguna demanda o condena relacionada con el patrimonio, pronunciada por un juez o tribunal de orden penal o en materia delictual, cuasidelictual o de prestaciones alimentarias, perseguida o impuesta en su contra, se sanciona con las penas de un día a dos años de prisión menor y*

<sup>24</sup> Artículo 235 del Proyecto de Código Penal Reformado.

<sup>25</sup> Jeandidier, Wilfrid, Droit Pénal des Affaires, 3e édition, Précis, Dalloz, Paris, France, 1998, P.17.

*multa de tres a seis salarios. Incurrir en iguales penas el socio o miembro directivo, de derecho o de hecho, de una persona moral que realiza a favor de esta una de las actuaciones fraudulentas definidas en el párrafo anterior*<sup>26</sup>.

Esta interesante regulación penal viene a complementar la revolucionaria figura de la inoponibilidad de la persona jurídica o levantamiento del velo corporativo contenida en el artículo 12 de la Ley de Sociedades<sup>27</sup>.

Lo anterior lo sostenemos porque con el uso abusivo de la personalidad jurídica de una sociedad comercial lo que generalmente se pretende es organizar fraudulentamente la insolvencia de alguien o eludir obligaciones con terceros a través del fraude. Mediante la incriminación del tipo penal propuesto se garantizaría la debida sanción de este hecho.

#### **LIBRO IV. ABUSOS DE LA AUTORIDAD PÚBLICA, INFRACCIONES EN CONTRA DE LA AUTORIDAD DEL ESTADO, LA NACIÓN Y LA CONFIANZA PÚBLICA.**

Si hay un tópico del actual Código Penal que deambula como una especie de pieza de museo es este. Es lamentable que esto ocurra, ya que aquí es donde no solo se preservan los más preciados bienes jurídicos del Estado, la Nación y la confianza pública, sino donde residen los verdaderos límites al ejercicio arbitrario o desmedido de los funcionarios que ejercen los poderes públicos. En esta parte del Código es donde se concretizan las regulaciones que casi en abstracto disponen, por ejemplo, el artículo 146 de la Constitución de la República y las normas especiales de la Administración Pública. La reforma hace una profunda revisión y adecuación de este importante segmento del Código.

#### **INFRACCIONES CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL.**

Este relevante tipo penal es enmarañado y benignamente incriminado en el código vigente. Su contenido es muy limitado, pues simplemente alude a los actos contrarios o atentatorios a la libertad individual, mientras premia a sus responsables al fijar solo la decorativa pena de la degradación cívica.

Por el contrario, con el proyecto de reforma, este texto obtiene mayor precisión, alcance y eficacia sancionadora. Basta leer su propuesta:

<sup>26</sup> Artículo 238 del Proyecto de Código Penal Reformado.

<sup>27</sup> El citado texto dispone: "Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando esta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. A los fines de perseguir la inoponibilidad de la personalidad jurídica se deberá aportar prueba fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad comercial como medio para alcanzar los fines expresados".

*Artículo 254. El hecho perpetrado por un funcionario o servidor público, actuando en el ejercicio o en ocasión del ejercicio, de sus funciones y fuera de los casos y plazos legales, de privar de su libertad a otra persona, sin someterla a la acción de la justicia, u ordenar o realizar de modo arbitrario cualquier acto atentatorio a la libertad individual, se sanciona con las penas de dos a tres años de prisión menor y multa de dos a cuatro salarios de los que perciba el imputado al momento de la comisión de la infracción<sup>28</sup>.*

## **ABUSOS DE AUTORIDAD DIRIGIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE TUTELA DE VERDAD.**

Lo primero que hay que apuntar sobre este ilícito es que, aunque en principio su tutela penal persigue asegurar la eficacia de la separación de los poderes públicos (como hacer respetar la autoridad de sus decisiones) con esta incriminación se arraiga el Estado de Derecho y los derechos del ciudadano frente al poder arbitrario de la Administración.

La propuesta contenida por el proyecto de reforma es valiosísima, pues en el Código Penal vigente no hay un texto con igual connotación legal. En el proyecto se prohíbe y sanciona el acto administrativo o político de un funcionario de la Administración que incumpla, obstaculice o desacate la vigencia de la ley o una sentencia irrevocable adoptada por cualquier tribunal de la República. El texto que contiene este garantista tipo penal reza:

*Artículo 261. El funcionario o servidor público que en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones obstaculice o impida la ejecución de una ley o sentencia o decisión pronunciada por un tribunal nacional con autoridad irrevocable para ser ejecutada, será sancionado con las penas de cuatro a diez años de prisión mayor y multa de cuatro a diez veces el salario que perciba el imputado al momento de la comisión de la infracción<sup>29</sup>.*

En una Administración que, a pesar de formalmente reputarse regida por la Constitución y las leyes, suele obrar de manera totalmente contraria a estas declaraciones de Derecho, es más que obvia la pertinencia de esta innovadora incriminación.

## **LA CONCUSIÓN TENDRÁ DIENTES.**

El grado de impunidad judicial que históricamente prevalece en nuestro país con relación a las infracciones ligadas a la corrupción administrativa, ha

28 Artículo 254 del Proyecto de Código Penal Reformado.

29 Artículo 261 del Proyecto de Código Penal Reformado.

hecho que los tipos penales que la sancionan (en el Código Penal vigente y la actual legislación especial complementaria) pasen inadvertidos al momento de aplicar sus previsiones. De igual forma, la imprecisión de sus formulaciones ha contribuido para que la sociedad y hasta la doctrina penal, los perciba como las infracciones menos atractivas, conocidas y aplicadas de nuestro Código Penal.

El tratamiento que la reforma le da a estos tipos se orienta a asegurar la claridad en su articulación y la eficacia en su sanción. Por eso, desde el primero de ellos, previsto como faltas al deber de probidad del administrador público (el de la concusión) esta intención comienza ha revelarse notablemente.

En efecto, mientras en el Código Penal se contempla este tipo de una manera caótica y con un sistema de sanciones suaves, en el proyecto se le da mayor claridad, sistematización, alcance y rigurosa sanción. El texto del artículo 263 establece:

*El funcionario o servidor público que reciba, exija, u ordene percibir, a título de derechos, contribuciones, tributos, tasas, comisiones, valores o fondos que sabe que no se deben, o que excedan a los que sí se deben, será sancionado con las penas de cuatro a diez años de prisión mayor y multa por un monto, de precisarse la suma envuelta en el fraude, entre diez a veinte veces la misma, y en caso de no poder precisarse, de cuatro a diez veces el salario que perciba el imputado al momento de la infracción<sup>30</sup>.*

## **EL COHECHO Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS POTENCIALIZARÍA LA PROSCRIPCIÓN CONSTITUCIONAL A LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA.**

En la versión original del proyecto de reforma se prevén sensibles cambios en el texto que en el Código Penal vigente consagra estos ilícitos. Así, mientras en el actual Código se consagra este tipo penal con una redacción oscura, de extensión restringida y con una sanción extremadamente benigna e infuncional, en la reforma se gana precisión, diafanidad, alcance y mayor penalización. El artículo 264 del proyecto dispone:

*Constituye cohecho el acto del funcionario o servidor público que de modo directo o indirecto y sin derecho para ello, prevaleciéndose de su influencia real o supuesta, solicite u otorgue, valores, comisiones, ofertas, promesas, dádivas, regalos o ventaja de cualquier índole, para cumplir o abstenerse de ejecutar una actuación consustancial con el ejercicio de su función pública, o para obtener de cualquier otra autoridad pública una decisión que sea favorable para él o para un tercero. Esta infracción se sancionará con las penas de diez a veinte*

30 Artículo 263 del Proyecto de Código Penal Reformado.

*años de prisión mayor, así como con multa cuyo monto, de precisarse la suma involucrada en el fraude, será de entre diez a veinte veces el valor de este, y de no poder precisarse, de diez a veinte veces el salario que perciba el imputado al momento de la comisión de la infracción*<sup>31</sup>.

De la propuesta cabe destacar dos aspectos. El primero, a diferencia del tipo vigente, este ilícito se retiene no solo cuando, desde el ejercicio de alguna función pública, se exigiere alguna prestación no debida a un tercero, sino también cuando se otorgue alguna prestación o ventaja de cualquier índole a otro funcionario público para obtener de este modo algún beneficio indebido para él o para un tercero. Como se advierte, no solo se incrimina de modo unilateral este hecho, sino en<sup>32</sup> su doble manifestación, es decir en la modalidad, además, del tráfico de influencia cometido por el funcionario público.

Asimismo, el tipo propuesto, conjuntamente con el anterior y los comentados a seguidas, suple el *sui generis* ilícito en contra de la corrupción administrativa previsto, por demás, como principio en el artículo 146 de la Constitución de la República. En específico, cuando en su parte introductoria y primeros dos numerales dispone:

*Se condena toda forma de corrupción en los órganos del Estado. En consecuencia: 1. Será sancionada con las penas que la ley determine, toda persona que sustraiga fondos públicos o que prevaleciéndose de sus posiciones dentro de los órganos y organismos del Estado, sus dependencias o instituciones autónomas, obtenga para sí o para terceros provecho económico; 2. De igual forma será sancionada la persona que proporcione ventajas a sus asociados, familiares, allegados, amigos o relacionados...*<sup>33</sup>.

La otra innovación que vale la pena precisar es en cuanto a su sanción. Mientras en el texto vigente, el cohecho o soborno se penaliza con la sanción de la degradación cívica; en la reforma se castiga con una pena diametralmente superior y eficaz para este tipo de atentado al erario: la pena privativa de libertad de diez a veinte años de prisión mayor. Al respecto, conviene destacar que para nuestra sorpresa, en la última versión del proyecto, se introduce una significativa enmienda en cuanto a la pena prevista. En esta se sancionaría este grave hecho de corrupción administrativa con la benigna pena de 2 a 3 años de prisión menor.

Sin duda, contar con sendos tipos penales como los propuestos en la reforma representa un avance legal efectivo en el diseño y ejecución de una

31 Artículo 264 del Proyecto de Código Penal Reformado.

32 "...para cumplir o abstenerse de ejecutar una actuación consustancial con el ejercicio de su función pública, o para obtener de cualquier otra autoridad pública una decisión que sea favorable para él o para un tercero".

33 Artículo 146 de la Constitución de la República Dominicana.

nueva política criminal para prevenir y enfrentar el flagelo de la corrupción administrativa en el país.

De ahí que, la sanción prevista para estos graves ilícitos no debe ser la recientemente sugerida en el informe preparado por la comisión especial de diputados que estudia el proyecto, de 2 a 3 años de prisión menor, sino la que originalmente se contempló, de 10 a 20 años de prisión mayor, por lo que urge la corrección. Por iguales motivos, esta crítica es extensiva para los tipos de corrupción activa y tráfico de influencia cometidos por los particulares, donde se sugiere, en el referido informe, una significativa reducción de la pena propuesta inicialmente de 4 a 10 años de prisión mayor, por la dulce pena de 1 a 2 años de prisión menor.

### **TOMA ILEGAL DE INTERESES, UNA LLAVE PARA CERRAR LA FUENTE DE IMPUNIDAD.**

La derivación y el aprovechamiento de un interés económico en el ejercicio de las funciones del servidor público constituye un novedoso tipo penal que suple un gran vacío de nuestra legislación penal. Esta práctica suele producirse con gran frecuencia en el ejercicio de cualquier función pública en el país soliendo percibir socialmente como normal.

Hoy, cuando resurge del rol regulador del Estado sobre ciertas actividades u operaciones económicas, públicas o privadas, o mixtas, este tipo de ilícito propuesto tiene una extraordinaria pertinencia.

