



ENTREVISTA A  
**KEVIN LEHMANN,**  
QUIEN HABLA SOBRE  
COMUNICACIÓN JUDICIAL

**APUNTES SOBRE LA SEGURIDAD  
JURÍDICA Y LAS ANTINOMIAS.  
UNA PROPUESTA DE ESTUDIO**  
SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

**COOPERACIÓN INTERNACIONAL  
EN MATERIA DE CIBERCRIMEN Y  
EVIDENCIA DIGITAL**  
FERNANDO A. ABREU VALENCIA

## Estamos calificados por Latindex

Sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, España y Portugal.



# CONTENIDO

## 06 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN APUNTES SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS ANTINOMIAS. UNA PROPUESTA DE ESTUDIO

Sebastián Agüero-SanJuan

## 30 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CIBERCRIMEN Y EVIDENCIA DIGITAL

Fernando A. Abreu Valencia

## 54 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA: ¿AMENAZA U OPORTUNIDAD?

Khiara H. Henríquez Hernández

## 88 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Ariella Adames Rojas

## 108 ENTREVISTA KEVIN LEHMANN COMUNICACIÓN JUDICIAL

Dilena Hernández

## 116 ARTÍCULO DE OPINIÓN LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA A LA LUZ DE LA LEY 41-08

Francisco Suazo Rosario

### DIRECTOR

Dariel A. Suárez Adames  
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

### EDITORA

Dilena Hernández Fernández  
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

### CONSEJO EDITORIAL

Armando S. Andruet  
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)

### Ana Jara

Profesora de la Universidad de Granada, España

### David Ordoñez

Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial de España

### Juan Proscopio Pérez Minyeti

Juez Coordinador Técnico de los Comités Responsables del Sistema de la Escuela Nacional de la Judicatura

### Juan Francisco Puello Herrera

Miembro del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura

### COMITÉ CIENTÍFICO

Johanny Castillo Sabarí  
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

### Sergio A. Palacio

Catedrático de la Universidad Nacional de la Plata. Argentina

### Jorge Jiménez

Profesor y secretario general de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ)

### Yadira de Moya

Docente integrante de la Comisión Académica de la ENJ

### COLABORACIONES EN ESTA EDICIÓN

Sebastián Agüero-SanJuan  
Fernando A. Abreu Valencia  
Khiara H. Henríquez Fernández  
Ariella Adames Rojas  
Kevin Lehmann  
Francisco Suazo Rosario

### COORDINACIÓN

Dilena Lorenzo

### CORRECCIÓN DE ESTILO

Montserrat Bros

### DISEÑO DE PORTADA Y DIAGRAMACIÓN

Grupo de Diseño República, SRL

### PERIODICIDAD

Bianual  
Santo Domingo, República Dominicana 2022


### CONTACTO

Escuela Nacional de la Judicatura ENJ  
Tel.: (809) 686-0672  
C/ César Nicolás Penson núm. 59, Gascue  
Santo Domingo, República Dominicana  
E-mail: [saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)  
Web: <https://saberyjusticia.enj.org>  
Registrados en el directorio Latindex.org


## EDITORIAL

### **Dariel A. Suárez Adames**

Director

 Escuela Nacional de la Judicatura

 [dsuarez@enj.org](mailto:dsuarez@enj.org)

 [orcid.org/0000-0002-1370-3982](https://orcid.org/0000-0002-1370-3982)

 [www.linkedin.com/in/darielsuarez/](https://www.linkedin.com/in/darielsuarez/)



Obra bajo licencia  
Creative Commons  
Atribución-Noncomercial-  
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022  
ISSN (impreso): 2305-2589  
ISSN (en línea): 2676-0827  
[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)

Cada vez toma más relevancia y se hace necesario que los docentes, jueces y servidores judiciales difundan los resultados de sus investigaciones en revistas científicas indexadas. Además del aporte a la solución de problemas que estos representan, la publicación de trabajos de investigación constituye un importante aporte a la generación de nuevos conocimientos dentro de la comunidad académica y la sociedad.

En ese sentido, nos complace presentar los trabajos que conforman la edición número 21 de nuestra revista científica Saber y Justicia. En esta edición de junio de 2022, destacados académicos de Chile, Argentina y la República Dominicana estudian temas de actualidad e interés para la judicatura y la comunidad jurídica.

El profesor Sebastián Agüero-SanJuan presenta una propuesta de estudio sobre la seguridad jurídica de los derechos nacionales en Latinoamérica y, con ello, contribuye a la mejora a través de la revisión conjunta de instituciones, prácticas y situaciones jurídicas específicas; el magistrado Fernando A. Abreu Valencia profundiza sobre la importancia de la cooperación entre los Estados y, particularmente, sobre el apoyo del sector privado como proveedor de servicios en materia de cibercrimen y evidencia digital; la licenciada Khiara H. Henríquez aborda el tema de la transformación digital en la administración del servicio público de la justicia, exponiendo ventajas y desafíos de las innovaciones tecnológicas; y la licenciada Ariella Adames estudia el tema del registro de la propiedad en la República Dominicana, sus métodos, evolución y funcionamiento.

En la entrevista principal de esta edición, conversamos con el profesor Kevin Lehmann, experto en comunicación judicial, quien nos pone en contexto sobre la relevancia y el impacto de este tema en el fortalecimiento de la relación entre la sociedad y los poderes judiciales.

Asimismo, la revista presenta el trabajo titulado: “Las Relaciones Laborales en la Administración Pública Central de la República Dominicana”, que consiste en un análisis a la Ley núm. 41-08, del 16 de enero de 2008, de Función Pública, realizado por el profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), Francisco Suazo Rosario.

Saber y Justicia se fortalece al favorecer la visibilidad del estudio, análisis y discusión de estos trabajos fruto de las investigaciones de académicos nacionales e internacionales dentro el área del derecho.

Agradecemos a los autores, pares evaluadores y miembros del equipo editorial, por su esfuerzo para poner a disposición de la comunidad nuestra publicación, cumpliendo con el rigor y los estándares exigidos en una revista científica. Esperamos que el contenido presentado sea del interés de nuestros lectores y, con ello, continuar fortaleciendo la propuesta de temas que contribuyan con la mejora continua de nuestro sistema de justicia. ■


# APUNTES SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS ANTINOMIAS. UNA PROPUESTA DE ESTUDIO

Notes on Legal Certainty and  
Antinomies. A Study Proposal

 **Sebastián Agüero-SanJuan**

 Universidad Austral de Chile

 [sebastian.aguero@uach.cl](mailto:sebastian.aguero@uach.cl)

 [orcid.org/0000-0003-2772-794X](https://orcid.org/0000-0003-2772-794X)

Artículo de investigación

Recibido: 12 de diciembre de 2021

Aprobado: 10 de marzo de 2022



Obra bajo licencia

Creative Commons

Atribución-Nocomercial-

SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)

## RESUMEN

La preocupación por mejorar los niveles de seguridad jurídica de nuestros derechos nacionales se relaciona con su relevancia para un orden democrático sustentado en los derechos humanos. De ahí que, si la presencia de antinomias impacta negativamente en la seguridad jurídica, resulta necesario implementar mecanismo que contribuyan a su identificación y resolución. Por ello, este trabajo sugiere y fundamenta una propuesta de investigación encaminada a la obtención de dichos criterios a través del estudio de la práctica jurídica, en especial, la jurisprudencia de los principales tribunales de justicia. La pretensión radica en que, una vez se explicitan dichos criterios, es posible elaborar una colección de pautas que guíen a los operadores jurídicos en la determinación y resolución de los supuestos de antinomias, impactando así positivamente en los niveles de seguridad jurídica.

## PALABRAS CLAVES

Análisis conceptual; antinomias; jurisprudencia; seguridad jurídica.

## ABSTRACT

The concern to improve the levels of legal certainty in our domestic laws is linked with its relevance for a democratic order sustained by human rights. Hence, if the presence of antinomies has a negative impact on the legal certainty, it is necessary to implement mechanisms that contribute to their identification and resolution. In this way, this piece of work suggests and substantiates a research proposal aimed at obtaining these criteria through the study of legal practice, especially, the case law. The intention is that once these criteria are made explicit, it is possible to develop a collection of guidelines that lead the legal operators in the determination and resolution of the antinomies, impacting positively on legal security levels.

## KEYWORDS

Antinomies; case law; conceptual analysis, legal certainty.

Agüero-SanJuan, S. (2022). Apuntes sobre la seguridad jurídica y las antinomias. Una propuesta de estudio. *Revista Saber y Justicia*, 1(21), 6-29. <https://saberyjusticia.enj.org>

## INTRODUCCIÓN

Hace varias décadas que se enfatiza desde distintos sectores (sociales, económicos y políticos) la necesidad de mejorar los niveles de seguridad jurídica dentro de los derechos nacionales. Sin duda este llamado ha tenido (o debería tener) un mayor ahínco en Latinoamérica. Las razones de este llamado son múltiples y no solo por los intereses subyacentes de sus distintos actores, sino también en razón del carácter multifactorial de la seguridad jurídica. En este contexto, uno de los argumentos que más se ha desarrollado consiste en sostener que: instituciones y estados débiles repercuten negativamente en la calidad de vida de los ciudadanos<sup>1</sup>, situación que motiva una investigación en estas temáticas.

En términos generales, el presente trabajo tiene por objeto sugerir una manera de contribuir a mejorar los niveles de seguridad jurídica existentes en la actualidad a través de la revisión conjunta de instituciones, prácticas y situaciones jurídicas específicas, las cuales se corresponden con los derechos positivos actuales.

La comprensión del problema y su propuesta de solución descansa en cuatro elementos: Primero, presentar algunas consideraciones en torno a la importancia de contribuir al mejoramiento de los niveles de seguridad jurídica. Segundo, explicitar cómo una investigación sobre las antinomias puede contribuir a dicha mejora, a través de vincular su presencia en los derechos positivos con bajos niveles de seguridad jurídica de los mismos. Tercero, con vista a evitar su ocurrencia, presentar y fundamentar la manera en que es posible explicitar y sistematizar los criterios de identificación y resolución de las antinomias a través del estudio del discurso judicial. Cuarto, proponer que es posible mejorar los niveles de seguridad jurídica a través de una colección de pautas destinadas a guiar a los distintos operadores jurídicos en la identificación de las antinomias y su resolución o disolución.

De esta manera, en lo que sigue, a modo de formulación del problema, se presenta un rápido diagnóstico de la seguridad jurídica y las antinomias, para luego, a modo de discusión, bosquejar una propuesta de estudio de ambas. Esta propuesta busca contribuir a mejorar los niveles de seguridad jurídica desde la revisión de los discursos jurisprudenciales en materia de antinomias. Finalmente, a modo de conclusión, se recapitulan las ideas centrales del texto.

---

<sup>1</sup> A modo de ejemplo, un trabajo que muestra claramente la relación entre cómo las instituciones débiles repercuten en sus ciudadanos, en Malem, 2017.



## DIAGNÓSTICO

Los elementos que se deben considerar en el diagnóstico son la seguridad jurídica, las antinomias y su consideración conjunta.

### SEGURIDAD JURÍDICA

Según Ferrer y Fernández (2015, 245-256), la seguridad jurídica puede ser entendida como un estado de cosas que se presenta cuando los poderes del Estado cumplen con las exigencias de realizar sus funciones de manera tal que proporcionan a las personas (físicas y jurídicas) un derecho cognoscible, confiable y calculable. Entendida de esta manera, a partir del propio concepto de seguridad jurídica, es posible extraer ciertas exigencias en relación con la elaboración y la modificación de las normas jurídicas, su cumplimiento por parte de sus destinatarios, y su cumplimiento y aplicación por parte de los órganos del Estado. Es la satisfacción de estas exigencias la que propicia la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus actos a los destinatarios de las normas dentro de un derecho determinado (Pérez-Luño, 2000, 483; Moreso & Vilajosana, 2004, 47; Díez-Picazo, 2014, 14; Guastini, 2015, 19).

Sin embargo, en la actualidad, diversos factores dificultan alcanzar este estado de cosas. A modo de ejemplo, en los últimos cincuenta años, los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sufrido importantes transformaciones, las cual han debilitado la división de poderes, multiplicado las fuentes de creación y aplicación normativa, junto con consagrar una marcada distribución competencial (Bermejo, 2005; Mazzaresse, 2007; Zapatero, 2009). Así también, desde comienzos del siglo pasado, la mayor intervención estatal vinculada con un Estado social de derecho ha generado una profusa dictación de textos normativos que erosiona los presupuestos de la seguridad jurídica (Pérez-Luño, 2000, 489; García de Enterría, 1999, 47-57).

Asimismo, la situación empeora considerablemente cuando dicha inflación legislativa es asociada con una falta de prolijidad en su elaboración acompañada de una tendencia hacia la fragmentación normativa, v.gr., a través de algunas prácticas legislativas propias de los derechos contemporáneos, como son: (a) la utilización de la deslegalización para descongestionar la labor parlamentaria; (b) el recurrir frecuentemente a los reenvíos legislativos; (c) la inserción de cláusulas derogatorias generales; (d) la generalización de la delegación legislativa; y (e) el aumento de las leyes medida para enfrentar situaciones puntuales, entre muchas otras (Viver i Pi-sunyer, 1989; Peñaranda Ramos, 1989; Vethencourt Velazco, 1993; Muñoz & Haba, 1996; García de Enterría, 1997; Carbonell, 2000).

En este escenario de tensión entre las exigencias propias de la seguridad jurídica, por un lado, y la realidad jurídica contemporánea, por otro, algunos organismos internacionales se han preocupado por recalcar la relevancia de mejorar los niveles de seguridad jurídica dentro de los Estados nacionales. En este sentido, hace prácticamente una década, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos informó sobre los problemas que enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de derecho desde una perspectiva de los derechos humanos. Por un lado, se reconoce una interdependencia entre la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho, de manera que, el debilitamiento de uno de estos pilares pone en peligro a todos los otros. Y, por otro lado, se destaca cómo la seguridad jurídica constituye uno de los aspectos centrales de un Estado de derecho, al constituir uno de los pilares de un orden democrático consolidado (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012).