Como se puede observar en la transcripción que a seguidas efectuamos del primero de sus artículos, se sanciona toda modalidad de toma ilegal de intereses que en el ejercicio o en ocasión de este ejercicio pueda hacer un funcionario o servidor público. A saber, artículo 265 expresa:

*El funcionario o servidor público que tome, reciba o conserve un interés económico en su provecho o de otro, de modo directo o indirecto, en una empresa u operación, o entidad pública en la cual tenga, en el momento del acto, el encargo de asegurar su administración, será sancionado con las penas de cuatro a diez años de prisión mayor y multa por un monto, de precisarse la suma envuelta en el fraude, entre diez a veinte veces la misma, y en caso de no poder precisarse, de diez a veinte veces el salario que perciba el imputado al momento de la comisión de la infracción<sup>34</sup>.*

Al resaltar el valor de este ilícito, el profesor Wilfrid Jeandidier acota:

*El delito de toma ilegal de intereses... por reacción, su criminalización es un*

34 Artículo 265 del Proyecto de Código Penal Reformado.

*regulador económico, ya que proporciona igualdad de oportunidades para accionar en contra de los titulares de la autoridad pública*<sup>35</sup>. (Negritas nuestras)

## LA SUSTRACCIÓN Y DISTRACCIÓN DE BIENES PÚBLICOS GANA AUTONOMÍA.

Por vez primera se incrimina este hecho en nuestra legislación penal<sup>36</sup>. Esto es así porque en el Código Penal vigente se castiga de manera genérica el hecho de la sustracción o de la distracción, pero no cuando cualquiera de estos hechos se produce en perjuicio de los bienes públicos. El numeral 1 del artículo 146 de la Constitución de la República, ya citado, contempla estos tipos de graves atentados al erario, aunque sujetándolo solo a las penas de la degradación cívica y la restitución de lo apropiado de manera ilícita, según lo prevé el numeral 4 de dicho canon<sup>37</sup>.

Por otro lado, el amplio alcance que entraña el hecho material punible es otro imperativo atendido en la reforma. De esta manera, no solo se prohíbe cualquier forma de sustracción o distracción, sino también, servirse, para provecho personal o de tercero, de fondos públicos. Obviamente, esta extensiva connotación material evitaría que algunas de las usuales prácticas que asume la corrupción administrativa y que en ocasiones no se encuadran en los hechos clásicos de la sustracción o la distracción, puedan tipificarse sin mayores dificultades.

Asimismo, en adición a la sanción que dispone el mencionado texto constitucional, en la propuesta del ilícito se contempla una sanción privativa de libertad y pecuniaria bastante ejemplarizante y disuasiva. Nos referimos a la pena de diez a veinte años de prisión mayor y una multa que puede oscilar entre diez y veinte veces el monto del fraude cometido, de precisarse este valor, o, en caso contrario, de igual escala, pero del salario que percibía el funcionario imputado al momento de perpetrar este hecho.

35 Jeandidier, Wilfrid. Op. Cit. P.271.

36 El innovador texto reza: "Artículo 268. El hecho cometido por un funcionario o servidor público, en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones, de sustraer, distraer o servirse para su provecho personal o de terceros, de fondos públicos, o de cualquier objeto que le haya sido entregado para su administración o preservación en razón de sus funciones, se sanciona con las penas de diez a veinte años de prisión mayor y multa por un monto, de precisarse la suma envuelta en el fraude, entre diez a veinte veces la misma, y en caso de no poder precisarse, diez a veinte veces el salario que perciba el imputado al momento de la comisión de la infracción".

37 Al glosar el indicado texto y, en especial, esta inusual previsión sancionatoria constitucional, el Dr. Olivo Rodríguez Huertas, puntualiza: "Esta parte del texto, tiene su antecedente inmediato en el artículo 102 del texto constitucional anterior, pero este resulta menos eficaz, por ser autoaplicativo, ya que al menos una de las penas a imponer figura establecida en el texto, como lo constituye la degradación cívica, y la consecuencia accesoria de la restitución de lo ilícitamente apropiado". La Constitución Comentada. 2da edición; FINJUS, P. 304.

## OBSTÁCULOS AL APODERAMIENTO DE LA JUSTICIA: UN EFICAZ RESGUARDO PARA UN SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CONFIABLE.

La presente oferta incriminatoria es también novedosa e impediría una cotidiana forma de impunidad judicial. En el caso concreto, se trata del grave hecho de obstaculizar o entorpecer el descubrimiento de la verdad en ocasión de una investigación penal. A pesar de que desde hace décadas en la mayoría de las regulaciones penales comparadas modernas constituye un atentado grave este hecho<sup>38</sup>, en la nuestra sigue soslayándose por completo.

En la propuesta se asume de dos modos<sup>39</sup>. En su vertiente ordinaria, cuando es cometido por un particular y se sujeta a la pena de dos a tres años de prisión menor y multa de siete a nueve salarios. En su expresión agravada, cometido por una autoridad pública llamada a investigar la ocurrencia de estas infracciones y se sanciona con penas de cuatro a diez años de prisión mayor y una multa equivalente de cuatro a diez veces el salario que perciba a la sazón este funcionario imputado.

En fin, este tipo penal vendría a preservar no solo la eficacia del accionar de la justicia penal sino evitar la ocurrencia de condenas injustas basadas en pruebas ilícitas aportadas deliberadamente al proceso, fruto, por ejemplo, de una anómala cadena de custodia de las pruebas a cargo.

### LA FALSEDAD SE DESMATERIALIZA.

Por último, dentro de los atentados contra la confianza pública no podemos omitir los significativos cambios que persigue la reforma al vigente texto incriminatorio de la falsedad.

38 Por ejemplo, este hecho en el derecho criminal norteamericano supone un delito muy grave. Así, por ejemplo, en el Estatuto Federal sobre Declaraciones Falsas de los Estados Unidos, contenido en el Título 18 del Código de los Estados Unidos, § 1001, dispone: "(a) Salvo que se disponga otra cosa en esta sección, el que, en cualquier asunto de la competencia del poder ejecutivo, legislativo o judicial del Gobierno de los Estados Unidos, a sabiendas y deliberadamente: (1) falsifique, oculte o cubra mediante un truco, plan o mecanismo, un hecho material; (2) haga cualquier declaración falsa, ficticia o fraudulenta o representación, o (3) produjera o utilizara cualquier escrito o documento falso sabiendo que el mismo contiene información falsa, ficticia o fraudulenta; será multado bajo este título, encarcelado no más de 5 años, si el delito esté relacionado con el terrorismo internacional o nacional (como se define en la sección 2331), encarcelado no más de 8 años, o ambos. Si el asunto se refiere a un delito tipificado en el capítulo 109A, 109B, 110, o 117, o de la sección 1591, entonces la pena de prisión impuesta bajo esta sección no debe ser superior a los 8 años".

39 El tipo base se contempla en el artículo 291 del Proyecto del Código Penal Reformado del siguiente modo: "El hecho de obstaculizar o entorpecer el descubrimiento de la verdad sobre los hechos acontecidos, modificando la escena de una infracción criminal o correccional, alterando, adulterando o haciendo desaparecer las huellas, evidencias o cualquier objeto o pieza útil, o destruyendo, sustrayendo, ocultando o alterando un documento público o privado, o un objeto que pueda facilitar el descubrimiento de un crimen o delito o la búsqueda de las evidencias o pruebas que sirvan para la absolución o condena del imputado, se sancionará con las penas de dos a tres años de prisión menor y multa de siete a nueve salarios."

A la luz de la directriz que inspira la reforma y que tiene como objetivo adecuar los tipos penales clásicos vigentes, la falsedad prevista en el proyecto se moderniza conforme a los avances registrados en las ciencias y la tecnología, mediante su desmaterialización.

De este modo, se asume como falsedad, no solo la alteración fraudulenta de un documento o escrito, sino de cualquier soporte del pensamiento. Al comentar el valor que esta liberal connotación del tipo representa en la sociedad pos industrial, los maestros Jean Larguier y Phileppe Conte nos dicen:

*De forma que, la falsedad puede hoy ser concebida sin escrito, por ejemplo sobre un documento informático, tal como un disquete, e independientemente de cualquier otro fraude informático, o todavía sobre una banda magnética<sup>40</sup>.(Negritas nuestras)*

En consecuencia, habría falsedad cuando se altere fraudulentamente un mensaje contenido en un disco compacto, una memoria USB o en cualquier plataforma o medio electrónico o virtual.

---

40 Larguier, Jean; CONTE, Philippe. Droit Pénal des Affaires. 9me édition; Armand Collin, Paris, France, 1998, P. 241.

## CONCLUSIÓN.

Al finalizar este ensayo, me permito compartir las siguientes reflexiones.

1. Si bien es cierto que la reforma penal propuesta no puede asumirse como una especie de moringa legislativa, capaz de solucionar nuestros problemas de inseguridad ciudadana, no menos cierto es que resulta perentoria dada la inequívoca obsolescencia de nuestro Código Penal.

2. El proyecto de reforma comentado no se ha formulado a la luz de las directrices que persiguen legitimarlo.

3. En la forma, la reforma planteada persigue hacer de nuestro Código Penal un texto más preciso, claro y coherente, que facilite su mejor comprensión y aplicación.

4. Respecto al fondo, la propuesta aspira a convertir nuestra principal regulación penal en una herramienta legal de política criminal eficaz, que refuerce y concretice el Estado de Derecho.

5. En fin, la reforma expuesta, no pretende ser la ideal pero sí la posible, en este preciso tiempo de nuestra vida social.

6. La reforma está llamada a enriquecerse con los aportes de todos en procura de dotar a nuestro país de un Código Penal más moderno, racional y eficiente que el actual.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. DOCTRINA

**Badinter**, Robert. *Projet de Nouveau Code Pénal*, Dalloz, Paris, France, 1988.

**Baigún**, David, *Dictamen, Proyecto de Código Penal de la República Dominicana*, Finjus, Santo Domingo, 2003.

**Guzmán Ariza**, Fabio J., *El lenguaje de la Constitución Dominicana*, Editora Judicial, República Dominicana, 2012.

**Jeandidier**, Wilfrid, *Droit Pénal des Affaires*, 3e édition, Précis, Dalloz, Paris, France, 1998.

**Larguier**, Jean; **Conte**, Philippe, *Droit Pénal des Affaires*, 9me édition, Armand Collin, Paris, France, 1998

**Prittwitz**, Cornelius, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra, Editorial Comares, Granada, España, 2000.

**Ramos**, Leoncio, *Notas de Derecho Penal Dominicano*, Editora Punto Mágico, Santo Domingo, República Dominicana, 2002.

**Véron**, Michel, *Droit Pénal Spécial*, 5e édition, Masson/ Arman Collin, Paris, France, 1996.

### II. LEGISLACIÓN VIGENTE (LEX LATA)

Código Penal de la República Dominicana.

Constitución Política de la República Dominicana, del 26 de enero de 2010.

Estatuto Federal sobre Declaraciones Falsas de los Estados Unidos, contenido en el Título 18 del Código de los Estados Unidos.

Ley No. 5224, del 29 de septiembre de 1959.

Ley No. 479-08, sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individua-

les de Responsabilidad Limitada, del 11 de diciembre de 2008, modificada por la Ley No. 31-11.

### III. LEGISLACIÓN FUTURA (LEX FERENDA)

Proyecto de Código Penal Reformado, versión enero de 2013.

### IV. JURISPRUDENCIA

Sentencia No. 123-2010 de fecha Once (11) de noviembre del 2010, dictada por el Tribunal Colegiado de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Duarte.

Sentencia No. 224-2011 de fecha Catorce (14) de octubre del 2011, Dictada por la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Duarte, San Francisco de Macorís.

Santiago, abril 2013

Una perspectiva del proyecto de nuevo Código Penal

## El derecho de autor después del DR-CAFTA

♦ Por Edwin Espinal Hernández

La entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA) el 1 de marzo de 2007, puso en vigor las modificaciones introducidas por este acuerdo en virtud de su Ley de Implementación No.424-06, del 20 de noviembre de 2006, en las leyes Nos.20-00 sobre Propiedad Industrial, 65-00 sobre Derecho de Autor, 153-98 sobre Telecomunicaciones, 173 de 1966 sobre protección a los agentes importadores de mercaderías y productos, 226-06 sobre la Dirección General de Aduanas, 6-85 sobre la Secretaría de Agricultura y el Código Procesal Penal.

Los cambios producidos en estos textos obedecen, conforme la parte motiva de la Ley No.424-06, a la necesidad de asegurar *“la plena consistencia”* entre el orden jurídico interno y los compromisos del Tratado, *“de forma que se elimine toda posibilidad de contradicción que pueda crear confusión e inseguridad jurídica para los agentes económicos y la inversión”*. En este trabajo abordaremos las transformaciones operadas en la Ley No.65-00 sobre Derecho de Autor, del 21 de agosto de 2000, las cuales, en forma general, han venido a mejorar la protección del derecho de autor y sus derechos afines.