Por consiguiente, a partir del citado informe, es posible afirmar que (i) si se presentan bajos niveles de seguridad jurídica se debilita el Estado de derecho y, en consecuencia, (ii) resultan afectados tanto el orden democrático como los derechos humanos. No es casualidad que el propio informe destaque casos en donde algunos países informaron la adopción de medidas a nivel legislativo, judicial y administrativo destinadas a suprimir las incoherencias que se presentan entre sus ordenamientos jurídicos y los principios del derecho internacional, junto con otros casos en los cuales se solicitaba la adopción de un órgano encargado de supervisar la conformidad de la Constitución y las leyes nacionales con el derecho internacional. En pocas palabras, las inconsistencias o incoherencias remanentes en los derechos positivos merma los niveles de seguridad jurídica, lo cual impacta negativamente en el Estado de derecho, situación que repercute en el orden democrático y los derechos humanos<sup>2</sup>.

Esta preocupación de los organismos internacionales no es únicamente jurídica o normativa y, como han señalado en los últimos años diversos autores, constituye también una problemática social e incluso económica. En la actualidad, resulta difícilmente controvertible la afirmación de que con instituciones o Estados débiles no resulta posible aspirar a un desarrollo económico y social duradero ni tampoco a una ciudadanía plena y responsable. Esta situación explicita la correlación que existe entre, por un lado, la calidad de las instituciones y/o los

---

<sup>2</sup> Aunque, más allá del entendimiento de la Alta Comisionada, en términos conceptuales es posible sostener bajos niveles de seguridad jurídica atestiguan un débil Estado de derecho.

Estados y, por otro lado, el desarrollo económico, la educación y la distribución de la renta de un país. Por lo mismo, mayores niveles de la seguridad jurídica redundan en un mejoramiento de la autonomía de la voluntad, el bienestar social, el funcionamiento democrático y el desarrollo humano y económico de un país (Diéz-Picazo, 2014, 15; Laporta, 2015; Ávila, 2015).

Por lo tanto, si el diagnóstico anterior resulta acertado, resulta necesario e imperioso iniciar la búsqueda de mecanismos que permitan contribuir a mejorar los niveles de seguridad jurídica dentro de nuestros derechos nacionales. De esta manera es posible fortalecer nuestro tejido institucional y estatal, lo cual desembocará en una mejora de nuestras sociedades, impactando positivamente en la ciudadanía. Si bien las maneras de contribuir a esta mejora son múltiples, siguiendo los ejemplos seleccionados por el informe internacional, en este trabajo se quiere explorar el estudio de las antinomias.

## **ANTINOMIAS**

En el discurso jurídico, las locuciones “oposición normativa”, “conflicto normativo” e “incompatibilidad normativa” generalmente son utilizadas indistintamente para aludir a un mismo fenómeno: las antinomias en el derecho. Según Riccardo Guastini, estas situaciones de oposición, conflicto o incompatibilidad se presentan cuando dos normas disponen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí para un mismo acto o hecho especificado en su antecedente. Dos consecuencias jurídicas son incompatibles entre sí cuando ambas no pueden ser exigidas, cumplidas, satisfechas u observadas, al menos, simultáneamente, puesto que la ejecución, cumplimiento, satisfacción u observancia de una involucra la violación de la otra o viceversa. En pocas palabras, de acuerdo con el autor genovés, se presenta una antinomia cuando un caso concreto es disciplinado de manera diversa e incompatible por dos o más normas, de modo que, un ordenamiento es antinómico cuando se presenta, al menos, una de las situaciones señaladas (Guastini, 1989, 89; 1990, 60-72; 1998, 215).

Según Norberto Bobbio (1970, 95-118), un estudio sobre las antinomias debe intentar fijar los criterios para su identificación en el discurso normativo y establecer los criterios de su resolución una vez han sido identificadas. Por lo cual, si un porcentaje mayor de la teoría del derecho contemporánea ha centrado sus esfuerzos en el estudio de las antinomias a partir de los desarrollos de la lógica deóntica, y, por su parte, la dogmática jurídica se ha preocupado por difundir el uso de los tradicionales criterios de resolución de las antinomias (jerárquico, cronológico y de especialidad); aún parece haber un espacio para continuar

realizando desarrollos en terreno de las antinomias. En otras palabras, si bien ambas disciplinas han desarrollado los aspectos sugeridos por Bobbio, no resulta problemático afirmar que tanto la actividad de fijar criterios para la identificación de antinomias como la destinada a establecer criterios de resolución de las mismas, aún no se encuentran desarrolladas de un modo suficiente, v.gr., a través de la teorización sobre las condiciones de surgimiento de las antinomias entre normas que no son regulativas o de conducta, como es el caso de las normas constitutivas u otros enunciados jurídicos (Agüero-SanJuan, 2015).

Además, la importancia de estudiar los criterios de identificación de las antinomias va más allá de una pretensión por alcanzar algún ideal de coherencia para nuestros derechos positivos, puesto que se vincula más bien con el hecho de que instituciones jurídicas centrales para el funcionamiento de nuestros ordenamientos jurídicos descansan en ellas y aún no es posible establecer criterios claros para determinar su ocurrencia. Situación que redundaría en una merma de la seguridad jurídica antes aludida, ya que, si las instituciones de nuestros derechos positivos dirigidas a la “purificación” del mismo requieren para su funcionamiento de alguna noción de antinomia y la fijación de criterios para su identificación; mientras estos últimos no sean desarrollados, su funcionamiento será deficiente o, al menos, accidentado. Cuestión que produce, dentro de los derechos nacionales, un conjunto remanente de normas cuyos elementos no solo resultan indeterminados *a priori* sino además solo sería determinables *a posteriori*, i.e., caso a caso. Se traslada así la facultad de determinar el derecho vigente desde los parlamentos hacia los tribunales de justicia.

Una manera de corroborar lo anterior es a través de la revisión de un derecho nacional. Por ejemplo, en el derecho chileno se necesita la presencia de, al menos, una antinomia para declarar la derogación tácita, la preterición, la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de una norma, obviamente, en concurrencia con las otras exigencias propias de cada institución. De manera, esquemática estas instituciones se han entendido de la siguiente manera:

**a) Derogación tácita.** En virtud del Código Civil chileno (art. 52 y 52) la derogación tácita se presenta cuando leyes de momentos temporales diversos “no pueden conciliarse” entre sí y únicamente procede respecto de las partes que se encuentran “en pugna”. Así, por ejemplo, según Corral (2009, p. 56), esta derogación descansa en la presunción de que el legislador desea derogar la norma anterior, al dictar una norma posterior contraria a ella.

**b) La preterición.** El art. 13 del Código Civil chileno consagra la prevalencia de las disposiciones especiales sobre las generales cuando entre las unas y las otras hubiere «oposición». De esta manera, una ley especial produce la desaplicación de una ley general respecto de uno o más casos específicamente determinados, aunque mantiene intacta la posibilidad de poder aplicar la ley general fuera de los casos regulados por la ley especial (Agüero-SanJuan, 2016, p. 70). Como insinúa Bascuñán (2000, p. 237), para evitar un uso ambiguo del término “derogación” resulta oportuno denominar a estos casos “preterición”.

**c) La inaplicabilidad.** El núm. 6 del art. 93 de la Constitución Política de la República de Chile consagra la inaplicabilidad cuando la aplicación de un precepto legal resulte contraria a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha sido consistente en sostener que el juicio de inaplicabilidad ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de un precepto legal puede o no tener en la aplicación de un caso concreto (Rol núm. 558, 2007; Rol núm. 1254, 2009; Navarro, 2012). En consecuencia, la inaplicabilidad requiere de una antinomia en concreto, la cual se presenta cuando un supuesto de hecho concreto cae simultáneamente bajo dos clases de supuestos de hecho conceptualmente independientes y para los cuales el derecho establece consecuencias incompatibles (Guastini, 2001, 103-104; 2004, 279 y 2014, 284).

**d) La inconstitucionalidad.** Según el Tribunal Constitucional chileno, la declaración de inconstitucionalidad descansa en un comparación abstracta y universal entre normas de distinto rango para constatar su clara y manifiesta incompatibilidad, de modo que, la inconstitucionalidad se presenta cuando ninguna interpretación o hipótesis de aplicación del precepto admite sujeción con la Carta Fundamental (Rol núm. 558, 2007; Rol núm. 1254, 2009; Navarro, 2012). Por consiguiente, la inconstitucionalidad necesita de una antinomia en abstracto, la cual se presenta cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos que se superponen conceptualmente en todo o parte (Guastini, 2001, 103-104; 2004, 279; 2014, 284).

Como es posible apreciar, todos los mecanismos de cese normativo recién indicados presentan como un presupuesto de su funcionamiento la presencia de al menos una antinomia entre las normas involucradas<sup>3</sup>. De ahí que, el énfasis en dirigir la atención hacia los criterios de identificación de antinomias no es en ningún caso meramente teórico, sino también, y quizá en mayor medida, esencialmente práctico y, fundamentalmente, enfocado en cómo gestionar, resolver o disolver los conflictos entre normas.

Por lo mismo, junto con enfatizar la importancia de explicitar los criterios de identificación de las antinomias, es necesario destacar la relevancia del estudio de sus criterios de resolución más allá de su tradicional presentación y análisis. Esto último en razón de que los estudios en esta temática realizan el mismo recorrido explicativo consistente en presentar los tradicionales criterios de resolución de antinomias (jerárquico, cronológico y de especialidad), determinar sus alcances y supuestos, para finalmente explicar cómo dichos criterios se desenvuelven dentro cada derecho.

Estas consideraciones que hace bastante tiempo y de manera unánime son estimadas útiles, son por sí mismas insuficientes para enfrentar los supuestos de conflictos normativos, porque no logran solucionar todos los casos y tampoco entregan metacriterios que permitan resolver los conflictos que se presentan en su aplicación conjunta. Por consiguiente, resulta necesario complementar los citados criterios de resolución y, dada la configuración actual de nuestros derechos, dicho complemento debiese provenir de la práctica jurídica a través de los órganos de aplicación.

Una manera de pensar nuestros derechos positivos es considerar que están integrados tanto por normas jurídicas como por criterios de preferencia entre ellas, de modo que, estos últimos estructuran las relaciones entre las normas, lo cual produce una distribución o graduación de ellas con base en dichos criterios. Al establecer un tipo de gradualidad entre ellas, las relaciones de distribución integran los criterios de aplicabilidad de las normas y, al mismo tiempo, imponen a los jueces el deber de utilizar con preferencia la distribución de las normas obtenida a partir de la utilización de los criterios de preferencia (Alchourrón & Bulygin, 1976, 21; Alchourrón & Makinson, 1981; Alchourrón, 1982; Bulygin, 1982a).

---

<sup>3</sup> En este trabajo, las expresiones “mecanismos de cese normativo” o “mecanismos de cesación normativa” son utilizadas de para aludir a un número restringido de figuras jurídicas que posibilitan cancelar o limitar los efectos normativos de las normas dentro de un sistema jurídico, a saber: derogación tácita, preterición, inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Por consiguiente, si estas relaciones de graduación son utilizadas por los juristas para resolver los conflictos entre norma, como sugiere Rodríguez (2002, p. 382), una manera de entender estas situaciones consiste en sostener que estamos frente a conflictos aparentes de normas, porque son resueltos mediante la aplicación del criterio de preferencia que sea pertinente y que los jueces tienen la obligación de aplicar en razón de los criterios de aplicabilidad.

Es por este tipo de consideraciones que se presenta una estrecha vinculación entre los criterios de identificación de las antinomias y los criterios empleados para resolverlas, o bien, disolverlas cuando presentan un carácter aparente. En esta línea se puede sugerir no solo tener presente los tradicionales criterios de resolución de antinomias, sino también algunos criterios interpretativos que pueden desempeñar idéntica función, especialmente, si aquello que se busca es mostrar el carácter aparente de una antinomia.

A modo de ejemplo, en relación con los mecanismos de cese antes esbozados, es adecuado considerar la manera en que en ellos se plasman dos técnicas de interpretación jurídica generalmente utilizadas: sistemática y conforme.

**a) La interpretación sistemática** consiste en la elección de uno de los significados contenidos en una disposición por su adecuación con las demás normas del ordenamiento, ya sea para la coherencia interna de un documento normativo, o bien, para su coherencia con otros documentos del ordenamiento (Guastini 1990,155; 1993, 411; 2000, 272). En consecuencia, para evitar caer en una derogación tácita, esta interpretación se puede plasmar en, por ejemplo, los concursos aparentes de leyes penales, como recuerda Matus (2012) en relación con un supuesto carácter especial del D. L. núm. 211 y la Ley núm. 13. 305 frente al art. 285b del Código Penal chileno, o bien, a través de la generación de dos modelos de una misma institución, como lo intenta Corral (2009) en relación con el carácter indisoluble del matrimonio y la ley de divorcio en Chile.

**b) La interpretación conforme** atribuye a las disposiciones de rango inferior significados compatibles con un principio general o norma de jerarquía superior (Guastini, 1990, 155; 1993, 411 y 2000, 272). En el ámbito constitucional se reconoce el principio de presunción de constitucionalidad, según el cual las normas aprobadas por los poderes del Estado se presumen válidas y legítimas, de modo que, para determinar su incompatibilidad con la Constitución, los sentenciadores deben llegar a la íntima convicción

que la pugna entre las normas es clara, categórica y resulta imposible armonizarlas. Por lo cual, la contrariedad entre un precepto legal y la ley fundamental no cabe inferirse de simples contradicciones aparente (Rol núm. 309, 2000; Rol núm. 1863, 2012; Rol núm. 2703, 2016; Navarro, 2012).