### LA DEROGACIÓN DEL DERECHO DE RETRACTO

La entrada en vigencia del DR-CAFTA trajo consigo la desaparición del denominado derecho de retracto o de retiro de la obra del comercio, uno de los derechos morales reconocidos a los autores de creaciones intelectuales protegidas por la Ley No.65-00. La derogación expresa que de dicha facultad hace el Art.65 de la Ley No.424-06 implica que, desde el pasado 1 de marzo, el autor de una obra literaria o artística no puede retirarla de circulación ni suspender cualquier forma de utilización, aun cuando la hubiese autorizado previamente.

Así las cosas, el tercero al que un autor haya cedido todos o ciertos derechos de explotación o autorizado determinado uso de la obra, podrá continuar ejerciendo pacíficamente el derecho o el uso atribuido, sin que pueda mediar revocación o suspensión alguna. Bajo el estatuto actual, la rectificación de posiciones o el desistimiento de ideas u opiniones expresadas con anterioridad por un autor, no podrá materializarse con la revocación de la cesión de

derechos de explotación o la suspensión de la autorización que hubiese otorgado para el uso de su creación; la cláusula que en un contrato prevea tales posibilidades sería nula, por su imposibilidad legal de ejercicio.

Sin embargo, la modificación introducida no eliminó la posibilidad de que el autor pueda suspender las utilizaciones no autorizadas de la obra. En ese sentido, el Art.179 de la Ley No.65-00 permite que el titular afectado pueda solicitar al juez civil una ordenanza para la suspensión inmediata de la actividad ilegítima, especialmente la reproducción, distribución, comunicación pública o importación ilícita, según proceda, aunque en lo adelante deberá establecer la certidumbre de la infracción del derecho y constituir una garantía para evitar abusos y proteger al demandado.

## EL ESTADO COMO TITULAR DE DERECHOS DE AUTOR

El legislador no sólo ha atribuido al Estado la obligación de tutelar el derecho de autor mediante su protección administrativa, sino que también le ha conferido capacidad para su ejercicio derivado. Así, aun cuando es de principio que solamente la persona natural puede ser autor de una obra literaria o artística y consecuentemente titular originario de derechos autorales, la Ley No.65-00 reconoce que el Estado puede ejercer los mismos como titular derivado (Art.5) cuando, salvo pacto en contrario, se presumen cedidos a los organismos públicos los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por sus empleados o funcionarios, en cumplimiento de las obligaciones inherentes a sus cargos (Art.13).

Este único escenario para la explotación derivada del derecho de autor ha sido ampliado a propósito de la ratificación del DR-CAFTA, al atribuírsele la posibilidad de ser titular de derechos patrimoniales, una vez haya fallecido el autor de que se trate, si este no cuenta con herederos legales.

La Ley No.424-06 modificó en ese sentido los artículos 21 y 23 de la Ley No.65-00. La nueva redacción del Art.21 integra el texto de la parte capital del Art.23, y, al tiempo de ampliar el plazo de protección del aspecto patrimonial del derecho de autor de cincuenta a setenta años, establece que *"si no hubiese cónyuge, herederos ni causahabientes del autor, el Estado permanecerá como titular de los derechos hasta que expire el plazo de setenta años a partir de la muerte del autor"*. Hasta la entrada en vigencia del DR-CAFTA, el citado Art.23 disponía que la ausencia de cónyuge, herederos o causahabientes hacía cesar la protección de la obra y que la misma pasaba al dominio público, esto es, que podía ser utilizada de manera libre bajo cualquier forma o procedimiento, aunque respetándose la paternidad del autor y su integridad (Art.148). En esa eventualidad, al Estado le correspondía solamente garantizar tales atributos, por intermedio de las instituciones que tuviere a bien designar (Art.18).

En lo adelante, el Estado no sólo deberá velar por el respeto a los dere-

chos de paternidad e integridad de aquellas obras cuyo autores hayan fallecido sin dejar herederos, sino que también, tendrá la oportunidad de explotarlas en su contenido patrimonial, por sí o mediante cesiones o licencias de derechos, hasta que se completen los setenta años de protección y caigan en dominio público.

No obstante, en el aspecto práctico, la Ley No.424-06 dejó un asunto pendiente: la atribución de la explotación de las obras que comentamos a una entidad pública. Ya la Ley No.65-00 prevé en su Art.45 que el Estado puede conceder licencias obligatorias de traducción y reproducción de obras extranjeras, por intermedio de las entidades a las que atribuya competencia. Queda pues en manos del Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo reglamentar ese aspecto, no considerado por la Ley No.424-06.

## AUMENTO DEL PLAZO DE PROTECCIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, acuerdo internacional fundamental en materia de derecho de autor, fija como regla general, que la protección concedida en provecho de los creadores intelectuales se extenderá durante su vida y cincuenta años después de su muerte (Art. 7.1), sin perjuicio de que los Estados signatarios del mismo consagren un plazo mayor o plazos especiales para ciertas categorías de obras (Art.7.6). República Dominicana, al suscribir el Convenio en 1997, adoptó la referida disposición, especificando que el derecho de autor durante el término de cincuenta años corresponde al cónyuge superviviente, herederos y causahabientes del autor (Art.21 Ley No.65-00). Idéntico plazo atribuyó el legislador a las obras anónimas y colectivas, programas de computadoras y fotografías, así como a los titulares de derechos conexos (Arts.24, 25, 26, y 29). Excepcionalmente, las obras audiovisuales fueron protegidas por 70 años a partir de su publicación, presentación o realización (Art.27).

Esta realidad cambió desde la entrada en vigor del DR-CAFTA: a partir de entonces y en consideración a la modificación del artículo 21 de la Ley No.65-00 operada por la Ley No.424-06, se dispensa una protección post mortem autoris de 70 años, en forma genérica, respecto de todas las categorías de obras literarias y artísticas. El mismo plazo fue concedido a favor de los titulares de derechos conexos, a saber, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Art.29).

Dos consideraciones fundamentales se han planteado para la extensión de la duración del término de la protección del derecho de autor. La primera es la necesidad *"de mantener por más tiempo en la esfera del dominio del autor o sus derechohabientes el control sobre la explotación de las obras"*, si se considera, por un lado, la inversión de enormes recursos humanos, económicos y técnicos en las nuevas creaciones producto de la innovación, y por otro, la valoración como

mercancías de las obras protegidas por el derecho de autor, en el marco del comercio internacional<sup>1</sup>. Efectivamente, el incremento del mínimo convencional en dos décadas más, favorecerá que, incluso los nietos de un autor fallecido, sean retribuidos por la explotación de la obra de su causante.

En segundo lugar, el aumento de la protección mínima hará menos eficaz y frecuente la aplicación de la denominada regla del cotejo de plazos, que clarifica cuál es la legislación aplicable en los casos en que se deba dispensar protección a favor del autor de una obra<sup>2</sup>, planteando que el plazo de duración en todos los casos no excederá, en el país donde se reclama la protección, del plazo de protección que se concede a la obra en su país de origen (Art.7.8 Convenio de Berna).

La citada regla aparece transcrita en el párrafo del Art.21 de la Ley No.65-00, aunque nuestro legislador resaltó que si las leyes del país de origen de la obra acordaren una protección superior a los 70 años, regirán las disposiciones de nuestro texto legal. En ese sentido, cabe acotar que las leyes de Costa Rica y Nicaragua prevén el mismo plazo que el consignado en nuestra ley; Honduras y Guatemala, contemplan 75 años, mientras que Panamá y El Salvador 50 años. De este modo, la protección brindada a los derechos autorales sobre obras hondureñas, guatemaltecas, costarricenses y nicaragüenses en nuestro territorio, es la misma que se otorga a las obras de autores dominicanos y viceversa. El DR-CAFTA ha venido pues a uniformar, en el orden centroamericano, un aspecto clave en el derecho de autor, en provecho del intercambio cultural y económico.

## ACTUALIDAD INFORMATIVA

Al amparo de la antigua redacción del Art.33 de la Ley No.65-00, el ejercicio del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de un artículo, una fotografía, una ilustración o un comentario, referente a acontecimientos de actualidad, le era vedado a su autor si tales obras han sido publicadas previamente, en la prensa o radiodifundidas por radio o televisión, siempre y cuando no la hubiese prohibido expresamente. En otras palabras, si su autor no hacía constar, al momento de la publicación, una reserva de derechos respecto de los mismos (con la frase "Prohibida su reproducción" o utilizando el símbolo ©, por ejemplo), su uso por terceros era libre, en provecho del ejercicio del derecho a la información.

Esta excepción fue sensiblemente modificada tras la entrada en vigor del DR-CAFTA y ya sólo pueden ser reproducidos por la prensa, la radiodifu-

1 Zapata López, Fernando "Duración de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos", ponencia presentada en el Octavo Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001, p.14.

2 Zapata López, op. cit., p.12-13.

sión o la transmisión por hilo (cable) al público, en primer lugar, artículos de actualidad, relativos a la discusión de temas económicos, políticos o religiosos, previamente publicados en periódicos o colecciones periódicas y, en segundo orden, las obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, o sea, programas de televisión o radio en los que se aborden dichas temáticas. La nueva redacción del Art.33 sujeta esta posibilidad al cumplimiento de dos condiciones: a) que la reproducción o radiodifusión no se hubiese reservado expresamente en forma previa; y b) que siempre habrá de indicarse la fuente de la que se ha tomado el artículo u obra de que se trate.

Los cambios favorecen sin duda a la prensa, la radio y la televisión nacionales. En efecto, por ejemplo, ya no es posible reproducir libremente en una obra literaria las fotografías o ilustraciones publicadas en un medio periodístico, aun cuando su autor o titular no haya hecho una reserva respecto del ejercicio de ese derecho, por haber quedado excluida esa posibilidad en el renovado texto bajo citas. Del mismo modo, los editoriales, reportajes, etc., aparecidos en un periódico tampoco podrían ser reproducidos sin la autorización correspondiente, verbigracia mediante su lectura total o parcial por televisión o radio, pues para los únicos que se estableció tal liberalidad fue para los ya citados artículos de actualidad económicos, políticos o religiosos, claro, siempre y cuando ello no hubiese sido prohibido expresamente.

Por supuesto, lo anterior no quita que, respecto de los ya indicados materiales de prensa, se puedan citar los pasajes que se justifiquen, con el fin de la información ofrecida, en virtud del derecho de cita.

## ARTE PÚBLICO Y OBRAS DE ARQUITECTURA

En su conferencia "Otriedad, transitoriedad y permanencia – Las apuestas de las artes visuales dominicanas para el siglo XXI", pronunciada dentro del programa de animación y formación del XXI Concurso de Arte Eduardo León Jimenes, la crítica de arte Myrna Guerrero afirma que los espacios públicos, tales como parques, avenidas, calles, vallas publicitarias, etc., se vienen perfilando "como los nuevos espacios para el arte dominicano de hoy", pues en ellos "el artista se siente más libre para expresarse y el público más convocado a despertar, participar y reaccionar". El arte público, esto es, el que se realiza "en espacios exteriores, al alcance de la vista de los transeúntes, conductores y pasajeros", en tanto modalidad que permite "dar respuestas satisfactorias a la multiplicidad de soluciones contemporáneas", ha colocado al arte dominicano en el camino de la búsqueda de alternativas para su expresión<sup>3</sup>.

En provecho de esa innovadora corriente, la Ley No.424-06 ha introdu-

3 Guerrero, Myrna "Otriedad, transitoriedad y permanencia – Las apuestas de las artes visuales dominicanas para el siglo XXI" en "XXI Concurso de Arte Eduardo León Jimenes – catálogo de obras 2006", Grupo León Jimenes – Centro León, 2006, p.116-118.

cido una modificación que establece que las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, podrán ser reproducidas por medio de pinturas, dibujos, fotografías o fijaciones audiovisuales sólo para uso personal. El nuevo texto sustituye así la letra del Art.39 de la ley, que en su redacción inicial permitía, además de la reproducción, la distribución y la comunicación públicas de las reproducciones obtenidas, sin necesidad de obtener el consentimiento previo y por escrito del autor.