En definitiva, por un lado, la importancia de una investigación en torno a los criterios de identificación de las antinomias se encuentra en la manera en que ellas constituyen un presupuesto para la aplicación de los principales mecanismos de cese normativo reconocidos en nuestro derecho y, por otro lado, la relevancia de un estudio de los diversos criterios de resolución de antinomias reposa en cómo resolver o disolver algunas antinomias dentro de nuestro derecho. Por lo cual, como destacaba Bobbio, resulta imprescindible un análisis de estas cuestiones para realizar un adecuado estudio de las antinomias y, dada la configuración actual de los derechos contemporáneos, una vía a explorar es a través de la revisión de las decisiones de los órganos de aplicación normativa, especialmente, los tribunales de justicia.

### **SEGURIDAD JURÍDICA Y ANTINOMIAS**

En relación con la derogación tácita, Bascuñán (2000, 246 y 256) reconoce expresamente las dificultades operativas que puede llevar la constatación de una antinomia. Respecto de la derogación orgánica, esta admite como razón de su surgimiento, la pesada carga que involucra establecer con precisión las relaciones de compatibilidad e incompatibilidad entre el nuevo y el viejo derecho.

Afirmaciones de este tipo constituyen únicamente el reflejo de un problema mayor derivado de los distintos factores que afectan la seguridad jurídica en nuestros derechos positivos. En palabras de Martino (1977) y (1990), en nuestros ordenamientos jurídicos, la situación actual ha producido considerables niveles de “contaminación legislativa” derivada de una excesiva proliferación y promulgación de normas jurídicas, de la presencia de un excesivo remanente de elementos normativos que, probablemente, nunca sean aplicados dentro del ordenamiento, en conjunto con la imposibilidad de poder deshacerse de los desechos del mismo.

Por ejemplo, consciente de la problemática recién descrita, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace varios años ha establecido a los Estados miembros la obligación de derogar todas las normas internas que induzcan a confusión o dificulten la plena e incondicionada aplicación del derecho de la Unión Europea. Esto en razón de que su presencia da lugar a situaciones de



hecho ambiguas, en las cuales los destinatarios de las normas se encuentran en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades y consecuencia jurídicas (Comisión contra Italia 168/85, 1986; Comisión contra RFA 74/86, 1988).

En igual sentido, y también hace bastante tiempo, la Corte Constitucional italiana declaró la inconstitucionalidad (*illegittimità*) de un conjunto de leyes fiscales por no contener reglas claras en materia de derogación, las cuales generaban dudas en torno a la intención del legislador, mermaban la confianza y la fluidez en las relaciones entre las autoridades tributarias y los contribuyentes, y adicionalmente, reconducían la problemática al nivel de los jueces (Número 291, 1984).

Así también, el Tribunal Constitucional chileno, junto con reconocer que la certeza jurídica constituye un elemento fundamental del Estado de derecho, admite que su función de control de constitucionalidad de los preceptos legales persigue, entre otras consideraciones, velar por este elemento (Rol núm. 281, 2006; Rol núm. 2773, 2016). En un sentido similar, durante un tiempo, la Biblioteca del Congreso Nacional habilitó en su portal Ley Chile una página destinada a que la ciudadanía pudiera contribuir con la identificación de las normas que están derogadas tácitamente, para así cumplir en mejor medida uno de sus objetivos estratégicos: garantizar la certeza jurídica (BCN).

En definitiva, es posible constatar una preocupación por la situación de incertidumbre en la cual se pueden encontrar o se encuentran los destinatarios de las normas, entre otras razones por la pérdida de confianza de los ciudadanos hacia las normas y sus autoridades. En este sentido, es posible afirmar que la falta de claridad en relación con las antinomias es uno de los factores que aumenta esta incertidumbre. Por lo mismo, la importancia que tiene en la actualidad contribuir al mejoramiento de los niveles de seguridad jurídica parece por sí mismo justificado, y una manera de enfrentar este desafío es a través del estudio de las antinomias. Estudio que no se debe realizar únicamente desde una perspectiva teórica, sino también, y quizá de manera preponderante, con una clara deferencia a la práctica jurídica y, dentro de ella, a los órganos de aplicación del derecho.

## PROPUESTA

A partir de lo anterior, la presente propuesta de análisis establece una clara relación entre la seguridad jurídica y las antinomias, junto con sugerir su análisis a través del estudio de la jurisprudencia. Esta decantación por la actividad de los tribunales de justicia en ningún caso desconoce la relevancia de la actividad de aplicación realizada por los órganos de la administración del Estado, sino más bien, únicamente opta por seguir la tradición jurídica de dar una mayor preponderancia al estudio de “sentencias” que al de los “dictámenes”.

Así, la propuesta adopta un carácter más práctico que teórico, de manera más precisa, la propuesta de análisis sugiere construir la teoría a partir de la práctica jurídica. Cuestión que captura una intuición generalmente compartida por los operadores jurídicos, pero no siempre justificada y que podría ser formulada como sigue: “tanto la formación jurídica como el ejercicio profesional requieren siempre del estudio de la jurisprudencia”. Por lo mismo, para considerar que está justificado emprender un estudio jurisprudencial con el propósito de recoger y sistematizar los criterios de identificación y resolución de antinomias con vistas a contribuir los niveles de seguridad jurídica, resulta imprescindible entregar algunas razones que otorguen algún fundamento y mayor precisión a la elección adoptada. En este sentido, en lo que sigue, se esbozan algunas ideas en relación con: (i) ¿cómo entender los conceptos jurídicos?; (ii) ¿cómo enfrentar el análisis de jurisprudencia?; y (iii) ¿cómo interactúa una manera de entender los conceptos jurídicos con el análisis jurisprudencial?

## CONCEPTOS JURÍDICOS<sup>4</sup>

El derecho utiliza los lenguajes naturales, entre otras razones, por consideraciones de seguridad jurídica. Estos lenguajes detentan criterios de corrección derivados de su carácter de fenómeno social, pues este carácter posibilita la idea de un uso correcto de los mismos. De este modo, como los lenguajes se desarrollan en comunidades de usuarios, el test de corrección del uso de sus expresiones se encuentra en el seno de dichas comunidades de hablantes. Por lo cual, mediante la aceptación de criterios de corrección, se admite la posibilidad de que existan tipos generales que son o pueden ser ejemplificados una y otra vez en casos particulares distintos, y dichos tipos generales abstractos, para algunos filósofos, son denominados conceptos (Strawson, 1985 y 2000).

---

<sup>4</sup> Un mayor desarrollo de estas ideas en Agüero-SanJuan, 2018.

De este modo, la “aprehensión” de un concepto incluye necesariamente la “aprehensión” de sus ejemplificaciones, es decir, para captar un concepto debe ser posible encontrar o identificar en la experiencia casos individuales de este, ya que un concepto se ejemplifica una y otra vez en casos particulares distintos. De ahí que, los conceptos constituyen principios de colección y distinción, ya que agrupan particulares diversos y, al mismo tiempo, diferencian a estos particulares de otros. En cambio, si aquello que se pretende es obtener la “plena posesión” de un concepto, se necesita, además de lo anterior, tener cierta capacidad de reconocimiento, es decir, conocer tanto las relaciones que tiene un concepto con otros en una red conceptual, así como el lugar que ocupa este concepto en dicha red (Strawson, 1974; 1998 y 2011).

Por lo mismo, una manera de realizar el estudio de un concepto es a través de un modelo conectivo de “análisis conceptual”. Este modelo consiste en elaborar una red de conceptos interconectados, de modo que, la función de cada concepto, desde un punto de vista filosófico, pueda ser propiamente entendida solamente mediante la comprensión de sus conexiones con los otros y su lugar en la red (Strawson, 1992). En consecuencia, esta propuesta adopta una visión strawsoniana del análisis conceptual conectivo con base en su capacidad para posibilitar una plena posesión de los conceptos estudiados.

Adicionalmente, el lenguaje jurídico es considerado como un lenguaje técnico en virtud de que en diversas ocasiones las expresiones utilizadas por el derecho designan conceptos estrictamente jurídicos y no conceptos propios del uso común de las palabras. Si bien el derecho utiliza el lenguaje natural para dictar sus normas, algunos de los conceptos contenidos en él requieren una comprensión o conocimiento adicional en virtud de su carácter técnico. De este modo, para determinar los conceptos técnicos, es necesario recurrir al área del conocimiento en la cual estos son desarrollados, porque esta es la que determina su configuración y contenido, es decir, los conceptos técnicos de una disciplina están relativamente cargados con el peso de dicha ciencia o disciplina. Por lo cual, la aprehensión de un concepto técnico requiere adicionalmente alguna comprensión de, y un grado de internalización en, la práctica especializada en la cual son desarrollados (Ryle, 1953 y 1964).

A partir de lo anterior, esta propuesta sugiere entender los conceptos jurídicos vinculados con las antinomias como conceptos técnicos, en virtud de que su significado es proporcionado por la práctica jurídica. De ahí que estos conceptos sean dependientes de dicha práctica especializada y necesariamente

estén cargados con el equipaje jurídico determinado por dicha práctica, de manera que, para lograr su aprehensión se requiere alguna comprensión de, e internalización en, la práctica jurídica correspondiente.

### **JURISPRUDENCIA**

En atención al carácter técnico de los conceptos vinculados con las antinomias, se adopta el estudio de las decisiones jurisprudenciales para determinar su configuración y contenido, ya que las sentencias de los principales tribunales del país constituyen justificadamente un representante privilegiado de la práctica jurídica nacional. Como afirma Bulygin (1991[1966], 367), entendida como fuente de derecho, la jurisprudencia desempeña funciones que no deben ser reducidas a la creación de normas, sino que abarcan un rol determinante en la definición y delimitación de los conceptos jurídicos.

Consecuentemente, los jueces detentan un papel privilegiado en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, ya que sus planteamientos constituyen una condición para hacer efectivos los efectos de las normas y, además, porque en los sistemas de corte continental-europeo se tiene una considerable deferencia a sus planteamientos (Nino, 1980, 246 y 293). A modo de ejemplo, en el contexto chileno, Accatino (2002) sugiere que la jurisprudencia de los principales tribunales de justicia podrían llegar a tener en los hechos una fuerza vinculante fáctica de tal envergadura que produciría consecuencias similares a las que presentan otros sistemas con una vinculación absoluta al precedente. Por lo mismo, en este contexto, la relevancia de un estudio de las sentencias de los principales tribunales del país se ve reforzada por el reconocimiento incuestionable de la influencia de facto de las resoluciones judiciales de los demás tribunales del país.

Si aceptamos que la jurisprudencia de los principales tribunales del país contribuye directamente a la conformación de los conceptos jurídicos y, también, aceptamos que ella repercute directamente en las decisiones de los otros tribunales de un país, los resultados de recopilar, analizar y presentar sus criterios jurisprudenciales entregarían una colección de pautas uniformes y, eventualmente, vinculantes para otros órganos del Estado. Esto último, fundamentalmente, si se recuerda lo señalado previamente, en relación con el traslado de la responsabilidad de determinar el derecho vigente desde los órganos de creación normativa hacia los órganos de aplicación, especialmente, tribunales de justicia.

Siguiendo a Ferreres (2009, pp. 66-72), esta propuesta sugiere que la unificación y la sistematización de la jurisprudencia puede llegar a vincular tanto a otros tribunales como al congreso. A los primeros a través de entregar claridad acerca de cómo expresar sus discrepancias, facilitando así la evolución jurisprudencial y el diálogo entre las distintas instancias; mientras que, al congreso entregando una mayor claridad respecto de cómo los tribunales superiores especifican y complementan la legislación. Así, ambos órganos del Estado se podrían encontrar en mejor posición respecto de si es o no necesario introducir modificaciones que corrijan los defectos legislativos, o bien, únicamente respecto de cómo implementar las soluciones y/o los criterios establecidos por la judicatura.

### **CONCEPTOS JURÍDICOS A TRAVÉS DE LA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL**

Ahora bien, a partir de la justificación recién indicada, la presente propuesta sugiere considerar de manera complementaria el análisis conceptual conectivo, por un lado, y la revisión jurisprudencial, por otro. De esta manera, a partir de la preponderancia práctica de la presente propuesta, el uso complementario del análisis conceptual conectivo en el análisis de la jurisprudencia posibilita capturar los criterios empleados en la práctica jurídica para identificar y resolver o disolver antinomias. Esto a partir de la explicitación de las redes conceptuales empleadas por los tribunales de justicia en materia de derogación tácita, preterición, inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Además, la propuesta sugiere dar prioridad a las sentencias de los principales tribunales del país como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, decisión que se funda, como sugiere Ferreres (2009, 46), en si la jurisprudencia presenta un carácter vinculante (sea normativo o de facto) esta situación fuerza o impulsa al tribunal superior hacia una mayor imparcialidad y objetividad. Al ser consciente de que su decisión sentará jurisprudencia, el tribunal tenderá (o debería tener) a distanciarse de las particularidades del caso para ver sus problemas e implicaciones desde una perspectiva más general.

Adicionalmente, es posible precisar un poco más la propuesta de análisis y sugerir que, entre las sentencias pronunciadas por dichos tribunales (Corte Suprema y el Tribunal Constitucional) en las materias aludidas sería más adecuado seleccionar únicamente aquellas que emitan algún juicio en torno a los conflictos normativos o antinomias al momento de resolver casos de derogación tácita, la preterición, la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad. Como sugiere Strawson (1974, 14; 1992, 36), esta selección se funda en que el

uso fundamental de los conceptos está en la formación o posesión consciente de creencias sobre lo que es el caso: el juicio, es decir, si los conceptos son usados fundamentalmente cuando de manera consciente se forma un juicio, esto significa que a través de la formulación de juicios se expresan las creencias mantenidas acerca de qué es, qué ha sido o qué será el caso en el mundo. De ahí su relevancia para capturar adecuadamente los criterios de identificación y resolución o disolución de antinomias.