En lo adelante, el ejercicio del derecho de explotación por parte del autor de la obra únicamente se verá limitado, cuando la reproducción se realice con fines personales. De este modo, por ejemplo, las esculturas ubicadas en el boulevard de la avenida 27 de Febrero de Santo Domingo, podrán ser libremente fotografiadas, grabadas en vídeo o plasmadas en dibujos y pinturas, siempre que tales fotografías, vídeos, dibujos y pinturas no sean comercializadas. En consecuencia, si alguna de estas obras quisiera ser utilizada, verbigracia, como motivo para ilustrar una publicación, habrá de requerirse la correspondiente licencia para su reproducción. Hay que observar, no obstante, que en vista de que las limitaciones al derecho de autor son de interpretación restrictiva, la que comentamos no se extiende a las obras que se exhiben temporalmente en vías públicas, calles o plazas, como serían las fotografías de las exposiciones mostradas en las verjas del parque Independencia de Santo Domingo y el Gran Teatro del Cibao de Santiago.

Pero la modificación no alcanza solamente a obras de arte, pues dado que no se restringe su tipo, la misma considera igualmente a las obras de arquitectura. En efecto, la nueva redacción del artículo 39 permite la reproducción no autorizada y para uso personal sólo de las fachadas de obras arquitectónicas. Así las cosas, la reproducción de la imagen exterior e interior de una edificación emblemática - el renovado Monumento a los Héroes de la Restauración de Santiago de los Caballeros, por ejemplo - en postales, artículos de souvenir, como réplicas a escala, llaveros, camisetas, ceniceros, etc., comerciales para la televisión o publicidad en prensa, ameritaría de una autorización previa y escrita del arquitecto que lo diseñó, o en su defecto, de sus herederos.

Esta modificación, que se corresponde con el carácter tuitivo o protector de nuestra ley de derecho de autor, beneficiará sobremanera al arte público y a la creación arquitectónica, poniendo en manos de los creadores una provechosa fuente de recursos y un nuevo reconocimiento a su creatividad.

## **ATRIBUCIONES DE LA ONDA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES**

Una de las pocas modificaciones que introdujo la Ley de Implementación del DR-CAFTA en la Ley No.65-00, en lo que toca a la Oficina Nacional de Derecho de Autor (ONDA), es la referida a su rol como instancia administrati-

va que debe velar por el respeto a los derechos sobre la programación contenida en las señales de radiodifusión. Partiendo de la facultad que le otorga el legislador de aplicar, a petición de parte y como sanción administrativa, el cierre temporal o definitivo de establecimientos donde se haya producido una infracción al derecho de autor (Art.187, actual 197 de la Ley No.65-00 y 116 del Reglamento No.362-01, del 14 de marzo de 2001), un nuevo párrafo en el Art.132 le fija las siguientes pautas: a) las decisiones relativas a solicitudes de cierre temporal o permanente de establecimientos transmisores de señales de radio o cable no autorizadas, deberán ser otorgadas en un plazo máximo de 60 días, contado a partir de la fecha de solicitud; b) tales decisiones deben ser formuladas por escrito y estar motivadas; c) cualquier cierre deberá ser efectivo inmediatamente se emita la decisión al respecto; d) el cierre temporal deberá ser hasta por 30 días; y e) el no cesar la transmisión o retransmisión luego del cierre deberá ser considerado una violación "clasificada" bajo el literal d) del Art.105 de la Ley General de Telecomunicaciones No.153-98 del 27 de mayo de 1998. Otro párrafo ratifica la competencia de la oficina para actuar de oficio en esta materia, ya prevista en otros textos de la Ley No.65-00.

De estos cambios, resaltan, en primer orden, la fijación de un plazo particularizado, para dictaminar las solicitudes sometidas a la ONDA, requiriendo el cierre de una empresa transmisora de señales de cable o radio que resulte infractora de los derechos de terceros y, en segundo lugar, la tipificación de una falta asimilable a la prestación de servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión, licencia o inscripción, que es la que prevé el artículo ya referido de la Ley General de Telecomunicaciones.

Hasta la entrada en vigencia del DR-CAFTA, la ONDA no estaba sujeta a ningún plazo para el dictamen de resoluciones en la materia que comentamos; en ese sentido, la modificación pone de manifiesto el interés del gobierno de los Estados Unidos en que canales de televisión y empresas de cable locales sean sancionados con rapidez, ante la práctica del robo de señales originadas en su territorio.

De otro lado, debemos indicar que la continuación de la transmisión o retransmisión de señales, no obstante haberse ordenado el cierre del establecimiento infractor, no se corresponde con la falta grave, prevista en la Ley General de Telecomunicaciones; nos parece más bien que la redacción del nuevo párrafo del Art.132 no logró recoger el mandato previsto en el Anexo sobre Procedimientos y Remedios Referentes a las Transmisiones o Retransmisiones por difusión o Cable en la República Dominicana del Capítulo Quince del DR-CAFTA, que desarrolla las disposiciones contenidas en el Art.15.11 del Tratado de Libre Comercio en este ámbito y que plantea, de manera fundamental, una adecuación legislativa, a fin de que el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) quede facultado para suspender, temporalmente, las concesiones o licencias de operación que otorgue, o ambas, cuando la Oficina

Nacional de Derecho de Autor (ONDA) u otra autoridad competente determine que organismos de radiodifusión hubiesen hecho transmisiones o retransmisiones de señales, sin el permiso de los titulares de los derechos del contenido de la señal o la señal per se.

La retransmisión no autorizada de señales como tal había sido considerada por el INDOTEL como una falta administrativa leve, en atención a los artículos 103 (b) y 107 de la Ley No.153-98 y en virtud de su resolución No.012-04, del 30 de enero de 2004, al considerarla una *“clara evidencia de competencia desleal y de prácticas restrictivas a la competencia, frente a los operadores que si dan cumplimiento a los compromisos derivados del respeto al derecho de autor y a la retransmisión de señales a través de sus sistemas de cable”*.

Dado que este nivel de sanción no fue efectivo para solucionar el problema – se sancionaron entonces veinticuatro empresas de cable a pedido de la Oficina Nacional de Derecho de Autor - el INDOTEL, conforme manda el Anexo, debía aumentar los cargos por incumplimiento hasta *“un nivel efectivo”*. La consideración como una falta grave de la continuación de la transmisión o retransmisión, no obstante se haya ordenado su interrupción, apunta en ese sentido.

## DISPOSICIONES REFERIDAS A CIERTAS OBRAS

En su primigenia redacción, la Ley No.65-00 favorecía la restricción del principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual en la transmisión, por acto inter vivos, del contenido patrimonial del derecho de autor, siguiendo así la orientación de la doctrina autoralista, que plantea que dicho principio perjudica a la parte más débil de la relación, que es habitualmente el autor<sup>4</sup>. Esa limitante ha sido rota con las modificaciones introducidas por la Ley No.424-06, particularmente en las disposiciones especiales para ciertas obras de su Título Quinto, dando a las partes la oportunidad de ir en contra de los mínimos legales.

Así, el derecho de exposición pública de una obra de artes visuales, realizada en virtud de un contrato por encargo, que era conferido plenamente al contratante, en el porvenir, su ejercicio será posible *“a menos que las partes hayan dispuesto de otra manera”* (Art.55). Por otra parte, el derecho de utilización por los autores de la obra audiovisual de la parte que constituya su contribución, si el productor no la concluye en el plazo convenido o no la hace difundir en el curso de los tres años siguientes, será igualmente permitido, *“a menos que las partes hayan dispuesto de otra manera”* (Art.64, párrafo). Finalmente, en lo adelante, los coautores e intérpretes principales de una obra audiovisual conservarán el derecho de participar proporcionalmente con el productor en la remuneración equitativa que se recaude por su copia privada, siempre que

4 Lipszyc, Delia *“Derecho de autor y derechos conexos”*, Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 2001, p.274.

“no hubiesen acordado de otra manera”, sin perjuicio de los derechos exclusivos conferidos al productor (Art.67).

El reconocimiento a la libertad contractual en los contratos reglados a que hemos hecho referencia, apunta a la eventual afectación de los autores y titulares de derechos en sus negociaciones, rompiendo así el equilibrio que debe buscar la ley entre sus intereses y los de los terceros.

## EL MARCO CONTRACTUAL

Con la entrada en vigencia del DR-CAFTA, el Capítulo II del Título VI de la Ley No.65-00, contentivo de disposiciones referentes a la materia contractual autoral, integró como objeto de los contratos de cesión y licencia de derechos patrimoniales, a las interpretaciones o ejecuciones y a los fonogramas, considerando así no tan solo a las obras literarias o artísticas, sino también las prestaciones personales y técnicas de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, respectivamente. Para estos titulares de derechos conexos, no existía hasta ahora en nuestra ley autoral – salvo los artículos que versan sobre el contrato de inclusión de la obra en fonogramas – ningún texto que estableciese el marco para su relación contractual con terceros, con lo que la Ley No.424-06 salvó este olvido del legislador.

Fuera de la inserción de las interpretaciones o ejecuciones y los fonogramas en los artículos 79 a 84 de la Ley No.65-00, encontramos tres modificaciones sustanciales en este Capítulo. La primera de ellas es la sustitución de la parte capital del Art.79, en el que en lo adelante se dispone que las previsiones del título (ha de ser capítulo) se aplican siempre que las partes no hayan acordado una figura diferente al contrato para la transferencia de derechos patrimoniales (¿!). El segundo cambio relevante, aunque a nuestro juicio con una redacción igualmente confusa, es la atribución conferida al cesionario de cualquier derecho patrimonial en virtud de un contrato, especialmente de un contrato de trabajo, de ejercer el mismo en nombre del cedente (Art.83).

Finalmente, las contrataciones globales de la producción futura o el compromiso de no producir o restringir la producción futura, sólo serán nulas de pleno derecho si así lo establecieren las partes contratantes (Art.84), lo que permite a los autores y titulares de derechos un pleno dominio sobre el producto de su creatividad, sin limitaciones legales.

En definitiva, la autonomía de la voluntad o principio de libertad contractual encuentra con estos cambios una admisión irrestricta en la Ley No.65-00.

## DESAPARICIÓN DEL IN DUBIO PRO AUTORE

El Art.133 de la Ley No.65-00 consignaba en su redacción original lo siguiente: “La protección ofrecida por las disposiciones de este título a los titulares de

*derechos afines o conexos, no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas consagradas por la presente ley. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en él podrá interpretarse en menoscabo de esa protección. En caso de duda, se decidirá lo que más favorezca al autor*". Este texto, al tiempo de reproducir en su parte capital la "cláusula de salvaguarda" contenida en los Artículos Primero de la Convención sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961 (Convención de Roma), ratificada por nuestro país en virtud de la resolución No.654 de 1977 del Congreso Nacional, y 1.2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF) de 1996, adoptado por nuestro país conforme resolución No.150-03 del Congreso Nacional, del 12 de agosto de 2003, iba más allá, al disponer en su parte in fine que, en caso de duda, debía decidirse a favor del autor.

Esta norma, como bien indicó la Oficina Nacional de Derecho de Autor, al resolver sobre la homologación de tarifas de la Sociedad Dominicana de Productores Fonográficos, Inc. (SODINPRO), en su resolución No.1-04, de fecha 20 de febrero de 2004, señaló: "*se entiende en el sentido de que, si en un conflicto entre el titular del derecho de autor y el de un derecho conexo (o entre el derecho del autor y cualquiera otro previsto en la ley), existieren dudas interpretativas, éstas deben resolverse en beneficio del titular del primero; que, en consecuencia, para la aplicación del "in dubio pro auctoris" tiene que haber dudas interpretativas*". Este razonamiento de la ONDA siguió el criterio externado por la Suprema Corte de Justicia, a propósito de un idéntico principio en materia de Derecho Laboral, el *in dubio pro operario*, cuando estableció que "*para la aplicación del VIII Principio Fundamental del Código de Trabajo, que prescribe que "si hay duda en la interpretación o alcance de la ley, se decidirá en el sentido más favorable al trabajador", es necesario que se presente un conflicto de interpretación jurídica*" (Cas.9 de septiembre de 1998, B.J.1054, p.472-473).