Y en relación con la recolección de estos criterios, siguiendo a Nino (1980, 292-295), la determinación de los criterios jurisprudenciales se debe realizar mediante un complejo proceso de comparación entre casos, en el cual uno de los mismos ha sido previamente calificado bajo un concepto. Así, esquemáticamente, este proceso se compone de las siguientes etapas, a saber:

- i.** Descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos. Generalmente, la selección se realiza con base en la analogía que deben guardar los casos resueltos con los que se pretende solucionar.
  
- ii.** Explicitar la regla o el criterio en el cual descansa la solución de los casos anteriores. En general, al realizar este ejercicio de explicitación se distingue entre *obiter dicta* o *dictum* (las afirmaciones que no son necesarias para fundamentar el fallo) y la *ratio decidendi* (el principio general que explica las decisiones adoptadas). De esta manera, solo esta última es empleada por los jueces para dictar una regla que permite explicar las decisiones adoptadas en casos anteriores, junto con la amplitud y excepciones de la regla.
  
- iii.** Aplicar dicha regla o criterio a casos futuros. Es usual que se deba decidir si el caso entra o no dentro del ámbito de la regla, constituye una excepción a la misma, o bien, se encuentra dentro del ámbito de otra regla. En definitiva, los subapartados precedentes terminan por justificar y precisar por qué y cómo emprender un estudio de la jurisprudencia, el cual tenga por propósito de recoger y sistematizar los criterios de identificación y resolución de antinomias con vistas a que, a partir de un catálogo de criterios sea posible contribuir a mejorar los niveles de seguridad jurídica.

## CONCLUSIONES

El diagnóstico presentado en la primera parte de este trabajo ha enfatizado la importancia de la seguridad jurídica para un orden democrático sustentado en los derechos humanos, así como también ha subrayado la manera en que una investigación en torno a las antinomias puede contribuir a mejorar los niveles de seguridad jurídica existentes en un país, en especial, en relación con su necesaria ocurrencia para la utilización de los principales mecanismos de cesación normativa (derogación tácita, preterición, inaplicabilidad e inconstitucionalidad).

A partir de ahí, en la segunda parte del trabajo, se presenta, justifica y detalla cómo explicitar los criterios de identificación de las antinomias en el discurso normativo y recoger algunos criterios de resolución o disolución de las mismas a través de la revisión de las sentencias de los principales tribunales del país (v.gr., Corte Suprema y Tribunal Constitucional). Todo esto con la pretensión de que, una vez explicitados dichos criterios, resulte posible elaborar una colección de pautas que guíen a los operadores jurídicos en la determinación y resolución de los supuestos de antinomias. Impactando así positivamente en los niveles de seguridad jurídica.

De esta manera, la propuesta busca incentivar el desarrollo de un instrumental conceptual destinado a mejorar nuestra autocomprensión de los fenómenos antinómicos y, fundamentalmente, impulsar la formulación de mecanismos que permitan implementar u operativizar adecuadamente la identificación de supuestos de antinomias en los contextos jurídicos nacionales. De esta manera, los mecanismos de cese normativo aludidas puedan comenzar a desempeñar efectivamente su función dentro del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, disminuyan a mínimos aceptables la denominada “contaminación legislativa”.

## REFERENCIAS

- Ávila, H. (2015). Indicadores de seguridad jurídica. En C. Cruz, C. Fernández, & J. Ferrer (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, pp. 211-225. Madrid, España: Marcial Pons.
- Accatino, D. (2002). El precedente judicial en la cultura jurídica chilena. *Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* (20), pp. 559-582.
- Agüero-SanJuan, S. (2015). Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos. *Revista de Derecho*, 38(2), pp. 31-46.
- Agüero-SanJuan, S. (2016). Seguridad jurídica y derechos humanos. Una revisión a los mecanismos de exclusión normativa del derecho español. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 16 (2), pp. 66-86.
- Agüero-SanJuan, S. (2018). ¿Qué conlleva un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA*, núm. 41, pp.101-109.
- Alchourrón, C. (1982). Normative order and derogation. En A. Martino (ed.), *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems* (vol. II, pp. 51-63). New York, EE.UU: North-Holland Publishing Company.
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1976). Sobre el concepto de orden jurídico. *Crítica*, 8 (23), pp. 3-23.
- Alchourrón, C., & Makinson, D. (1981). Hierarchies of regulations and their logic. En R. Hilpinen (ed.), *New studies in deontic logic* (pp. 125-148). Dordrecht, Holanda: Reidel Publishing Company.
- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012). *Estudio sobre los problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de derecho desde una perspectiva de derechos humanos*. Naciones Unidas. Asamblea General. Recuperado de: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-29\\_spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-29_spanish.pdf).



- Bascuñan, A. (2000). Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (18), pp. 227-261.
- BCN. (n.d.). *Revisión de la normativa vigente*. Revisado 10 de Mayo de 2016, Recuperado de: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: [https://www.leychile.cl/Consulta/normas\\_derogadas](https://www.leychile.cl/Consulta/normas_derogadas)
- Bermejo, J. (2005). *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid, España, Civitas.
- Bobbio, N. (1970). *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli Editore.
- Bulygin, E. (1991) [1966]. Sentencia judicial y creación de derecho. En C. Alchourrón, & E. Bulygin (eds.), *Análisis lógico y derecho* (pp. 355-369). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1982). Time and validity. En A. Martino (ed.), *Deontic, logic, computational linguistics and legal information systems*. Amsterdam, Holanda: North Holland Publishing Company.
- Carbonell, M. (2000). Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. En M. Carbonell, & S. T. Pedroza de la Llave (eds.), *Elementos de técnica legislativa* (pp. 209-224). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Corral, H. (2009). Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la Ley núm. 19.947, de 2004. *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), pp. 51-76.
- Diéz-Picazo, L. (2014). *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Madrid, España: Civitas.
- Ferrer, J., & Fernández, C. (2015). Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica. En C. Cruz, C. Fernández, & J. Ferrer (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 243-283). Madrid: Marcial Pons.

- Ferreres, V. (2009). La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. En *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (pp. 11-80). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García de Enterría, E. (1997). La democracia y el lugar de la ley. En E. García de Enterría, y A. Menéndez (eds.), *El derecho, la ley y el juez*. Madrid, España: Civitas.
- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en mundo de leyes desbocadas*. Madrid, España: Civitas
- Guastini, R. (1989). *Produzione e applicazione del diritto: Lezione sulle preleggi* (2ª. ed.). Torino, Italia: G. Giappichelli.
- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*. Torino, Italia: G. Giappichelli Editore.
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano, Italia: Dott. A. Giuffrè Editore, S.P.A.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano, Italia: Dott. A. Giuffrè Editore S.P.A.
- Guastini, R. (2000). On legal order: some criticism of the received view. *Ethical Theory and Moral Practice*, 3(3), pp. 265-274.
- Guastini, R. (2001). *Il diritto come linguaggio*. Torino, Italia: G. Giappichelli Editore.
- Guastini, R. (2004). Un proyecto para la voz "Ordenamiento jurídico" de un diccionario. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. DOXA (27), pp. 247-282.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto* (2ª ed.). Torino, Italia: G. Giappichelli Editore.
- Guastini, R. (2015). Problemas de conocimiento del derecho vigente. En C. Cruz, C. Fernández, & J. Ferrer (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 19-28). Madrid, España: Marcial Pons.

- Laporta, F. (2015). América Latina: Problemas de vigencia y aplicación del derecho. En C. Cruz, C. Fernández, & B. Ferrer (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 59-92). Madrid, España: Marcial Pons.
- Malem, J. (2017). Pobreza, corrupción e [in]seguridad jurídica. Madrid, España: Marcial Pons.
- Martino, A. (1990). Auxilio computacional a la legislación ¿Hacer leyes con las computadoras? *Anuario Jurídico* (17), pp. 141-222.
- Martino, A. (1977). La contaminación legislativa. *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, pp. 47-73.
- Matus, J. (2012). Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. *Política Criminal*, 7(14), pp. 318-356.
- Mazzarese, T. (2007). Luspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico? En J. J. Moreso, & M. C. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 61-71). Madrid, España: Marcial Pons.
- Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Muñoz, H. A., & Haba, E. P. (1996). *Elementos de técnica legislativa*. San José de Costa Rica, Asamblea Legislativa: Centro para la Democracia.
- Navarro, E. (2012). La jurisprudencia del tribunal constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012. *Revista de Derecho (Valparaíso)* (2), pp. 363-394.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho* (2ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Peñaranda Ramos, J. L. (1989). Las disposiciones derogatorias de las leyes. En F. Sáinz Moreno, & J. C. da Silva Ochoa (eds.), *La calidad de las leyes* (pp. 229-248). Vitoria-Gasteiz, España: Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco.
- Pérez-Luño, A.-E. (2000). Seguridad jurídica. En E. Garzón Váldez, & F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 481-492). Madrid, España: Trotta.

Rodríguez, J. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Ryle, G. (1953). Ordinary language. *The philosophical review*, LXII (2), pp. 167-186.

Ryle, G. (1964). *Dilemmas. The Tarner lectures 1953*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge at the University Press.

Sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 19 de diciembre de 1984.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 1986.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de abril de 26 de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 4 de agosto de 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 26 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 5 de junio de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 29 de julio de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 24 de julio de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 26 de enero de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 28 de enero de 2016.

Strawson, P. F. (1974). *Subject and predicate in logic and grammar*. Londres, Inglaterra: Methuen & Co.

Strawson, P. F. (1985). *Skepticism and naturalism: some varieties*. Londres, Inglaterra: Methuen & Co.

Strawson, P. F. (1992). *Analysis and metaphysics: an introduction to philosophy*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

Strawson, P. F. (1998). *The philosophy of P.F. Strawson*. En E. L. Hahn, (ed.). Chicago & Lasalle, Illinois, EE.UU.: Open Court Publishing Company.

Strawson, P. F. (2000). *Entity and identity: And other essays*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

Strawson, P. F. (2011). *Philosophical writings*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

Vethencourt Velazco, B. (1993). *Disposiciones finales*. Caracas, Venezuela: Banco Central de Venezuela.

Viver i Pi-sunyer, C. (1989). La parte final de las leyes. En GRETEL, *Curso de técnica legislativa* (pp. 135-172). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar*. Cizur-Menor, España: Thomson-Aranzadi.


# LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CIBERCRIMEN Y EVIDENCIA DIGITAL

International Cooperation  
on Cybercrime and  
Digital Evidence

 **Fernando A. Abreu Valencia**

 Poder Judicial de la República Dominicana

 eabreu@poderjudicial.gob.do

 [linkedin.com/in/fernando-a-abreu-valencia-60077858/](https://www.linkedin.com/in/fernando-a-abreu-valencia-60077858/)

Artículo de investigación

Recibido: 24 de marzo de 2022

Aprobado: 18 de mayo de 2022



Obra bajo licencia  
Creative Commons  
Atribución-Nocomercial-  
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)

## RESUMEN

El ciberespacio se encuentra en constante amenaza y con este todo el sistema estatal y privado. El panorama se muestra mucho más complejo si le agregamos las características propias de este espacio virtual, dentro de los que se incluyen el anonimato de los infractores, la indeterminación geográfica de la comisión del delito, el tiempo y un sinnúmero de factores que además incluyen temas de soberanía y jurisdicción. En ausencia de una cooperación activa entre los Estados y la adopción de nuevas estrategias, el sistema de protección se encuentra destinado al fracaso. El cibercrimen ha desafiado la capacidad de su persecución de formas sin precedentes, lo cual demanda del aumento y la simplificación de la cooperación entre los Estados y particularmente del apoyo del sector privado, constituido especialmente por los proveedores de servicios.

## PALABRAS CLAVES

Cibercrimen; cooperación internacional; evidencia digital; procedimiento.

## ABSTRACT

Cyberspace is in constant threat and with it the entire state and private system. The problem is much more complex if we add the characteristics of this virtual space, which includes the anonymity of the offenders, the geographical indeterminacy of the commission of the crime, and a number of factors that also include topics involving sovereignty and jurisdiction. In the absence of active cooperation between States and the adoption of new strategies, the protection system is doomed to failure. Cybercrime has challenged the ability to prosecute it in unprecedented ways, which demands an increase and simplification of the cooperation system between States and the particular support of the private sector, especially the service providers.

## KEYWORDS

Cybercrime; digital evidence; international cooperation; procedures.

Abreu Valencia, F. A. (2022). La cooperación internacional en materia de cibercrimen y evidencia digital. *Revista Saber y Justicia*, 1(21), 30-53. <https://saberyjusticia.enj.org>

## INTRODUCCIÓN

Las interacciones humanas se han trasladado en gran medida a la esfera virtual, convirtiendo al ciberespacio en un medio imprescindible para llevar a cabo gran parte de nuestras actividades cotidianas (transacciones bancarias y comerciales, estudios, consultas médicas, etc.) ampliando y facilitando estas tareas que tradicionalmente realizábamos de manera presencial, pero como casi todo en la vida, lo positivo trae un costado negativo.

La enorme dependencia de las sociedades occidentales respecto a los sistemas informáticos y electrónicos está haciendo que estas sean más vulnerables a los posibles ataques cibernéticos y al fraude en la red. Internet es un medio de fácil acceso, donde cualquier persona, guardando su anonimato, puede realizar una acción difícil de asociar, virtualmente indetectable. Con esto, la red se está convirtiendo en ese lugar ideal para que los delincuentes y los terroristas lleven a cabo sus acciones y actividades (Sánchez Mederos, 2012).

En otras palabras, los delincuentes y terroristas también han trasladado sus actividades a la esfera virtual, lo que, sin dudas, ha cambiado las reglas del juego en cuanto a la persecución y judicialización de estas acciones se refiere. Las instituciones estatales, diseñadas para proteger la seguridad nacional, limitadas por naturaleza al marco de su propia jurisdicción, se enfrentan al enorme reto de proveer respuestas eficaces a una industria del crimen que crece de manera exponencial, en un escenario predominantemente transnacional, que esencialmente requiere de una cooperación internacional activa, tanto a nivel de los Estados como del sector privado, constituido principalmente por las empresas proveedoras de servicios de internet, en aras de alcanzar los objetivos de prevención, persecución y sanción efectiva de este tipo de delitos.

La transformación digital abre enormes oportunidades al desarrollo socioeconómico, pero al mismo tiempo incorpora amenazas y riesgos nuevos y desconocidos para los que debemos prepararnos. El cibercrimen no tiene fronteras físicas y en este entorno cobra cada día más importancia la cooperación internacional para la prevención de las amenazas y la persecución de los ciberdelincuentes (Artigas, 2022).



## LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CIBERCRIMEN - HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA

El concepto que tradicionalmente se ha manejado en torno a la cooperación internacional se fundamenta, de manera esencial, en la necesidad de abolir los hechos criminales y actos fraudulentos que se suscitan a raíz de las interacciones sociales y económicas entre los miembros de una comunidad internacional, formada por grupos humanos y personas morales localizadas en diferentes territorios, enmarcados en soberanías legislativas y judiciales diferentes, claramente determinadas, así como en la necesidad de combatir la impunidad de quienes cometen o realizan tales hechos o actos.

La cooperación internacional es absolutamente imprescindible y se halla materializada en un conjunto de normas reguladoras de origen preferentemente convencional. El derecho interno tiende a facilitar la asistencia, de forma discrecional, atendiendo a principios de cortesía internacional o, más propiamente, de cooperación, utilizando con cierta frecuencia criterios de reciprocidad (Fernández y Sánchez, 2012).

Una de las características principales que enmarcan este concepto tradicional de cooperación internacional es el hecho de que, al menos en la mayoría de los casos, los elementos que conforman o derivan de tales hechos o actos se encuentran básicamente identificados en todo o en gran parte, especialmente a través de evidencias tangibles como es el caso de las armas, huellas, documentos físicos, así como de la relativa facilidad con que pueden obtenerse declaraciones testimoniales sobre algún hecho en concreto, cuestiones que históricamente han permitido identificar con bastante precisión el lugar de la ocurrencia del hecho, la identidad y la correspondiente nacionalidad o domicilio de quien o quienes lo hayan perpetrado.

Si bien, desde la óptica del cibercrimen, la esencia de la cooperación internacional ha mantenido su fundamento primigenio, es notorio que en términos materiales el asunto es mucho más complejo, pues además de enfrentarnos a los tradicionales obstáculos legislativos y judiciales que conlleva toda relación transfronteriza, nos estamos enfrentando a otras dificultades de carácter material, dentro de las que se encuentran la propia vinculación o asimilación de la prueba a uno o varios territorios y a una o varias personas determinadas, así como dificultades de carácter técnico como son la volatilidad, la fragilidad, el volumen y la segmentación de la evidencia, entre muchas otras de diversa naturaleza, y todo esto dentro de este espacio intangible

al que llamamos ciberespacio, cuestiones que de no ser por la colaboración internacional entre los Estados y las que resultan de las interacciones entre los Estados y el sector privado, especialmente con los llamados proveedores de servicios, fueran prácticamente imposible de resolver.

Es en este mismo sentido, que la Organización de las Naciones Unidas, a través de su oficina contra las drogas y el delito (UNODC) ha señalado que son varios los problemas que se plantean en relación con la reunión y utilización de pruebas electrónicas (también conocidas como pruebas o evidencias digitales) en las actuaciones penales:

Antes de que se puedan presentar como pruebas ante un tribunal de justicia, hay que determinar su autenticidad e integridad examinando los procesos, los métodos y las herramientas utilizadas en la reunión, la adquisición, la conservación y el análisis de las pruebas electrónicas. El volumen, la volatilidad, la velocidad y la fragilidad de los datos son obstáculos para presentar los datos como pruebas en los tribunales. Además, dada la naturaleza transfronteriza de la ciberdelincuencia organizada y los diferentes ordenamientos jurídicos en todo el mundo, las reglas de prueba varían según los países. Esta variación supone un obstáculo para la reunión, la solicitud y la utilización de estas pruebas electrónicas en los tribunales nacionales. También varían entre los países las condiciones y las garantías para la obtención y el uso de pruebas electrónicas en los tribunales de justicia, de manera que se respeten el Estado de derecho y los derechos humanos (UNODC, 2022).

Es importante señalar también, que acorde a datos estadísticos recientes presentados por esta misma organización, el uso de internet está creciendo de manera exponencial, con más de 3.8 billones de usuarios en todo el mundo, lo que representa casi el 47% de la población mundial. Se estima que los usuarios pasarán cinco años de su vida en las redes sociales, que el costo del delito cibernético podría alcanzar los 2.1 billones de dólares a nivel mundial en los próximos años, que más del 80% de los actos delictivos cibernéticos se originan de alguna forma en relación con mercados negros en línea, infección de computadoras y recolección de datos personales y financieros. “Los terroristas utilizan las redes sociales, entre otras cosas, para difundir propaganda, recaudar fondos, reclutar y compartir información. Esta evidencia electrónica puede ser importante para mostrar dónde se encuentra un sospechoso, con quién se está asociando y qué está comunicando” (UNODC, 2018).

La Unión Europea, a través de una encuesta reciente, nos ha arrojado también la información de que más de la mitad de las investigaciones incluyen una solicitud de acceso transfronterizo a pruebas electrónicas, las pruebas electrónicas son relevantes en aproximadamente el 85% del total de investigaciones criminales y que, en casi dos tercios (65%) de las investigaciones en las que las pruebas electrónicas son relevantes, se necesita realizar una solicitud a entidades oficiales o privadas con base en otra jurisdicción. Igualmente, ha revelado este estudio, que el sistema actual de cooperación internacional o asistencia legal mutua (MLA, por sus siglas en inglés) ha resultado ser complejo y en algunos Estados burocrático, a menudo resultando en largas demoras en la obtención de pruebas electrónicas, lo cual colide con la naturaleza rápida de la delincuencia cibernética (Consejo de Europa, 2022).

En base a lo anterior, es imprescindible estar conscientes de que la idea tradicional de la cooperación internacional, basada en la colaboración de los distintos Estados con respecto a la realización de diligencias procesales y de campo tendentes a procurar la obtención de algún medio de prueba material, testimonial o inmovilizar algún bien determinado relacionado con un hecho criminal, llevado a cabo parcialmente en algún espacio físico de su territorio o por alguno de sus nacionales, con efecto en otro u otros países, en la actualidad ha adquirido un nuevo matiz, mucho más complejo e indeterminado, lo cual amerita, de manera urgente, que todos los actores que interactúan con el sistema de justicia posean un conocimiento práctico sobre las diferentes opciones de cooperación internacional que se encuentran actualmente vigentes en materia de ciberdelincuencia y evidencia digital, así como de los proyectos encaminados a su actualización y armonización, en procura de proveer y recibir el auxilio requerido de una manera más eficaz y eficiente.

## **LA COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS DENTRO DEL MARCO DEL CONVENIO DE BUDAPEST**

El Convenio sobre Ciberdelincuencia (2001) mejor conocido como Convenio de Budapest (STE 185) constituye el primer y único instrumento internacional en la referida materia, elaborado por el Consejo de Europa, con la participación de Canadá, Estados Unidos, Japón y Sudáfrica, abierto en Budapest, Hungría, en noviembre de 2001, y del cual la República Dominicana es actualmente signataria, conjuntamente con otros 64 Estados parte y 12 Estados observadores.

Este tratado internacional es de naturaleza vinculante, esencialmente penal, cuyo objetivo esencial ha sido armonizar las distintas legislaciones de los Estados parte, en procura de aplicar una política criminal común que permita facilitar y agilizar la persecución de los delitos cometidos en contra de sistemas o medios informáticos, o mediante el uso de los mismos, así como facilitar la cooperación internacional entre estos Estados miembros con la finalidad de proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia.

El Convenio de Budapest, en esencia, tiene como propósito principal armonizar los derechos, que los sistemas sean los más similares posibles, que tengan todos los regímenes un mínimo que sea compartido por todos, para así facilitar la comprensión y agilidad de los procesos (Verdhello, 2020).

De lo anterior, puede deducirse claramente que el Convenio de Budapest no es simplemente un convenio de cooperación internacional en materia de cibercrimen, su contenido abarca mucho más; pues como hemos señalado, se incluyen aspectos tendentes al establecimiento de una “política penal común” la cual, en menor o mayor medida, toca aspectos relacionados con el derecho interno de cada uno de los Estados parte, tanto en lo referente al derecho penal objetivo (ius poenale) como al derecho penal subjetivo (ius puniendi) el primero relacionado con la definición de determinadas acciones como crímenes o delitos y la determinación de su correspondiente pena y el segundo relacionado con la facultad punitiva del Estado para imponer estas penas a todo aquél que cometa la referida acción, siendo algunos de estos aspectos objeto de más de una controversia por temas ligados a soberanía, orden público interno e internacional, derechos humanos y costumbres, entre otros aspectos, independientemente de la relativa “flexibilidad” de sus textos para ajustarse a las características del sistema normativo de cada Estado en particular.

El convenio sobre cibercriminalidad reserva su capítulo III al tema de la cooperación internacional, señalando en su artículo 23 lo siguiente:

Los Estados firmantes cooperarán con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo, aplicando para ello los instrumentos internacionales relativos a la cooperación internacional en materia penal, acuerdos basados en la legislación uniforme o recíproca y en su propio derecho nacional, de la forma más amplia posible, con la finalidad de investigar los procedimientos concernientes a infracciones penales vinculadas a sistemas y datos informáticos o para recoger pruebas electrónicas de una infracción penal (Budapest, 2001).

De manera general, los artículos del 25 al 28 del referido texto normativo son los que establecen las pautas para la cooperación y asistencia mutua entre los Estados para llevar a cabo las investigaciones y recolección de evidencias. En esencia, como aspectos más relevantes de estos artículos, se establece que los Estados firmantes deberán ofrecer su colaboración, en la forma más amplia posible, con el objeto de facilitar la investigación de los hechos penales vinculados a sistemas y datos informáticos, así como con respecto a la recolección de las pruebas electrónicas vinculadas a tales hechos.

Se establece que, en caso de emergencia, los Estados firmantes podrán formular su solicitud de colaboración a través de medios de comunicación electrónicos, siempre que ofrezcan las condiciones suficientes de seguridad y autenticidad, pudiendo el Estado requerido responder a través de los mismos medios. Mientras que los artículos del 29 al 34, pertenecientes a la sección 2 del referido capítulo III, establecen las pautas especiales para la asistencia mutua en materia de medidas provisionales, como son la conservación rápida de datos informáticos almacenados y la rápida revelación de estos, así como la asistencia para la obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico de comunicaciones específicas e interceptación de datos relativos al contenido de estas comunicaciones transmitidas a través de un medio informático.

De manera particular, quisiéramos referirnos a lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 25 el cual señala que “salvo disposición en contrario expresamente prevista en el presente capítulo, la colaboración estará sometida a las condiciones fijadas en el derecho interno del Estado requerido o en los tratados de colaboración aplicables y (el Estado requirente) comprenderá los motivos por los que el Estado requerido puede negarse a colaborar” (Budapest, 2001).

De una lectura rápida e irreflexiva de la referida disposición, muy probablemente nos llegaría a la mente que el convenio se ha colocado en el plano de una textura peligrosamente abierta, situando en aparente desequilibrio la condición de reciprocidad que debe primar entre los Estados signatarios de la misma, lo cual de alguna manera no deja de tener algo de cierto, sin embargo, esto encuentra su razón de ser en la naturaleza primigenia de la cooperación internacional, pues si bien esta figura se ajusta regularmente a los criterios de reciprocidad, en esencia mantiene su carácter de cortesía y discrecionalidad, sobre todo en los puntos en que no existe un compromiso concreto, expresamente plasmado en un texto vinculante, especialmente cuando lo solicitado pudiere afectar directa o indirectamente al orden público interno de este Estado requerido.

Por otra parte, y con la finalidad implícita de reducir los conflictos por las negativas de colaboración de un Estado ante algún requerimiento en particular, especialmente en ausencia de un compromiso concreto y vinculante, el propio convenio nos remite en el numeral 5 del referido artículo 25 a la verificación de la llamada doble incriminación, autorizando al Estado requerido a supeditar su colaboración a los casos en que el hecho constitutivo de la infracción, sobre el cual se requiera la colaboración, sea también considerado en su derecho interno como infracción penal, poco importa que no se encuadre en la misma categoría o que sea designado con la misma terminología.

Es en este mismo sentido que resulta esencial la cuestión de conocer no solamente el sistema normativo del Estado al cual se realiza el requerimiento sino también su cultura jurídica y hasta sus costumbres, pues lo que es legal y generalmente aceptado en el Estado requirente puede ser totalmente inaceptable y contrario a las normas y al orden público interno del Estado requerido y viceversa, en ocasiones pudiera incluso resultar contrario al orden público internacional. En otras palabras, no basta simplemente con verificar la existencia o no de un tratado, o si el mismo ha sido ratificado o no, se hace imperativo también verificar que la solicitud sea compatible con las normas internas y el orden público del Estado requerido, así como el orden público internacional.