La Ley No.424-06 eliminó el *in dubio pro autore* del Art.133, sustituyendo esa fórmula por este párrafo: "*Con el fin de garantizar que no se establezca ninguna jerarquía entre los derechos de autor, por una parte, y los derechos de los intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por otra parte, en casos en que se requiera la autorización tanto del autor de la obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma, el requerimiento de la autorización del autor no exime el requerimiento del intérprete o ejecutante o del productor, ni viceversa*".

El texto anterior no es más que la reproducción de la parte *in fine* de la declaración concertada del Art.1.2 del TOIEF - vale decir la glosa su parte capital -, y que expresa lo siguiente: "*Queda entendido que el Artículo 1.2) aclara la relación entre los derechos sobre los fonogramas en virtud del presente Tratado y el derecho de autor sobre obras incorporadas en fonogramas. Cuando fuera necesaria la autoriza-*

*ción del autor de una obra incorporada en el fonograma y un artista intérprete o ejecutante o productor propietario de los derechos sobre el fonograma, no dejará de existir la necesidad de la autorización del autor debido a que también es necesaria la autorización del artista intérprete o ejecutante del productor, y viceversa”.*

A este comentario puede agregarse además lo significado en la Guía de la Convención de Roma respecto del Artículo Primero de esta última, dado que como dijimos el Art.1.2 del TOIEF lo reproduce: *“Este artículo se limita a estipular la salvaguardia del derecho de autor. No proclama la supremacía de este último, declarando expresamente que la protección de los derechos conexos no debe ser superior ni por su contenido ni por su amplitud a la dispensada por derecho de autor. Por otro lado, el tenor mismo de algunas disposiciones de la convención demuestra que los derechos conexos no son necesariamente de categoría inferior a la de los derechos de los autores.”*

No obstante la desaparición del *in dubio pro autore*, la salvaguarda que del derecho de autor hace el Art.133 frente a los derechos conexos, se mantiene incólume. La imposibilidad de menoscabar la protección conferida a los autores de obras musicales por el hecho de que se otorgue protección a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, queda ahora explicada en el sentido de que siempre será necesario contar con la autorización de ambos para la comunicación pública de obras musicales incorporadas en fonogramas. La ONDA ya lo había expresado claramente en su precitada resolución:

*“Considerando: Que como lo aclara la Guía de la Convención de Roma, la cláusula de salvaguarda lo que quiere decir es que los derechos conexos o su extensión no pueden ser más amplios que los de los autores, mandato convencional dirigido a los legisladores nacionales para que no incluyan a favor de artistas, productores o radiodifusores derechos que no ostentan los autores, lo que no ocurre en la legislación dominicana; que por el contrario, la Ley No.65-00 consagra a favor de artistas o productores un derecho de remuneración por la comunicación pública de los fonogramas (salvo en el caso de puesta a disposición a través de transmisiones interactivas), mientras que los autores gozan de un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras, es decir, que el contenido de los derechos atribuidos a artistas y productores es en ese caso inferior a los reconocidos a los autores; que si una legislación reconoce “derechos iguales” (como aquellas que atribuyen a los productores un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus fonogramas), como ocurre en varios textos nacionales, tampoco se infringe la cláusula de salvaguarda, porque ésta lo que obliga es a que no haya una protección legal “superior”, pero no impide que sea equivalente”.*

*Considerando: Que no sería coherente con la «cláusula de salvaguardia» que, por ejemplo, la utilización de una obra por determinado medio o procedimiento fuese lícita sin el consentimiento del titular ni pago de remuneración (por ubicarse entre los casos de excepción al derecho exclusivo de explotación del autor), mientras que en las mismas*

*circunstancias, el uso de una interpretación o ejecución artística, de una producción fonográfica o de una emisión de radiodifusión, estuviera sujeta al consentimiento previo del titular del respectivo derecho y sometida, además, a una contraprestación económica; que eso no ocurre en el caso que nos ocupa, pues la cláusula de salvaguarda va dirigida a los legisladores y ninguna relación tiene con el monto de las tarifas; que de lo contrario, se castigaría sin razón a una eficaz gestión colectiva de los derechos conexos, en favor de una gestión deficiente de los derechos de los autores, si aquella debiera necesariamente seguir la suerte de las tarifas fijadas por la sociedad de gestión colectiva de los autores, si ésta a su vez mantiene tarifas mínimas o, incluso, hasta ridículas; que la misma cláusula de salvaguarda de la Convención de Roma también aparece en el TOIEF, de modo que no puede ofrecer una interpretación distinta.*

## DERECHOS CONEXOS

La Ley No.424-06 ha ampliado el haz de derechos patrimoniales de los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, al introducir disposiciones contenidas en el Tratado de la OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF). Así, ha consagrado a favor de los artistas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión: 1) de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando constituyan por sí mismas una ejecución o una interpretación radiodifundidas; 2) de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas; y 3) del original o de los ejemplares que contienen sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (Artículos 135 y 137).

La primera apunta a que el artista tendrá la facultad para consentir o no la transmisión inalámbrica de su interpretación o ejecución directa o en vivo (como lo sería la actuación de un cantante en un concierto en un recinto público), pero no así respecto de la que se realiza por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (por ejemplo, la actuación en un programa de televisión). El derecho exclusivo respecto de las segundas, en consonancia con el Art.136 de la ley, se traduce en una licencia no voluntaria, respecto de la cual se generará un derecho de remuneración.

En lo que respecta a los productores de fonogramas, el derecho exclusivo que se les confiere de autorizar o prohibir la radiodifusión o comunicación al público de sus fonogramas, rompe con la tradición en las legislaciones del sistema latino de negar su reconocimiento<sup>5</sup>, aunque el mismo es atenuado por el Art.142, que le otorga el derecho a recibir una contraprestación por el uso de sus fonogramas - limitado en lo adelante a comunicaciones no interactivas - , la cual compartirá con los artistas intérpretes o ejecutantes, aunque ya no necesariamente en partes iguales (Art.143).

<sup>5</sup> Antequera, Ricardo "Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos", Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2001, p.144.

## MEDIDAS DE OBSERVANCIA

Una mejor concreción de las sanciones en materia civil y penal, mayores facultades condenatorias para el juez apoderado, respecto del material infractor y nuevos rigorismos para la puesta en práctica de medidas cautelares, pueden considerarse como las modificaciones claves que en materia de observancia de los derechos de autor introdujo la Ley No.424-06.

La precisión de que las multas a imponerse en los procesos en esta materia serán tasadas a partir de salarios mínimos mensuales, salva la falta de especificidad temporal que acusaba el artículo 169 de la ley 65-00 respecto de dicho parámetro, mientras que la facultad otorgada al juez de fijar indemnizaciones por cada obra entre veinte mil y dos millones de pesos, ante la imposibilidad de evaluar los daños y perjuicios (Art.177, párrafo III), abandona la derogada consideración de que el monto del resarcimiento económico nunca sería inferior al mínimo de la multa establecida como sanción penal (50 salarios mínimos) en relación con cada violación.

En lo adelante, en la sentencia condenatoria que establezca la existencia de una violación, el juez ya no sólo tendrá facultad para ordenar la destrucción de los ejemplares reproducidos o empleados ilícitamente y los instrumentos utilizados para la reproducción y la publicación del dispositivo de la decisión en un periódico, sino que también podrá establecer la incautación de mercancías infractoras y de los materiales y accesorios utilizados para la comisión de la infracción, en caso de que no lo hubiesen sido previamente; la puesta, fuera de los canales comerciales, de los materiales o implementos utilizados en la fabricación o creación de mercancías ilícitas; e incluso, la donación, con fines de caridad, de las mercancías infractoras, siempre que cuente con la autorización del titular del derecho infringido (Art.183).

La solicitud para los embargos conservatorio y retentivo de ejemplares reproducidos ilícitamente, de equipos o dispositivos utilizados para la comisión del ilícito, del producido de la distribución de ejemplares ilícitos o la comunicación pública no autorizada y de los dispositivos relacionados con la elusión de medidas tecnológicas efectivas, deberá ser acompañada de evidencias que establezcan con certidumbre la inminencia de la infracción y de la prestación de una garantía que impida abusos en contra del demandado (Art.179). Idénticos requerimientos se hacen al solicitante de la suspensión de despacho de mercancías infractoras por ante la Procuraduría Fiscal competente o la Dirección General de Aduanas, amén, eventualmente, de un cargo por el almacenaje de la mercancía objeto de la medida (Art.185). A nuestro juicio, tales modificaciones, contrario a lo que se desea, disuadirían el poder recurrir a estos procedimientos. Sí hay que resaltar que el solicitante de una medida en frontera tendrá en lo sucesivo la obligación de interponer la correspondiente demanda al fondo en un plazo no mayor de diez días y no dentro de treinta días, como se estipulaba

originalmente (Art.185, párrafo IV), lo que favorece la agilización de los procesos judiciales que correspondan.

Una disposición saludable es la que manda la publicación o puesta a disposición del público de las decisiones que se rindan en esta materia (Art.168, párrafo I), lo que permitiría la conformación de una doctrina jurisprudencial autoral, que en la actualidad es incipiente.

El “velo pirata” se descorrerá en el porvenir, pues fue incluida la posibilidad de que, al dictar sentencia, el juez imponga como obligación al infractor, bajo pena de sanción, el proporcionar al titular del derecho cualquier información que posea respecto de cualquier persona involucrada en cualquier aspecto de la infracción, así como de los medios de producción o canales de distribución para los productos infractores (Art.168, párrafo III).

El juez penal adquiere también mayor competencia sancionadora, pues podrá ordenar la incautación, el decomiso y la destrucción de los materiales e implementos utilizados en la creación de la mercancía infractora, de la mercancía como tal y de todo activo y evidencia documental relacionada con la actividad ilícita (Art.173).

El fortalecimiento de tales aspectos nodales, traduce el interés del legislador de mejorar la protección de los derechos de propiedad intelectual, considerando “*el mejor interés nacional*”, como se expresa en la parte motiva de la ley y pone de manifiesto el compromiso del Estado dominicano de favorecer el comercio de bienes protegidos por el derecho de autor, al amparo de un marco jurídico disuasivo de la comisión de ilícitos en esta materia.

## LA PUESTA A DISPOSICIÓN, “NUEVA” FORMA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Todo autor de una obra literaria o artística tiene derecho a autorizar o no la comunicación pública de su creación, es decir, hacerla accesible al público por cualquier procedimiento o medio conocido. El Art.19 de la Ley No.65-00 trae entre otros actos de comunicación pública, “*el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando incorporen o constituyan obras protegidas*” (numeral 6, literal m), el cual, en el criterio de la autoralista argentina Delia Lipszyc, no es otro que el conocido también como “puesta a disposición”, en el que el público puede acceder en forma interactiva y previa solicitud, a través de la Internet, a obras protegidas por el derecho de autor<sup>6</sup>.

No obstante establecerse en forma expresa en el Art.19 y prever el mismo cualquier otra forma de difusión no referida anteriormente (numeral 6, literal i), la Ley No.424-06, en la modificación que realizó al ya citado texto legal, la

<sup>6</sup> Lipszyc, Delia “Nuevos temas en derecho de autor y derechos conexos”, Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALLIA, 2004, p.281.

integra como un nuevo procedimiento o medio para permitir la difusión de obras, clarificando que su objeto es el de permitir que *“los miembros del público puedan acceder a dichas obras en el lugar y en el momento de su preferencia”*.

Ya el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA), ratificado por nuestro país y por ende norma de derecho interno, había reconocido el derecho exclusivo de la puesta a disposición como una modalidad de comunicación pública (Art.8), de modo pues que con esta inclusión en la Ley No.65-00 no se hace otra cosa que fijar lo que era ya un asunto resuelto, eliminar, como lo hace el TODA, cualquier vacío interpretativo que pudiera existir en relación con los derechos susceptibles de aplicarse en materia de transmisiones digitales (Ficsor, Mihály: 1997: 338). En beneficio de este reconocimiento y considerando la necesidad de una protección efectiva en el ámbito digital, fueron modificadas igualmente las disposiciones referidas a las medidas tecnológicas o de autotutela, valorándose así la incidencia de los avances tecnológicos en el derecho de autor.

## LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS

Hasta la entrada en vigencia del DR-CAFTA, los denominados mecanismos de autotutela tenían un limitado tratamiento en la Ley No.65-00. Aunque se reconocía tácitamente que su transgresión abría la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a través de la jurisdicción civil (Art.177), de manera expresa se consignaban únicamente las sanciones de prisión correccional de tres meses a tres años y multa de cincuenta a mil salarios mínimos respecto de: a) la fabricación, ensamblaje, importación o venta de dispositivos, sistemas o equipos capaces de soslayar o desactivar mecanismos destinados a impedir, controlar o restringir la reproducción de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones y la recepción de programas transmitidos por las redes de telecomunicaciones; b) los actos de alteración, eliminación o elusión propiamente dichos de los medios técnicos que impidieran o limitaran su reproducción o control; y c) la supresión no autorizada de cualquier información electrónica sobre la gestión colectiva de derechos (Art.169, numerales 8,9 y 10). Tales penalidades se fundaban en la facultad reconocida al autor o titular de derechos de incorporar por sí o por terceros, mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, con el fin de impedir la comunicación, recepción, retransmisión, reproducción, modificación o alteración no autorizada (Art.19 Reglamento No.362-01, del 14 de marzo de 2001).

La Ley No.424-06 modificó profundamente esta materia, dedicándole un apartado completo, al variar el contenido del Título XIV de la Ley No.65-00 y llevando sus disposiciones a un nuevo Título XV, bajo una numeración diferente. En el novísimo renglón se abordan las prohibiciones relacionadas con medidas tecnológicas, información de gestión de derechos y señales de satélite

codificadas portadoras de programas, especificándose de manera expresa que su violación puede ser perseguida por las vías civil o penal, las dos primeras y penal, la segunda (Arts.189,192 y 195).

De otro lado, los renovados artículos 186 y 188 de la Ley No.65-00 contienen las nociones de medidas tecnológicas efectivas e información sobre gestión de derechos; la segunda ya había sido conceptualizada en su Reglamento de aplicación No.362-01, del 14 de marzo de 2001 (Art.2, numeral 17), pero no así la primera, con lo queda salvada esta indefinición. La medida tecnológica efectiva es entendida como cualquier tecnología, dispositivo o componente que controla el acceso a una materia objeto de protección, mientras que la información sobre gestión de derechos es aquella que identifica a la obra, interpretación, ejecución o fonograma y a su respectivo autor, intérprete, ejecutante o productor y sus términos y condiciones de uso.

Finalmente, y como parte de esta reestructurada concepción, la Ley No.424-06 introduce como novedad, en primer lugar, un conjunto de situaciones excepcionales en las que no se consideran ilícitas la evasión de medidas tecnológicas o la supresión o alteración de informaciones sobre gestión de derechos (Arts.187, párrafo I y 189, párrafo I), en segundo orden, el aumento de las sanciones previstas: la prisión correccional tiene como plazos imponibles de seis meses a tres años, mientras que la multa puede alcanzar desde los 50 a los 1,000 salarios mínimos mensuales.

## **Resolución núm. 11-2011 que modifica la Tasas por Servicios de la Jurisdicción Inmobiliaria**

**Dios, Patria y Libertad  
República Dominicana**

En nombre de la República

El Consejo del Poder Judicial, dicta en Cámara de Consejo la siguiente resolución:

Visto la Constitución de la República;

Visto la Ley núm. 28-11, Orgánica del Consejo del Poder Judicial;

Visto la Ley núm.108-05 de Registro Inmobiliario, promulgada en fecha 23 de marzo de 2005 y publicada en la Gaceta Oficial núm. 10316, de fecha 2 de abril de 2005 y sus Reglamentos;

Atendido, que la República Dominicana en los últimos catorce años se ha embarcado en un proceso de modernización y reforma de la Jurisdicción Inmobiliaria, por considerarse el tráfico y el crédito territorial una de las fuentes fundamentales para el desarrollo del país;

Atendido, que para la realización de esta reforma el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Estado Dominicano, han invertido recursos para mejorar la infraestructura, el capital humano, los servicios, incorporando tecnologías y sistemas con el fin de colocar el país a la vanguardia en la protección y registro de los derechos reales inmobiliarios;

Atendido, que existe la necesidad de mantener los niveles de eficien-

cia e innovar los procesos alcanzados durante la etapa de modernización y consolidación de la jurisdicción inmobiliaria;

Atendido, que la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario entró en vigencia el 4 de abril de 2007, creando el marco jurídico para la incorporación de nuevas tecnologías, teniendo como objetivos ofrecer seguridad jurídica y protección de los derechos de los ciudadanos;

Atendido, que la citada ley en su artículo 122 establece: “La facultad reglamentaria de la Suprema Corte de Justicia para dictar los reglamentos y normas complementarias requeridos para la aplicación y desarrollo de las previsiones contenidas en dicha Ley”;

Atendido, que a partir de la proclamación de la Constitución de la República el 26 de enero de 2010 y de la promulgación de la Ley núm. 28-11, Orgánica del Consejo del Poder Judicial, todas las funciones administrativas que tenía la honorable Suprema Corte de Justicia pasaron al Consejo del Poder Judicial;

Atendido, que el artículo 117 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario establece: “La Suprema Corte de Justicia establecerá las tasas por servicio que preste la jurisdicción inmobiliaria y estas serán fijadas por la vía reglamentaria. La recaudación que se obtenga será utilizada exclusivamente para el mantenimiento y la sostenibilidad de la Jurisdicción Inmobiliaria”;

Atendido, que en fecha 29 de marzo de 2007, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia dictó la Resolución núm. 622-2007, indicando los servicios susceptibles de ser tasados;

Atendido, que se hace necesario el mantenimiento de algunas de las tasas por servicios, el reajuste de otras, así como la creación de nuevas;

Por tales motivos,

RESUELVE :

**Primero:** Modifica el artículo 5 de la Resolución núm. 622-2007, del 29 de marzo de 2007, en relación a los servicios objeto de la contribución especial de tasas por servicio para que en lo sucesivo diga de la manera siguiente:

<b>Cod.</b>	<b>Servicio</b>	<b>Tasa</b>
001	Expedición de Duplicado por Pérdida del Anterior. (PRIMERA SOLICITUD)	RD\$4,000.00
002	Expedición de Duplicado por Pérdida del Anterior. (SOLICITUDES POSTERIORES)	RD\$6,500.00
003	Expedición de Certificación con Reserva de Prioridad.	RD\$5,000.00
004	Expedición de Certificación de Estatus Jurídico y Certificación de Inscripción.	RD\$500.00
005	Expedición de Certificación de Derechos Reales Accesorios.	RD\$400.00
006	Expedición de Certificación de Registro de Acreedores. (PRIMERA SOLICITUD)	RD\$500.00
007	Expedición de Certificación de Registro de Acreedores. (SOLICITUDES POSTERIORES)	RD\$4,000.00
008	Uso de datos para Georreferenciación / REP, por cada designación catastral resultante involucrada en el expediente.	RD\$400.00
009	Certificación de Derechos de Propiedad Vigentes	RD\$4,000.00
010	Certificación para Actualización Parcelaria y Registral	RD\$4,000.00
011	Inspección	RD\$2,500.00
012	Representación Digital de Parcelas Históricas (por parcela o plano)	RD\$500.00
013	Impresión documentos Sala de Consulta (hasta 5 págs)	RD\$100.00
014	Entrega de Copias Digitales en Sala de Consultas (por documento o expediente; aplica para planos)	RD\$400.00
015	Depósito Remoto (Distrito Nacional-Santo Domingo)	RD\$300.00
016	Depósito Remoto (Distrito Nacional-Localidades)	RD\$800.00

**Segundo:** La contribución por uso de datos para la georeferenciación, será percibida por cada designación catastral resultante involucrada en el expediente;

**Tercero:** Las tasas entrarán en vigencia a partir del 1ro. de enero del año dos mil doce (2012);

**Cuarto:** La presente Resolución será de aplicación obligatoria y uniforme a todos los órganos de la jurisdicción inmobiliaria;

**Quinto:** Ordena comunicar la presente Resolución al Procurador General de República, la Dirección General de la Carrera Judicial, los órganos de la Jurisdicción Inmobiliaria y sus dependencias, para fines de su cumplimiento, y publicada en la página web del poder judicial [www.poderjudicial.gov.do](http://www.poderjudicial.gov.do) y en la de la Jurisdicción Inmobiliaria [www.ji.gov.do](http://www.ji.gov.do) para su general conocimiento.

Así ha sido hecho por el Consejo del Poder Judicial, en Cámara de Consejo, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, Capital de la República, el miércoles 14 de diciembre de 2011, años 168° de la Independencia y 149° de la Restauración.

Jorge A. Subero Isa  
Dulce María Rodríguez de Goris  
Samuel Arias Arzeno  
Francisco Arias Valera  
Elías Santini Perera

Edgar Torres Reynoso  
**Secretario General**

Nos., Secretario General, certifico que la presente resolución ha sido dada y firmada por los consejeros que figuran como signatarios más arriba, el mismo día, mes y año en él expresados.-

Edgar Torres Reynoso  
Secretario General.

# Inadmisibilidad del recurso de casación por el valor envuelto

## COMENTARIO DE SENTENCIA

❖ *Autor Julio Miguel Castaños Guzmán*  
*Director del Departamento de Ciencias Jurídicas*  
PUCMM-CSTA

Sentencia de la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de fecha 30 de enero de 2013.

## DATOS DE LA SENTENCIA

### RECURRENTE PROPONENTE DEL ASUNTO COMENTADO:

La Colonial de Seguros, S. A.

**Abogados:** Licdos. José Pérez Gómez y Olivo Rodríguez Huertas.

**Recurrida:** Yeimi Elizabeth Adón De La Cruz

**Abogado:** Licdo. Elidio Familia Moreta

**Fecha:** 30 Enero de 2013

**Sentencia Impugnada:** Sentencia civil núm. 031, de fecha 10 de febrero de 2010, dictada por la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Santo Domingo.

**Materia:** Civil.

## INTRODUCCIÓN

La Ley sobre Procedimiento de Casación No. 3726 de 1953, G.O.7646.5, antes de ser objeto de la última modificación por la Ley No. 491-08, establecía en su Artículo 5 la forma cómo, en material civil y comercial, se interpondría el Recurso de Casación. No establecía ningún límite, como condición de admisibilidad del mismo, en cuanto a la cuantía o valores envueltos en el litigio.

Con las modificaciones introducidas por la señalada Ley No. 491-08, se limitó el derecho a ejercer dicho recurso en las materias señaladas, a que el valor envuelto en el litigio sobrepase el monto de 200 salarios mínimos del

más alto establecido para el sector privado, al momento de la interposición del recurso.

La Casación está concebida como el medio, de exclusiva competencia del máximo tribunal de justicia, de facilitar a la Corte de Casación alcanzar sus fines institucionales, los cuales se enfocan en la garantía judicial para que la justicia sea practicada por los jueces en estricta sujeción a la Ley. Hábita cuenta de que su rol, que igualmente le corresponde a cada juez al momento de hacer la justicia solicitada, le está reservado al más alto tribunal en un sentido distinto al de los demás órganos judiciales cuya labor consiste en dirimir el conflicto entre las partes, ya que la suprema jurisdicción se ocupa de evaluar la regularidad o no de los fallos de las jurisdicciones inferiores con relación a la norma jurídica.

Los fines institucionales de la Corte de Casación no son otros que los de controlar que los fallos emanados de las jurisdicciones de fondo sean respetuosos de la ley, sean evacuados en estricto respeto a las normas. Y además, dictar las interpretaciones a las leyes en aras de mantener la unidad de criterios en todo el sistema: **la unidad de la jurisprudencia nacional.**

Estos objetivos del alto tribunal resultan esenciales para el buen funcionamiento de nuestro sistema jurídico. Los tribunales de justicia, los jueces, están en la obligación de dirimir el conflicto mediante la comprobación de los hechos de la causa y la aplicación del derecho a estos hechos, de manera concreta y acorde con las orientaciones ajustadas a la lógica del sistema jurídico. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia en funciones de Corte de Casación, verificar si el comportamiento de los jueces del fondo se ajustan a la misma. Y, mediante sus interpretaciones a las normas, dar importantes orientaciones que sirven para construir la seguridad jurídica en un sistema de derecho escrito.