Hay situaciones que se presentan en la cooperación que tienen que ver con la penalización o no de tal o cual delito en un país determinado, tenemos por ejemplo que la pornografía infantil es considerada como delito por una gran cantidad de países, sin embargo, en Cuba, por ejemplo, no es considerada como tal, entonces tenemos que si un país le pide a Cuba cooperación internacional con relación a un delito de pornografía infantil es posible que este le conteste que no puede ayudarlo porque eso no es un delito en su legislación interna (Verdhello, 2020).

Dentro de los compromisos que el Convenio de Budapest establece como vinculantes, sobre los cuales el Estado requerido no podrá rehusar su colaboración, so pena de comprometer su responsabilidad internacional, se encuentran los establecidos en los artículos del 2 al 11 del referido texto normativo, cuyo contenido se refieren a infracciones relacionadas con acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos, ataques a la integridad del sistema, abuso de los dispositivos, falsificación informática, fraude informático, pornografía infantil, infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines, así como las tentativas de cometer estos delitos.

Es importante agregar que, independientemente de las consideraciones anteriores, el convenio ha establecido en su artículo 27.o algunas reservas especiales, ante cuya solicitud los Estados requeridos pueden denegar su asistencia, dentro de estas se enmarcan los requerimientos vinculados con asuntos políticos y aquellos que puedan poner igualmente en riesgo su soberanía y seguridad.

Ha sido igualmente prevista la posibilidad de aplazamiento de la prestación de la asistencia en los casos en que esta pueda perjudicar investigaciones o procedimientos que se encuentren en curso por las autoridades nacionales, evidentemente que haciendo constar los motivos y no sin antes verificar con el Estado requirente si la colaboración puede ser otorgada de manera parcial o bajo ciertas reservas. Se establece igualmente, de manera especial, la posibilidad de que el Estado requirente pueda solicitar al Estado requerido que la propia existencia y objeto de la demanda sea mantenida en total o parcial confidencialidad.

En lo que se refiere a los procedimientos de tramitación de las solicitudes de cooperación, el Convenio de Budapest remite a los protocolos y canales tradicionales de cooperación internacional, es decir, a través de las autoridades centrales de política exterior, como son los ministerios de relaciones exteriores, conocidos en algunos países como cancillería, o cualquier otra entidad equivalente. No obstante, y en vista de la propia naturaleza de los delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, así como la vulnerabilidad de las pruebas electrónicas vinculadas a tales hechos, el convenio ha establecido ciertos protocolos para los casos considerados de urgencia.

En los casos considerados de urgencia, el Estado requirente podrá dirigir directamente a las autoridades homólogas del Estado requerido las solicitudes de asistencia, con el compromiso de remitir simultáneamente una copia de tal solicitud a la autoridad central del Estado requerido con el visado de la autoridad central del Estado requirente, estableciendo de manera especial que todas las demandas o comunicaciones formuladas al amparo de estas disposiciones podrán ser tramitadas a través de la Organización Internacional de la Policía Criminal (INTERPOL).

En adición a lo anterior, el artículo 35 del convenio insta a los Estados a establecer un punto de contacto disponible las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, la llamada Red 24/7, con el objeto de garantizar la

asistencia inmediata con relación a las investigaciones o procedimientos relacionados con el cibercrimen.

### **PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO SOBRE LA CIBERDELINCUENCIA RELATIVO A LA PENALIZACIÓN DE ACTOS DE ÍNDOLE RACISTA Y XENÓFOBA COMETIDOS POR MEDIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS**

El 28 de enero de 2003 fue adoptado en Estrasburgo el Protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos (STE 189) (Consejo de Europa, 2003) este viene a complementar el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 2001) especialmente en los aspectos de cooperación internacional y asistencia mutua en la persecución y penalización de la propaganda de índole racista y xenófoba difundida a través de sistemas informáticos. El artículo 2 de este protocolo adicional define como material racista y xenófobo lo siguiente:

Todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión, en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores” (Consejo de Europa, 2003).

En lo que se refiere a los aspectos de armonización legislativa y cooperación internacional de este protocolo adicional, básicamente podemos observar que el mismo hace extensiva la aplicación de las medidas y procesos establecidos en el convenio base, pues en su capítulo III, artículo 8, numerales 1 y 2, expresa textualmente que los artículos 1, 12, 13, 22, 41, 44, 45 y 46 del convenio se aplicarán, mutatis mutandis, al presente Protocolo. Las partes harán extensivo el ámbito de aplicación de las medidas definidas en los artículos 14 al 21 y en los artículos 23 al 35 del convenio a los artículos 2.º al 7.º del presente protocolo, razón por la cual no resulta necesario detenernos a analizar estos aspectos con relación a este protocolo adicional.

### **SEGUNDO PROTOCOLO DEL CONVENIO DE BUDAPEST**

El Convenio de Budapest finalmente ha abierto a la firma su segundo protocolo de actualización y reforzamiento en materia de cibercrimen y evidencia digital. Este protocolo, preparado por el Comité de la Convención sobre Ciberdelincuencia (T-CY, por sus siglas en inglés) se encontraba en etapa de redacción y discusión desde el mes de septiembre de 2017 y tenía prevista



su apertura para la firma el mes de diciembre de 2020, lamentablemente, por efectos de la pandemia del COVID 19, se retrasó un poco su apertura, viendo la luz recientemente en este mes de mayo del presente año 2022 en un acto realizado en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo en cuya ceremonia suscribieron el documento 22 países miembros.

La razón de ser de este segundo protocolo se fundamenta en el aumento vertiginoso de la cantidad de delitos cibernéticos, de la cantidad de dispositivos con tecnologías mucho más avanzadas a las existentes en el momento en que fue puesto en funcionamiento el convenio base y con esto el aumento exponencial de usuarios y víctimas, enfrentándonos hoy día a nuevos sistemas, como es el caso de la computación en la nube, lo cual acarrea nuevos retos en materia de territorialidad y jurisdicción. Cuestiones como ¿Dónde está siendo cometido el delito?, ¿dónde están las pruebas?, ¿Quién tiene la evidencia?, ¿Qué régimen legal es aplicable para solicitar o divulgar datos?, toman todavía matices más intrincados.

Este nuevo protocolo pretende aportar soluciones más eficientes en lo que se refiere a la obtención de información sobre suscriptores, las cuales se sitúan actualmente en más de 170,000 solicitudes al año, procurando una cooperación más directa en la relación Estado / proveedores de servicios para facilitar las informaciones de registro de nombres de dominio, obtener datos almacenados y contenido relevante en una situación de emergencia, así como hacer frente a situaciones como la obligatoriedad de los proveedores de responder a las solicitudes legales y el manejo de la confidencialidad de estas, entre otras cuestiones relevantes, lo anterior con el objetivo de que la asistencia mutua sea más eficaz, conciliando estas medidas eficientes y efectivas con el Estado de derecho y los requisitos de protección de datos, dentro del marco de normas más claras y estables (Seger, 2020).

En lo referente a la obtención de información o evidencias, el segundo protocolo intenta sentar las bases y proveer procedimientos para una cooperación directa entre las autoridades de un Estado y un proveedor de servicios ubicado en el territorio de otro Estado, exclusivamente dentro del marco de una investigación criminal o procedimiento y solo respecto a información almacenada que sea relevante para la referida investigación o procedimiento (Albani, 2020).

En este sentido, se plantea dotar de poderes especiales a las autoridades competentes de un Estado a los fines de emitir una orden o solicitud a un proveedor

de servicio localizado en otro Estado, obligar a los Estados parte a adoptar todas las medidas necesarias para que estos proveedores de servicio puedan responder de manera eficaz y eficiente a estos requerimientos, estableciendo un límite de tiempo para responder a tales solicitudes, estandarizar el formato de los requerimientos y los mecanismos de trámite, así como establecer las pautas para la denegación de estas, entre otros aspectos relevantes.

De manera especial, en situaciones de emergencia, el segundo protocolo tiene dentro de sus propósitos proveer un procedimiento expedito, limitado a las solicitudes de emergencia en las cuales exista un riesgo significativo e inminente hacia la vida o la integridad de cualquier persona física, esto requiere que la parte solicitante describa detalladamente los hechos que demuestran o le hacen suponer que la emergencia es real y cómo la asistencia solicitada se relaciona con tal emergencia, quedando igualmente la parte solicitante en la obligación de presentar evidencias adicionales en caso de que le sea requerida. A estos fines, el segundo protocolo procura reforzar la red 24/7, dotándole de mayor flexibilidad respecto a los canales de transmisión y los protocolos de respuesta.

Como novedad de este protocolo se establece la armonización de procedimientos para la utilización de videoconferencias a los fines de recoger las declaraciones de testigos expertos, sospechosos o personas acusadas en el lugar que el Estado requerido permita la audiencia. Igualmente, se plantea el uso de esta tecnología con otros propósitos relacionados, incluyendo la identificación de personas u objetos.

En conclusión, la Convención de Budapest, con su nuevo protocolo, pretende ajustarse a los más altos estándares y necesidades del cibercrimen como un instrumento especializado de justicia criminal internacional con el objetivo de proveer mecanismos operacionales y de asistencia mutua que permitan investigar y asegurar las evidencias electrónicas de manera eficaz y eficiente, dentro de un marco legal que a la vez garantice la protección individual y los derechos en el ciberespacio.

Para alcanzar el consenso internacional respecto a un sistema de cooperación internacional, con el objetivo de hacer que la libertad en internet sea compatible con la necesidad de proveer a la justicia criminal con las herramientas adecuadas para la persecución del cibercrimen y la recolección de evidencias digitales, en un ambiente de respeto a los derechos humanos, las políticas internacionales a estos fines deben ser consideradas como prioridad (Salt, 2020).

## COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS Y EL SECTOR PRIVADO

Históricamente, cuando hemos hablado de cooperación internacional, lo hemos hecho enfocados en la interacción entre los diferentes Estados para tratar de perseguir los hechos criminales y actos fraudulentos cometidos por personas, físicas o morales, pertenecientes a diferentes soberanías o cuando sus actos o efectos, de alguna manera u otra, se encontraban relacionados a un territorio extranjero; lo anterior basado en los principios tradicionales de solidaridad, cooperación y reciprocidad entre los Estados que conforman la llamada comunidad internacional.

Hoy la historia toma un rumbo diferente, incluso cuestionando en ocasiones la intervención excesiva del aparato Estatal en ciertas diligencias con carácter transfronterizo, especialmente las que requieren de acciones expeditas, como es el caso de los hechos penales vinculados a sistemas y datos informáticos, a los que hemos denominado cibercrimen. Es en este punto donde se plantea la integración directa de una tercera fuerza, a la que llamaremos el sector privado, conformado de manera especial por los “prestadores de servicios” tal como han sido denominados en el Convenio de Budapest.

Desde esta óptica, no ha de sorprender que se formulen una serie de cuestionamientos de resistencia en torno a la participación de estos actores no estatales y la legalidad de sus actuaciones, incluso respecto a la legalidad misma de la evidencia digital obtenida mediante la cooperación directa de estos prestadores de servicio, pues no debemos olvidar que hemos sido tradicionalmente parte de un sistema controlado, en principio, por los actores estatales y su recalcitrante concepto de supremacía de las instituciones.

Para poder asimilar estos cambios y validar cada vez más la importantísima colaboración del sector privado en los temas de cooperación en materia de cibercrimen, hay que situarse en la propia perspectiva de la evolución social y su proyección globalizada, especialmente mediante el uso de las tecnologías de información y comunicación.

Hace veinte años, por ejemplo, en el ambiente jurídico casi nadie hablaba de delitos informáticos o cibercrimen y de repente estos conceptos son mencionados a diario por todos los estamentos, a nivel estatal o privado, prácticamente como si se tratara de una tendencia de moda. La necesidad imperiosa de interactuar con el sector que maneja precisamente estas tecnologías, a los fines de prevenir, perseguir y obtener las evidencias de un hecho criminal realizado en esta esfera

virtual, es hoy día una realidad innegable, lo que nos obliga a reconocer su importancia y a valorar su colaboración.

Tal como los terroristas y el crimen organizado han aumentado sus actividades en el internet, medios sociales y aplicaciones con mensajes encriptados para ejecutar sus planes criminales, asegurar la evidencia desde los proveedores de estos servicios es vital. La evidencia electrónica (e-evidence) almacenada por estos proveedores de servicio pueden probar donde ha sido cometido tal crimen, mostrar las comunicaciones incriminatorias y determinar la ubicación de los agresores. Obtener estas evidencias digitales pueden asegurar que la persona indicada sea efectivamente perseguida, procesada y aquellos que perpetraron tales hechos criminales sean llevados a la justicia (UNODC, 2022).

Hoy día confluyen en la investigación del delito informático tanto los propios Estados a través de sus órganos judiciales y de seguridad como los actores privados que prestan servicios relacionados con internet y que, por sus características, trascienden fronteras y jurisdicciones. En suma, circundando a la asistencia judicial clásica, se van sucediendo colaboraciones y entrecruzamiento de información para la investigación criminal provista a los órganos judiciales, sin distinción de nacionalidad, por parte de las prestadoras de servicios en internet (ESP) y de las prestadoras del servicio de internet (ISP). (Deluca y del Carril, 2017).

En cuanto al marco legal en que se desarrollan las interacciones de cooperación entre los Estados requirentes y estos prestadores de servicios, nos siguen ilustrando estos autores cuando señalan que:

Esta virtual asistencia internacional no se rige, como es obvio, por los convenios internacionales, sino que se va construyendo a partir de manuales de buenas prácticas, guías de acción para fuerzas de la ley (Law Enforcement Guidelines) propuestas por las compañías de internet a partir de la propia interpretación de las normas locales que las obligan e, incluso, por relaciones interpersonales que generan vínculos de confianza entre las empresas y las instituciones (Deluca y del Carril, 2017).

Esta cooperación, calificada por los autores recién citados como “caótica” y llevada a cabo dentro del marco de buena voluntad no deja de tener sus obstáculos:

La información de estos proveedores está en todas partes del mundo, puede ser que una información se encuentre almacenada en México o en Guatemala

o en Estados Unidos. Puede que una persona llame a Estados Unidos a pedir información y le digan que la información está en Suecia o que esta persona llame a Suecia y le informen que la clave para acceder a esa información la tienen en los Estados Unidos (Verdhello, 2020).

Incluso pudiera ser que esta información se encuentra segmentada, por ejemplo, que sea requerida a una empresa prestadora de servicios con sede central en los Estados Unidos y las evidencias se encuentren almacenadas una parte en un servidor de Francia y la otra en China, solo para dar un ejemplo.

Normalmente, cuando se realizaba alguna búsqueda de información relacionada a un delito pues simplemente se buscaba en los archivos de la computadora; ya con la evolución, la mayor parte de esta información puede que se encuentre en archivos fuera de la computadora, en la llamada nube, que básicamente consiste en alojar datos remotamente, en diversos servidores que se encuentran en varias partes del mundo y se mueven aleatoriamente, en la mayoría de los casos las personas e incluso los proveedores de servicio ni siquiera saben en qué país puede estar alojado el servidor que contiene sus datos (Azzolin, 2020).

Entonces se presentan cuestiones de difícil solución, tanto a nivel técnico como de jurisdicción competente, lo que a menudo culmina con el fracaso de la investigación, es en este sentido que se requiere de un inmediato reforzamiento y armonización en las normativas que regulen estos procesos, pues el propio concepto de “el lugar donde esté alojada la evidencia” carece ya de sentido.

Azzolin sugiere un cambio de paradigma, cambiar el concepto del “lugar de la evidencia” por el de “quién tiene el control de los datos”, cuestiones que son ya tomadas en cuenta en el contenido del segundo protocolo de Budapest, mientras tanto podíamos ir observando una muestra de este cambio de paradigma a través de la promulgación en los Estados Unidos de la ley denominada “*cloud back*” que en una de sus disposiciones establece que “a partir de ahora, las órdenes judiciales de los jueces americanos dirigidos a las empresas norteamericanas sirven para la información que estas empresas tienen almacenadas tanto en los Estados Unidos como en territorios extranjeros”, es en este sentido que Azzolin nos sigue diciendo: “No importa donde Google mande su información (a Finlandia, a Suecia o al espacio) lo importante es saber dónde está Google a los fines de solicitarle al juez competente de donde se encuentre Google para obtener esta información”.

## **LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DESDE LA PLATAFORMA DEL GRUPO META**

Acorde a Rick Cavalieros, Law Enforcement Outreach Manager (trad. Gerente de enlace con las autoridades de la ley) del grupo META, anteriormente conocido como grupo Facebook, la empresa META y sus empresas filiales como Instagram y WhatsApp, cuentan con herramientas para que las autoridades policiales e investigativas puedan solicitar información sobre los perfiles y datos contenidos en las páginas de Facebook o cuentas de Instagram, o en el caso de WhatsApp, datos relativos a sus suscriptores, expresando que la empresa tiene dos portales separados, uno para solicitar información de las cuentas de Facebook e Instagram y otro portal para WhatsApp.

Preservar una cuenta, por lo menos a través de Facebook o de WhatsApp, puede hacerse en unos treinta segundos, como mucho. Anteriormente había que hacerlo a través de una solicitud, por lo menos en los Estados Unidos, al departamento de justicia, esto pasaba a una unidad de análisis y posteriormente enviaban la orden de preservación; todo eso llevaba bastante tiempo y el tiempo en estos procesos es muy importante porque en cuestión de segundos se puede perder toda información, especialmente si la persona o personas que están siendo investigadas sospechan que están siendo investigados (Cavalieros, 2020).

La empresa META, como hemos referido antes, cuenta con dos portales de solicitud, identificados como “Online Record Request System” que traducido al español sería algo como Portal En Línea de Solicitud de Registros, además de contar con un personal humano, que en propias palabras de Cavalieros, puede ir orientando y ayudando a los solicitantes con sus dudas. Dentro de estos analistas, hay un equipo llamado ERT que son los que reciben 24/7 las solicitudes de emergencia, los cuales, acorde a las leyes de los Estados Unidos, pueden ofrecer estas informaciones de manera urgente a los oficiales de la ley en los casos en que se verifica una inminente amenaza a la vida o daños corporales graves, en tal caso se puede enviar esa información sin necesidad de orden judicial.

A pesar de que los portales son exactamente los mismos para todos los países, el procedimiento de solicitud y respuesta dependerá de la legislación de cada país, de cuál autoridad y cómo esa autoridad está facultada por su norma interna para solicitar esa información. Por ejemplo, en algunos países los fiscales deben proveerse de una orden judicial para solicitar esta información mientras que en otros están facultados para realizar estas solicitudes directamente a los proveedores de servicio.

## **LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DESDE LA PLATAFORMA DEL GRUPO MICROSOFT**

En cuanto a la empresa Microsoft, Bethular (2020) nos explica que este gigante de la tecnología también ha adecuado su procedimiento de requerimientos judiciales de información de una manera sustancial en los últimos días, pues desde el mes de noviembre de 2020 estos trámites se realizan a través de un servicio online, dentro del cual se incluye también una asistencia especial en casos de emergencia. Dentro de los servicios más populares de Microsoft se encuentran los correos de Outlook y Hotmail, One Drive, Xbox Live, Skype, LinkedIn, Teams y Office 365, entre muchos otros.

Es importante señalar que Microsoft es una empresa de los Estados Unidos y sus procedimientos siempre estarán ajustados a la legislación de este país, aunque tenga diferentes oficinas operativas alrededor del mundo. Sus procedimientos de otorgamiento de información varían dependiendo de si el trámite es simple o urgente. Para el trámite simple u ordinario puede realizarse a través del Law Enforcement Request Portal y el tiempo aproximado de respuesta es de 10 días hábiles desde la remisión de la solicitud, la información se ofrece únicamente dentro del contexto de una investigación penal y comprende datos registrales y logs de conexión de los servicios online de Microsoft. En el caso específico de LinkedIn, el requerimiento debe realizarse a través de la vía tradicional de la comisión rogatoria, la cual implica que una autoridad judicial de un país realice una solicitud formal para obtener asistencia en un caso específico.

El trámite urgente solo tiene aplicación en casos de real emergencia, es decir, bajo el típico supuesto en que se verifique una situación de peligro inminente de muerte o lesiones físicas graves a una o varias personas determinadas, directamente relacionadas con la investigación y la información que se solicita. Estas solicitudes se realizan a través del correo electrónico [lealert@microsoft.com](mailto:lealert@microsoft.com) y el tiempo aproximado de respuesta es de 6 horas.

## CONCLUSIONES

Internet ha redefinido los paradigmas del comportamiento criminal, permitiendo a los delincuentes que residen en una jurisdicción perpetrar los delitos en otra u otras de manera simultánea y bajo el manto de un anonimato casi absoluto. A través de la tecnología, los delincuentes y grupos criminales realizan una variedad de actos que incluyen la explotación sexual de niños, el tráfico de drogas y armas, el robo de identidad, los fraudes financieros y un sinnúmero de acciones dolosas que sobrepasan la capacidad de comprensión de un ciudadano común.

Estas innovaciones criminales han cambiado las reglas del juego en cuanto a la persecución criminal y aplicación de la ley se refiere. Las instituciones diseñadas para proteger la seguridad nacional, limitadas por naturaleza al marco de su propia jurisdicción, han tenido que rediseñarse para poder proveer de una respuesta eficaz a una industria del cibercrimen que crece de manera exponencial. Es en este sentido que resulta impostergable que todos los Estados del mundo colaboren de manera activa en la prevención y persecución de estos delitos y armonicen, en la medida de lo posible, sus normas sustantivas y adjetivas para facilitar la cooperación internacional en la lucha contra el cibercrimen.

Es necesario también entender, y aquí radica parte de la dificultad de su implementación, que estos procesos deben mantenerse siempre apegados al ideal de protección del Estado democrático y el orden público interno e internacional. Se trata pues de equilibrar los conceptos de soberanía y seguridad con un proceso que también garantice rapidez, previsibilidad, eficiencia y seguridad jurídica, tal como lo demanda el escenario actual.

Los tratados, convenios y codificaciones internacionales son sistemas correctos en el sentido de que, al menos en principio, tratan de armonizar la solución de eventuales conflictos, normativos o procesales, que pudieran surgir de tal o cual relación. Parecería ser que este es el sistema ideal, pues estos instrumentos intentan garantizar los elementos de previsibilidad, de orden público, debido proceso, seguridad, etc., y estamos seguros de que así sería, si no existieran los infinitos criterios interpretativos sobre lo que significan cada uno de estos conceptos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En base a esta disparidad conceptual generalizada entre los diferentes elementos que concurren al momento de dar respuesta a una solicitud de cooperación internacional, se hace necesario realizar reformas con miras a



enmarcar dentro de un concepto concreto y claro las nociones fundamentales que concurren en el proceso. En otras palabras, unificar criterios entre los diferentes ordenamientos jurídicos mediante una clara definición del significado y alcance de cada uno de estos elementos de conflicto, que es lo que en cierta medida ha sido el espíritu del Convenio de Budapest desde el momento de su creación y que ahora pretende reforzar con la entrada en vigor de su segundo protocolo.

En principio, si se contara con un texto que preventivamente eliminara cuestiones interpretativas y utilizara categorías muy delimitadas, se evitarían problemas *a posteriori*. No obstante, esta labor aparenta ser un tanto titánica cuando intervienen los factores de cultura jurídica y de orden público de un Estado en particular.

La solución más simple a cuestiones como las señaladas vendría dada por la existencia, junto al texto del convenio, de la atribución de competencia interpretativa a una jurisdicción internacional que se pronunciase en caso de existir desavenencia en torno a los términos del convenio. Es decir, abrir expresamente la vía a un recurso en una jurisdicción internacional o acudir a una organización especializada en la materia objeto del texto internacional que asegure una interpretación objetiva y autónoma, lógicamente mediante un sistema también expedito, pero en lo que esto llega debemos conformarnos con la buena voluntad y el ánimo de cooperación y asistencia mutua entre los Estados parte.

Otro de los temas que no podemos dejar de lado es la creciente y extremadamente necesaria colaboración del sector privado, los llamados proveedores de servicio, con las autoridades estatales de los diversos países en los procesos que envuelven las persecuciones e investigaciones sobre hechos criminales cometidos en el ciberespacio y desde sus plataformas de servicio. Y es que no podía ser de otra manera, pues estos constituyen la fuente primaria, la plataforma que sirve de instrumento para que los criminales del ciberespacio realicen sus actos dolosos. Es por esto que nos atrevemos a afirmar que hoy día resulta prácticamente imposible pensar que la persecución e investigación de los actos criminales llevados en esta esfera virtual pueda ser una actividad exclusiva de los aparatos estatales sin la colaboración activa del sector privado.

Podemos estar plenamente seguros, al menos en la mayoría de los casos, que estas plataformas virtuales no han sido creadas con el objetivo de realizar actos contrarios a la seguridad y a la integridad de sus usuarios o de sus bienes, cuestión por la cual la cooperación de este sector privado reviste un interés

mutuo, pues a la vez que cumplen con el deber ciudadano o institucional de colaborar con las autoridades en los temas de investigación y persecución de actos criminales, coadyuvan en el mantenimiento de un ciberespacio seguro a la vez que protegen también su reputación frente a sus usuarios y patrocinadores.

El propio Convenio de Budapest, aunque de manera un poco tímida, se refiere en su preámbulo a la importancia de reconocer la necesidad de una cooperación entre los Estados y la industria privada en la lucha contra la cibercriminalidad, esto por la necesidad de proteger los intereses legítimos vinculados al desarrollo de las tecnologías de la información, lo anterior a pesar de que en el contenido de sus textos se sigue delegando en el “Estado requerido” las funciones operativas o de gestión, con carácter de intermediación, entre el Estado requirente y el prestador de servicios localizado en su territorio, supeditando la asistencia solicitada a una acción de mandato, orden u obligación de este “Estado requerido” sobre el prestador de servicios.

En principio, digamos, este mecanismo es hasta cierto punto comprensible, pues evidentemente que el convenio debe mantener su esencia de instrumento de compromiso entre Estados. Sin embargo, seguimos apostando a que este segundo protocolo, que ha sido recientemente abierto a su firma, realmente ayude a dinamizar estos aspectos mediante una interacción más directa entre Estado requirente y el sector privado proveedor del servicio, tal como ha sido planteado.

Es importante tener muy claro que la intención no es que la intervención estatal sea totalmente desplazada y suprimida por la interacción directa del Estado requirente con el sector privado, sino más bien crear la conciencia de que se hace impostergable el establecimiento de mecanismos más fluidos, con una intervención Estatal mínima en los aspectos operativos de “intermediación”, quizás tratando de reforzar la parte regulatoria, mediante instrumentos que garanticen el control estatal, pero que a la vez simplifiquen, dinamicen, fortalezcan y complementen sus actuaciones, pues está claro que dada la propia naturaleza de la colaboración requerida, una excesiva “intermediación” operativa del aparato estatal, con sus consecuentes entramados burocráticos, pudieran afectar seriamente el desarrollo y feliz término de una investigación de esta naturaleza.

En sentido general, debemos estar conscientes de que la efectividad y celeridad con que deben manejarse estos procesos también forman parte del escenario actual y con ella la permanente necesidad de transformación y

adecuación del régimen legal que está llamado a regularlos. Las normas de hoy serán obsoletas mañana, el proceso que hoy es efectivo posiblemente mañana deje de serlo pues las disposiciones normativas deben estar siempre un paso adelante o al menos caminar paralelamente a los procesos que regulan.