La modificación a la Ley sobre Procedimiento de Casación realizada por la Ley No. 491-08 objeto de este comentario, trajo consigo desde el mismo instante de ser del conocimiento de la sociedad, debates e inconformidades entre los abogados y estudiosos del derecho. Para todos nos resultaba extraño, que en la materia civil y comercial se limitase de una manera tan exagerada el ejercicio del Recurso de Casación. Luego, de los debates académicos escenificados en la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA MADRE Y MAESTRA, por los profesores y estudiantes de derecho, llegamos a la conclusión de que se trataba de un mecanismo de liberar del enorme cúmulo de trabajo acumulado que estaba enfrentando la Cámara Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia.

Algunos sostuvieron la tesis de que este requisito de admisibilidad del Recurso de Casación a un valor envuelto de 200 salarios mínimos, era atentatorio a la Constitución de la República. Con el paso del tiempo, y la revisión reflexiva, sosegada y profunda de estas inquietudes, nos encontramos hoy con una definición judicial del tema por la propia alta corte competente. La Suprema Corte de Justicia, en su decisión de fecha 30 de enero de 2013 que pasamos

a comentar, declaró conforme a la constitución la citada modificación a la Ley sobre Procedimiento de Casación.

## RESUMEN DE LA DECISIÓN

### a) Medios propuestos por el recurrente:

“Considerando, que la recurrente, La Colonial de Seguros, S. A. **propone en su memorial la inconstitucionalidad del artículo 5, párrafo II, de la ley sobre procedimiento de casación modificada por la ley 491- 08**, y, posteriormente los siguientes medios de casación: **“Primer Medio:** Violación al artículo 141 del Código de Procedimiento Civil. Ausencia de Motivación de las indemnizaciones. **Segundo Medio:** Violación al artículo 1384. Errónea apreciación de la falta. Falta de la víctima. **Tercer Medio:** La condenación solidaria al pago de las costas es incompatible en nuestro ordenamiento jurídico”;

### b) Planteamientos de la recurrente:

“Considerando, que en efecto, La Colonial de Seguros, S. A. alega en sustento de la excepción de inconstitucionalidad planteada, en síntesis, lo siguiente: que el legislador solo impuso un límite en cuantía condenatoria de 200 salarios mínimos del más alto del sector privado, sin estipular otras causales bajo las cuales pudiera ser admitido el recurso en caso de que no llegase la cuantía de la sentencia condenatoria al mínimo estipulado; que resulta preciso recordar que tanto la Constitución, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, intentan proteger derechos que sean prácticos y efectivos, los cuales abarca (sic) el derecho a un juicio justo como parte fundamental en una sociedad democrática; que los recursos –sigue alegando dicha recurrente- han de ser accesibles sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho, de modo que si existen tales complejidades, el derecho al acceso a los mismos podría verse contravenido por la existencia de un impedimento legal de esa índole; que no obstante, es permitido establecer límites por la ley al acceso a los recursos contra sentencias desfavorables, tales límites han de ser razonables **respetando plenamente su contenido esencial**, para evitar que los mismos se tornen ilusorios; que si bien –continúa alegando la recurrente- un legislador no estaba en la obligación de crear Cortes de Apelaciones (sic) o de Casación, pero si estos existen, **existe una obligación esencial de garantizar el acceso a estos recursos de modo que las partes implicadas puedan estatuir sobre las contestaciones de lugar; que la recurrente ven restringido su derecho o reducido su acceso al recurso de casación hasta tal punto, que afecta la esencia misma del recurso de casación, la unidad jurisprudencial y evitar perjuicios a las partes por una sentencia**

**inferior;** que un criterio económico no resulta suficiente ni razonable para determinar que solo las sentencias de menor cuantía de lo permitido por la norma impugnada serán recurridas con el solo motivo de abusar del uso del recurso en cuestión, lo cual carece de fundamento, de modo que, no existe justificación del legislativo de prever un límite por cuantía como único medio de determinar la admisibilidad del recurso; que en consecuencia, la actuación del legislador afectan los derechos a la tutela judicial efectiva de acceder a los recursos y sus garantías judiciales, a propósito de la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Constitución; que además, -y así concluyen los alegatos de la recurrente la medida del legislativo no solo resulta inconstitucional por acción, sino por omisión de negación, ya que si bien ha adoptado por ley fijar límites a los recursos, en especial al recurso de casación, el legislador adoptó una decisión sobre los recursos acorde a la constitución, (sic) pero lo hizo desarrollando la norma de manera parcial sin regular los puntos esenciales como serán las causales de revisión por casación a las sentencias que no alcancen la cuantía mínima”;

c) Observaciones de la Suprema Corte de Justicia:

**INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 69 Y EL PÁRRAFO III DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN. RANGO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A RECURRIR ANTE UN TRIBUNAL SUPERIOR: NÚCLEO DURO DEL DERECHO FUNDAMENTAL.**

“Considerando, que, se impone seguidamente pasar por el tamiz de la Constitución el texto del artículo 5, párrafo II, literal c) de la ley sobre procedimiento de casación, modificada por la ley 491-08, argüido de inconstitucional para verificar si el mismo se incardina o no dentro de los estándares que le permitan ser conforme y congruente con nuestro Pacto Fundamental. En esa línea discursiva, es menester destacar que la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, recogió en el artículo 69 toda una atalaya garantista como manifestación de lo que se ha venido en llamar debido proceso y tutela judicial efectiva, cuyo texto, en su numeral 9) y para lo que aquí importa, reconoce como un derecho fundamental, el derecho de que toda sentencia pueda ser recurrida de conformidad con la ley. **El contenido del artículo precitado no puede ser interpretado de manera aislada, sino en concordancia práctica con el párrafo III del artículo 149 de la Carta Sustantiva, el cual dispone lo siguiente: “Toda decisión emanada de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior, sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes”.** La exégesis del texto en comento no deja lugar a dudas sobre que los Asambleístas quisieron elevar a rango constitucional el derecho al recur-

so, derecho este que al estar establecido ya en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, formaba parte del bloque de constitucionalidad, y por consiguiente, tenía y tiene jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 74.3 de la actual Constitución, **pero dichos Asambleístas revisores de la Constitución, delegaron en el legislador ordinario la posibilidad de limitar o suprimir el "derecho a algunos recursos", o establecer excepciones para su ejercicio, cuya reserva de ley que se destila del indicado párrafo III del artículo 149 estaría permitida solamente si el legislador ordinario respeta el contenido esencial del derecho a recurrir, es decir el núcleo duro de dicho derecho fundamental, el cual sería indisponible para el legislador, ese núcleo duro sería entonces el "derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior", que no puede ser totalmente cerrado por el legislador, pues en ese caso deformaría el núcleo sustancial exceptuado a la actuación del legislador ordinario;** ahora bien, los derechos fundamentales también tienen una parte periférica que puede ser afectable por la actuación del legislativo, como sería el caso de cerrar ciertos recursos por motivo de razonabilidad y permitir el ejercicio de otros, es decir, que el legislador debe siempre garantizar una vía impugnativa al condenado para respetar el núcleo mínimo del derecho que es objeto de examen, reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y por nuestra Constitución, para que la ley sea conforme con la Carta Sustantiva de la nación y con los artículos 8.2 h del Pacto de San José, y 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos".

### **CONFIGURACIÓN LEGAL Y NO CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE CASACIÓN: EL LEGISLADOR NO ESTÁ OBLIGADO A GARANTIZAR LA EXISTENCIA DE UN GRADO CASACIONAL.**

"...No hay dudas entonces, en los términos de la redacción del artículo 149 párrafo III de la Constitución, que el recurso de casación es de configuración legal; por consiguiente, la fijación por parte del legislador ordinario de una determinada suma mínima como cuantía requerida para la admisión del recurso de carácter restrictivo para acceder al mismo no contraviene el contenido esencial del derecho al recurso, ni tampoco vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva ni el debido proceso, en tanto que, **el legislador no está obligado a garantizar la existencia de un grado casacional**, pues el recurso de casación civil opera generalmente después de haber recaído dos sentencias, en primera y en segunda instancia, que es donde efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico se garantiza el derecho al recurso; importa destacar, que en materia civil, en nuestro sistema recursivo, en principio se ha establecido la doble instancia, que permite que un tribunal distinto a aquél que decidió el asunto en un primer momento, revise tanto los hechos dados por

ciertos, como el derecho aplicado por éste último, dicho en otros términos, dos oportunidades para hacer un juicio; dos veces se dice cuáles son los hechos probados y en dos oportunidades se dice cuál es la consecuencia jurídica que se desprende de ellos, ese sistema, como se observa, protégé intensamente la garantía del debido proceso y ofrece más certeza que el sistema de pura revisión del derecho. En esa línea de pensamiento, y como hemos dicho en otras sentencias, el constituyente delegó en el legislador ordinario la posibilidad de modular, limitar y matizar el ejercicio de dicho recurso, esto es, regular su procedimiento y el de suprimirlo cuantas veces lo entienda compatible con la naturaleza del asunto; todavía más, y, en uso de esa delegación otorgada por la Constitución del Estado, puede establecer o no dicho recurso contra determinadas resoluciones judiciales, así como, configurada su existencia, definir y reglamentar su régimen jurídico; ello revela que el legislador al modular y establecer el recurso de casación civil puede válidamente determinar las sentencias recurribles por esa vía impugnativa y además, como lo hizo con la ley hoy atacada de inconstitucionalidad, disponer un monto mínimo que deben alcanzar las condenaciones establecidas en la sentencia impugnada como requisito para aperturar su ejercicio, sin que con ello incurra, como lo alega la recurrente, en una omisión constitucional, pues dicha limitación para el ejercicio de dicho recurso no vacía de contenido el mandato que le atribuye el constituyente al legislador ordinario en el sentido de que si bien “toda decisión emanada de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior”, dicho recurso debe estar “sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes”, de manera pues, que la restricción que se deriva del artículo 5, párrafo II, literal c) de la ley sobre procedimiento de casación modificada por la ley 491-08, encuentra hospedaje y techo jurídico en el reiteradamente citado artículo 149 párrafo III de la Constitución”;

### **CONCLUSIONES DE LA SCJ**

“Considerando, que, luego de analizar el artículo 5, párrafo II, literal c) de la ley sobre procedimiento de casación modificada por la ley 491-08, bajo el prisma del bloque de constitucionalidad, el cual no sería ocioso repetir que establece que: “no se podrá interponer recurso de casación contra las sentencias que contengan condenaciones que no excedan la cuantía de doscientos (200) salarios mínimos del más alto establecido para el sector privado, vigente al momento en que se interponga el recurso”; concluimos que el mismo es conforme y congruente con el párrafo III del artículo 149 de la Constitución de la República, con el artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también pacto de San José y el 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; por consiguiente, procede rechazar la excepción de inconstitucionalidad formulada por la recurrente, por las razones precedentemente aludidas”;

## LEGISLACION APLICABLE

Los textos constitucionales y legales directamente involucrados en el tema que nos ocupa, son los que definen el rol de la Suprema Corte de Justicia y el alcance del Recurso de Casación, en nuestro derecho positivo. Son los siguientes:

### **Constitución de la República**

Artículo 149.- Poder Judicial. La justicia se administra gratuitamente, en nombre de la República, por el Poder Judicial. Este poder se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por esta Constitución y por las leyes.

Párrafo I.- La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley. El Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria.

Párrafo II.- Los tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes.

Párrafo III.- Toda decisión emanada de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior, sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes.

Artículo 154.- Atribuciones. Corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley:

2) Conocer de los recursos de casación de conformidad con la ley;

Artículo 152.- Integración. La Suprema Corte de Justicia es el órgano jurisdiccional superior de todos los organismos judiciales. Estará integrada por no menos de dieciséis jueces y podrá reunirse, deliberar y fallar válidamente con el quórum determinado por la ley que establece su organización. Estará dividida en salas, de conformidad con la ley.

## LEY NO. 3726 SOBRE PROCEDIMIENTO DE CASACIÓN

ARTICULO 1.- La Suprema Corte de Justicia, decide, como Corte de Casación, si la Ley ha sido bien o mal aplicada en los fallos en última o en única instancia pronunciados por los tribunales del orden judicial. Admite o desestima los medios en que se basa el recurso, pero sin conocer en ningún caso del fondo del asunto.

ARTICULO 2.- Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia nacional.

## PRECEDENTES JUDICIALES

Resulta de nuestra investigación importante resaltar, que la posición asumida por nuestro más alto tribunal de justicia, en realidad se ajusta a la línea jurisprudencial desarrollada en el pasado por la propia alta corte, al amparo de la Constitución de la República vigente para la época. De tal suerte, que los mismos criterios aplicados para resolver las pretensiones de inconstitucionalidad de la Ley No. 491-08, fueron los que sirvieron para resolver los planteamientos de inconstitucionalidad de las limitaciones para el ejercicio del derecho a recurrir en apelación y casación en materia laboral.

**RECURSOS DE APELACIÓN O CASACION: LIMITACIONES A SU EJERCICIO: el artículo 71, ordinal primero de la Constitución, no prohíbe, en modo alguno, que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera, no sea susceptible de determinado recurso o de ningún recurso.- CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 619 Y 641 DEL CODIGO DE TRABAJO.**

“Considerando, que el artículo 71, ordinal primero de la Constitución, no prohíbe, en modo alguno, que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera, no sea susceptible de determinado recurso o de ningún recurso; que las sentencias originadas en demandas cuya cuantía sea inferior a diez salarios mínimos, en la materia de que se trata, está sometida a reglas de procedimiento que deben cumplirse previamente por las partes en conflicto, las que les da oportunidad de hacer valer todos sus derechos y ejercer en la instancia sus medios de defensa, que además, es a falta de llegar a un acuerdo o conciliación en el procedimiento preliminar al conocimiento de la demanda en juicio, de conformidad con lo que establecen los artículos 516 y siguientes del Código de Trabajo y en el cual también deben cumplirse reglas de procedimiento, que aseguran y permiten a las partes ejercer todos sus derechos y pronunciar la decisión correspondiente; que en tales condiciones resulta erróneo sostener que los artículos 619 y 641 del Código de trabajo son inconstitucionales, por lo que el primer medio del recurso carece de fundamento y debe ser desestimado”.

26 de Noviembre de 1997

Boletín Judicial No.1044 página 306

Materia Laboral.

### EN ESTE MISMO SENTIDO:

Sentencia de la SCJ del 18 de Agosto del 1999.

Boletín Judicial No.1065.581. Volumen II.

Sentencia No. 17.

Materia Laboral.

Sentencia de fecha 17 de diciembre de 1997

Boletín Judicial No. 1045 página 529.

Materia Laboral.

**CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 641 DEL CODIGO DE TRABAJO. RESULTA ERRÓNEO SOSTENER QUE EL ARTÍCULO 641 DEL CÓDIGO DE TRABAJO SEA INCONSTITUCIONAL.**

“El artículo 71, ordinal 1ro. de la Constitución, no prohíbe en modo alguno que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera, no sea susceptible de determinado recurso o de ningún recurso; que las demandas que culminan en sentencias que impongan condenaciones que no excedan a 20 salarios mínimos, en la materia de que se trata, están sometidas a reglas de procedimiento que deben cumplirse previamente por las partes en conflictos, las que les dan la oportunidad de hacer valer todos sus derechos y ejercer en la instancia de sus medios de defensa”;

Sentencia de la SCJ de fecha 20 de mayo de 1998.

Boletín Judicial No.1050 Página 487. Volumen II.

Materia: Laboral

**EN ESTE MISMO SENTIDO:**

Sentencia del 18 de Agosto de 1999.

Boletín Judicial No.1065 página 581. Volumen II.

Sentencia No. 17

Boletín Judicial No. 1065 página 663. Volumen II.

Sentencia No. 26.

**Otra decisión de la Suprema Corte de Justicia, resalta la no procedencia del petitorio de inconstitucionalidad sobre la base del carácter legal y no constitucional de la norma.**

**ARTICULO 1315 DEL CODIGO CIVIL NO TIENE CARACTER CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA LABORAL: CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 712 DEL CODIGO DE TRABAJO. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD E IGUALDAD.**

“De las disposiciones combinadas de los artículos 712, 713, 714 y 715 del Código de Trabajo resulta que lo que persigue el referido artículo 712 es liberar al demandante de aportar la prueba del perjuicio que los empleadores, los

trabajadores y los funcionarios y empleados de la Secretaría de Estado de Trabajo y de los tribunales de trabajo, en su calidad de responsables civilmente, le causen por la violación de las disposiciones sancionadas penalmente por dicho Código. El artículo 1315 del Código Civil no tiene carácter constitucional, razón por la cual nada impide que el legislador pueda dictar una disposición que introduzca una excepción en determinada materia al principio que ese texto legal establece”;

Sentencia de fecha 9 de febrero de 2000

Boletín Judicial No. 1071 página 70

Sentencia No. 70

Materia Laboral.

## ASPECTOS CRÍTICOS

La orientación básica seguida por la Suprema Corte de Justicia para decidir que la Ley No. 491-08 es conforme a la Constitución, lo es el carácter legal y no constitucional de la norma que instituye el procedimiento de la Casación (criterio procesalista). Sin embargo, vale aclarar, que sin bien el sistema de la Casación tiene por esencia corresponder con la satisfacción de una necesidad de unificación de las orientaciones interpretativas de la norma legal, con lo cual se alcanza la unificación de la jurisprudencia nacional y además controlar o corregir las incongruencias e injusticias de los Jueces inferiores al momento de dirimir los conflictos ello responde a una visión sistémica (criterio sistémico). Quiere decir, que la razón de ser, la esencia de la casación, es el señalado rol de la Corte de Casación dentro del criterio sistémico. Pero, como vemos, esto no ha impedido que prime el criterio procesalista mismo, y que la SCJ en el caso que nos ocupa haya dejado de lado la posibilidad de defensa de un criterio fundamental, con los peligros institucionales que ello acarrea.

Resulta además cuestionable que con el objeto de aligerar la carga de la SCJ se haya modificado el Art. 5 de la Ley de Casación, introduciendo limitaciones para el ejercicio del Recurso de Casación. Desde la fundación de la República la Suprema Corte de Justicia como órgano constitucionalmente superior dentro de la estructura judicial, siempre jugó el rol de ser la guardiana de la unificación de la jurisprudencia nacional (de rango constitucional en nuestra primera constitución votada con la fundación de la República, permaneciendo así hasta la Constitución del año 1875). Posteriormente en el año 1908 se estableció el Recurso de Casación.

En la República Dominicana, la Suprema Corte de Justicia desde la creación del Recurso de Casación, recibió la competencia constitucional para conocer de él, sin embargo el constituyente delegó en el legislador establecer los aspectos concretos relacionados con el indicado recurso. Y es que la SCJ, en la

República Dominicana, se le otorgó, entre otras funciones, la de conocer de los Recursos de Casación. Correspondió al legislador dictar una ley especial sobre Procedimiento de Casación. Y, es en esta ley donde se establece el rol del máximo tribunal para mantener la unidad de la jurisprudencia nacional. Quiere decir, lo que originalmente fue atribución constitucional de la SCJ, en la actualidad, y desde el año 1908 constituye una atribución legal. Lo que significa que el constituyente del año 1908, desde el origen mismo de la Casación en nuestro sistema de justicia, delegó en el Poder Legislativo la decisión de reglamentar el instituto de la Casación.

La institución jurídica de la casación, constituye una función de la Corte de Casación, es decir del tribunal de mayor jerarquía de la pirámide del ordenamiento jurisdiccional dominicano; que se complementa con un elemento perteneciente al derecho procesal, denominado Recurso de Casación, que constituye un medio de impugnación o anulación de los fallos de los tribunales inferiores.

La función de la Casación atribuida al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, como se ha dicho, debiera ser atribuida expresamente por la Constitución a los fines de darle a dicho tribunal la fuerza suficiente para garantizar los fines perseguidos por la propia concepción del instituto jurídico, de tal suerte que la misma no pueda ser desvirtuada por el legislador o por las interpretaciones de la propia alta corte. Sin embargo, en el caso de la República Dominicana, si bien nuestro constituyente del año 1844, y los demás que participaron en las reformas constitucionales de los años 1854, 1858, 1865, 1866, 1874, y 1875 atribuyeron a la SCJ la función especial de: "...uniformar la jurisprudencia, reformar de oficio las sentencias que en materia civiles y criminales den los tribunales o juzgados inferiores, pasadas ya en autoridad de cosa juzgada, que contengan principios falsos o adolezcan de algún vicio radical, sin que su decisión en este caso aproveche ni perjudique a las partes" (Artículo 134 numeral cuarto de la Constitución del 6 de noviembre de 1844), no menos cierto es que dicha función le fue retirada desde la promulgación de la Constitución del año 1877.

En el año 1908, con la instauración de la Casación, como instituto natural de la Suprema Corte de Justicia, la Constitución restauró la señalada función, pero lo hizo con las limitaciones propias que institucionalmente corresponden a las leyes adjetivas: "Conocer como Corte de Casación de los fallos en último recurso, pronunciados por las cortes de apelación y tribunales inferiores, en la forma determinada por la ley".

Quiere decir, sin embargo, que a pesar de haberse instaurado la Casación como una función constitucional propiamente dicha, el constituyente dejó al legislador definir su propio objeto o finalidad esencial. Lo que fue realizado por la Ley número 4845: Ley Sobre Organización Judicial y de Procedimiento de Casación. G.O. Núm. 1301 del 17 de Junio 1908. La que en sus artículos 12 y 29 estableció que:

Artículo 12. La Suprema Corte de Justicia ejerce sus funciones de casa-

ción del modo siguiente: confirma o anula los fallos dictados en última instancia por las Cortes de Apelación, o por los tribunales o juzgados de primera instancia, o por las Alcaldías, sin decidir el fondo del asunto.

Artículo 29. Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia nacional.

Esta realidad jurídica revela que, lo que en su origen fue una función constitucional definida mediante atribuciones específicas establecidas en la Constitución de la República Dominicana, que atribuyó a la SCJ el rol particular de mantener la unidad de la jurisprudencia nacional, a partir del año 1877 dejó de serlo, para luego resultar reestablecida la misma función a partir del año 1908, pero esta vez a través del Recurso de Casación. Es decir, del procedimiento mismo, quedando por lo tanto degradado dicho importante rol, que por naturaleza es una función especial del más alto tribunal del orden judicial.

Resulta en consecuencia que ciertamente no es inconstitucional la reforma más reciente realizada a la Ley sobre Procedimiento de Casación. Ella no contraviene a la Constitución de la República, como ha dicho el alto tribunal en la decisión comentada.

No obstante, independientemente de esa realidad, consideramos que la misma es antinatura, un verdadero atentado al sistema jurídico (criterio sistémico) y a una importante función del más alto tribunal de la República, que más que a contribuir con nuestro sistema jurídico viene a agredirlo en su propia esencia, en el cual al pertenecer a la familia de derecho romano germánica, donde prima el derecho escrito, la jurisprudencia no juega el rol del precedente de la concepción consuetudinaria sajona, por lo que requiere de un Tribunal Supremo capaz de dirigir las corrientes de interpretación de la legislación que dominarán en el sistema. Distorciones que afectan a la seguridad jurídica de todos, ya que las Cortes de Apelación en fallos donde el valor envuelto sea inferior al necesario para acceder a la Casación, y los demás tribunales inferiores competentes de juzgar en instancia única, lo hacen sin control alguno. Lo que contribuye a la anarquía, deterioro y desnaturalización de nuestras instituciones jurídicas.

**Colección Revistas Ciencias Jurídicas  
PUCMM**

Obra donada a la biblioteca virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Esta colección contiene doctrina, legislación y jurisprudencia de los volúmenes históricos de la revista desde el año 1977 a 2015, constituyendo un aporte a la cultura jurídica y el estudio del Derecho.



**Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra**

RECINTO SANTIAGO

Teléfono: 809-580-1962

Autopista Duarte Km. 1½, Autopista Duarte, Santiago De Los Caballeros

RECINTO SANTO TOMAS DE AQUINO

Teléfono: 809-535-0111, exts. 2001-2005

Av. Abraham Lincoln, esquina Av. Rómulo Betancourt

**DISEÑO**

Frank Ubiera 809-877-9479 y Miguelina Frith 809-850-2075