Es en este sentido que entendemos que la revisión y actualización de las normas que regulan la cooperación internacional en materia de cibercrimen no debe enmarcarse dentro de la realización de nuevos cambios estáticos que otorguen solución a un conflicto existente o claramente previsible, se trata pues de crear normativas y procedimientos capaces de adaptarse a las diferentes situaciones que se presentan en el día a día, de fluir con la misma rapidez que caracteriza a las tecnologías del mundo actual, e incluso con mecanismos de auto revisión periódica y órganos supranacionales de unificación de criterios, pero sobre todo con la participación de todos los actores que intervienen en los referidos procesos, pues solo así estaríamos alcanzando el verdadero propósito de una cooperación internacional eficiente y segura, acorde a las necesidades actuales. ■

## REFERENCIAS

- Albani, I. (2020). *Effective Access to electronic evidence: towards a new Protocol to the Budapest Convention*. International Association of Prosecutors and the Council of Europe. Webinar.
- Artigas, C. & Rodríguez, A. L. (2022). *II Jornada STIC - Colombia: La cooperación internacional, fórmula contra el cibercrimen*. TrendTIC. <https://www.trendtic.cl/2022/03/ii-jornada-stic-colombia-la-cooperacion-internacional-formula-contra-el-cibercrimen/>
- Azzolin, H. (2020). *Acceso Fronterizo*. Diplomado de Posgrado Iberoamericano en Cibercrimen. Universidad Hartmann de México e Instituto Argentino de Reconstrucción Forense Especializada.
- Bethular, G. (2020). *Cooperación entre Estados y el Sector Privado*. Diplomado de Posgrado Iberoamericano en Cibercrimen. Universidad Hartmann de México e Instituto Argentino de Reconstrucción Forense Especializada.
- Cavalleros, R. (2020). *Cooperación entre Estados y el Sector Privado*. Diplomado de Posgrado Iberoamericano en Cibercrimen. Universidad Hartmann de México e Instituto Argentino de Reconstrucción Forense Especializada.
- Consejo de Europa (2001). *Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest.
- Consejo de Europa (2003). *Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos*. Estrasburgo.
- Consejo de Europa (2022). *Mejor acceso a las pruebas electrónicas para combatir la delincuencia*. (s/f). Europa.eu, de <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/e-evidence/>
- Deluca, S. & del Carril, E. (2017). *Cooperación Internacional en Materia Penal en el Mercosur: El Cibercrimen*.
- Fernández, J. & Sánchez, S. (2012). *Diplomado en Derecho de los Negocios Internacionales*. Fundación Global, Democracia y Desarrollo (Funglode) y Universidad Complutense de Madrid.

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) (2022). *Compendio de Ciberdelincuencia organizada*, Naciones Unidas, Viena. p.116

Salt, M. (2020). *Effective Access to electronic evidence: towards a new Protocol to the Budapest Convention*. International Association of Prosecutors and the Council of Europe. Webinar.

Sánchez, G. (2012). *Ciberespacio y el Crimen Organizado*. Los Nuevos Desafíos del Siglo XXI. Universidad Complutense de Madrid.

Seger, A. (2020). *Effective Access to electronic evidence: towards a new Protocol to the Budapest Convention*. International Association of Prosecutors and the Council of Europe. Webinar.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2018). *Practical Guide for Requesting Electronic Evidence Accross Borders*. <https://sherloc.unodc.org/cld/en/publications/practical-guide/practical-guide.html>


Verdhelo, P. (2020). *Cooperación Internacional entre Estados y Acceso Fronterizo*. Diplomado de Posgrado Iberoamericano en Cibercrimen. Universidad Hartmann de México e Instituto Argentino de Reconstrucción Forense Especializada.


# APLICACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) EN LA ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA: ¿AMENAZA U OPORTUNIDAD?

Application of information and communication technologies (ICT) in the administration of the public service of justice: threat or opportunity?

 **Khiara H. Henríquez Hernández**

 Jurisdicción Inmobiliaria.  
República Dominicana

 [haannoggy011@hotmail.com](mailto:haannoggy011@hotmail.com)

 [linkedin.com/in/khiara-haannoggy-henriquez-hernandez-abogada/](https://www.linkedin.com/in/khiara-haannoggy-henriquez-hernandez-abogada/)

Artículo de investigación

Recibido: 15 de diciembre de 2021

Aprobado: 25 de abril de 2022



Obra bajo licencia  
Creative Commons  
Atribución-Nocomercial-  
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)

## RESUMEN

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han permeado la administración de la justicia, y el quehacer jurídico de los abogados, permitiendo el fortalecimiento de la transparencia, la economía procesal, procedimientos estandarizados, así como mayor eficiencia, productividad laboral, y organizacional a través del empleo de herramientas digitales. No obstante, la implementación de las TIC no debe implicar conculcaciones al debido proceso, el acceso a la justicia, ni a la protección de datos personales en el ámbito judicial. A pesar de los desafíos que conlleva dicha transformación digital, en la administración del servicio público de la justicia debe imperar la tutela de la seguridad jurídica, y de los principios constitucionales y legales, articulándose las medidas que permitan obtener su máximo provecho, sin desnaturalizar las bases sobre la cual se cimienta el derecho.

## PALABRAS CLAVES

Justicia digital; legaltech; seguridad jurídica; tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

## ABSTRACT

Information and communication technologies (ICT) have permeated the administration of justice, and the legal work of lawyers, allowing the strengthening of transparency, procedural economy, standardized procedures, as well as greater efficiency, labor productivity, and organization through the use of digital tools. However, the implementation of ICTs should not imply violations of due process, access to justice, or the protection of personal data in the judicial field. Despite the challenges that this digital transformation entails, in the administration of the public service of justice, the protection of legal certainty and constitutional and legal principles must prevail, articulating the measures that allow maximum benefit to be obtained, without distorting the bases on which the law is founded.

## KEYWORDS

Digital justice; information and communication technologies (ICT); legaltech; legal security.

Henríquez Hernández, K. H. (2022). Aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el derecho: ¿amenaza u oportunidad? *Revista Saber y Justicia*, 1(21), 54-86. <https://saberyjusticia.enj.org>

## INTRODUCCIÓN

El siglo XXI se caracteriza por ser de grandes avances en la era digital y de la información, en el que, la tecnología y la globalización han transformado e interconectado la vida de las personas. Estos cambios también han permeado de forma significativa el derecho. De manera que, los sistemas jurídicos del mundo se han inclinado por el empleo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

La implementación de la tecnología en la administración del servicio público de la justicia, se produce en un sistema que tiene características propias, específicas y un tanto complejas, donde los formalismos y el cumplimiento de las normas resultan ser fundamentales para garantizar el debido proceso y no conculcar los derechos de los ciudadanos. Por igual, los profesionales del derecho se enfrentan a cambios significativos en su forma de operar, que incidirán en el diseño de sus estrategias legales para la solución de casos y en la obtención de clientes en el mercado jurídico. Es menester ponderar la viabilidad de las TIC en el ámbito jurídico, pues, si bien representan una gran evolución para el derecho, esto no puede implicar la desnaturalización de su esencia.

El presente escrito está dividido en dos capítulos, el primero sobre la transformación del sistema de justicia tradicional a una justicia digital, que explica la aplicación de las TIC, y el segundo, acerca de la tutela de la seguridad jurídica en el sistema de derecho en el contexto de una justicia digital. Esto con el objetivo de exponer las referidas innovaciones tecnológicas y analizar sus ventajas y desafíos, en el marco de la legalidad y el respeto de los valores que constituyen el fundamento del sistema de justicia.

## TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA TRADICIONAL A UNA JUSTICIA DIGITAL

Los sistemas de justicia están experimentando cambios en sus métodos operacionales. El proceso es constante e imparable, y las exigencias son cada vez mayores; los usuarios demandan una mejor y más eficiente respuesta de la administración de justicia, y los profesionales del derecho requieren de destrezas digitales que les permitan brindar un servicio más eficaz a sus clientes.

En el sistema de justicia tradicional, las tramitaciones de los procesos se realizan mediante pruebas e instancias depositadas en papel físico en la secretaría de los tribunales, y notificadas de igual forma mediante actos instrumentados por alguaciles, celebraciones de audiencias presenciales, y decisiones firmadas



de manera manuscrita por los jueces. En adición, los abogados ofrecen sus servicios de manera presencial, y se trasladan a los diferentes tribunales del país para depositar documentos y comparecer a audiencias. No obstante, las nuevas tecnologías han transformado las prácticas tradicionales e implementado otras más modernas y estratégicas tanto desde la relación abogado-cliente como desde los servicios judiciales.

### APLICACIÓN DE LAS TIC EN LOS TRIBUNALES

E-justicia, ciberespacio, domicilio electrónico, medios telemáticos, e-gobierno, son términos que han surgido por la transformación digital. Las nuevas tecnologías han producido el surgimiento de la informática jurídica, la cual se clasifica en documental, de gestión y de decisión (García Barrera, 2018). Cada una de estas áreas de manera conjunta se emplean para estructurar las herramientas digitales que sirven de apoyo para el funcionamiento de los tribunales.

La gestión procesal digital debe estar acorde con lo establecido en los códigos de procedimiento de las diferentes materias del derecho; en su implementación, los principios de derecho mantienen toda su dimensión, modificándose únicamente el medio y la forma de hacerlos.

Mediante el diseño de sistemas informáticos se han estructurado programas de gestión procesal, que interconectan de forma digital las diferentes etapas que lo componen. Asimismo, se ha eficientizado la gestión de documentos con archivos digitalizados. Esto se complementa con el manejo de expedientes electrónicos, que permiten el registro y seguimiento de los procesos. Dichos sistemas han contribuido a la toma de decisiones en los tribunales, ya que han disminuido el tiempo y los costos.

En virtud del auge de la gestión procesal digital, ciertas legislaciones como la Ley núm. 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia en España, ha incluido la conceptualización de expediente electrónico, al señalar en su artículo 26.o, que este se concibe como el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado.

A diferencia del expediente tradicional, los documentos se clasifican y se almacenan en formato digital, quedando registrada cada fase del proceso y las

pruebas aportadas. De igual modo, la comunicación electrónica forma parte fundamental de la gestión procesal digital, toda vez que permite a los abogados remitir sus escritos con tan solo un clic. La configuración de expedientes electrónicos garantiza la transparencia de la actividad judicial, pues esto evita que estos sean manipulados.

El concepto de expediente digital se articula no sólo como una realidad a conseguir, sino como el símbolo expresivo de la idea de poner fin a la acumulación de papel de expedientes judiciales en los Juzgados (Sanjurjo Rebollo s/f). De igual modo, la digitalización del expediente es una necesidad imperiosa, pues daría mayor celeridad al proceso, lo haría más seguro en cuanto a la conservación de los medios de prueba y demás actuaciones e implicaría un beneficio medioambiental (Tecnologías al servicio de la Justicia y el Derecho, 2019).

En efecto, gradualmente los ordenamientos jurídicos a nivel global están articulando mecanismos que permitan la implementación de la gestión procesal digital, en especial el empleo de expedientes electrónicos, con el objetivo de simplificar el acceso a la justicia para la ciudadanía, descongestionar el sistema judicial y agilizar los trámites. Verbigracia de lo expuesto es el caso de España donde se ha implementado un modelo de presentación de demandas y escritos por vía telemática, así como notificaciones por la misma vía, y la conformación de expedientes electrónicos. Otro ejemplo es el caso del Estado de Nuevo León de México donde se ha estructurado el denominado tribunal virtual, el cual se concibe:

Como un sistema de procesamiento de información, electrónico o virtual, que permite la sustanciación de asuntos jurisdiccionales ante el Poder Judicial del Estado. El objeto de este tribunal es que la población tenga la facilidad de consultar, desde cualquier lugar que tenga conexión a internet, los acuerdos, promociones y documentos de los expedientes que las personas autorizadas tengan acceso, de conformidad con la ley. (México, Código de Procedimientos Civiles, artículo 44).

Por otro lado, dentro de las herramientas empleadas en la justicia digital se encuentran el *back-office* y el *front-office*, las cuales, al interconectar entre sí, se complementan y permiten un mejor desarrollo de los servicios judiciales digitales, y una reingeniería de las instituciones que conforman el sector justicia. Según el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2011), en el Modelo de Gestión de Justicia Digital, estas abarcan las siguientes dimensiones:

El *back-office* está conformada por ámbitos que se desarrollan intra y/o extra institucionalmente. Por otro lado, en los servicios de *front-office*, se observa la dimensión de Plataforma de e-Justicia, a través de la cual los diversos colectivos de usuarios tienen acceso a los servicios de justicia.

Uno de los pilares de la modernización de la justicia, es la implementación de un sistema integrado en el proceso judicial, en el que haya interoperabilidad y las partes dispongan de las herramientas que permitan la instrumentación de sus casos de manera digital. España y Brasil son ejemplos de modelos de justicia que emplean un Sistema Integrado Único de Gestión Judicial, que ha resultado eficiente.

La capacidad de comunicarse de un sistema de información, compartir e intercambiar datos de manera oportuna, efectiva y automática, forma parte esencial del desarrollo de la tecnología de la información y la comunicación. Sobre esta base se presenta la interoperabilidad, que permite que sistemas múltiples con diversas plataformas, estructuras de datos e interfaces, puedan intercambiar datos (Felipe Gómez, 2007).

Los sistemas de bases de datos interconectadas en expedientes digitales permiten tener información actualizada y tener acceso inmediato a informaciones necesarias para la instrumentación de los procesos. La interoperabilidad que se predica permitiría en el sector justicia optimizar recursos, tanto para las instituciones judiciales como para los ciudadanos; simplificar los trámites, y mejorar la administración de la justicia, ya que, los tribunales puedan validar informaciones desde las fuentes, tales como nombre, identificación, antecedentes penales, registro de inmuebles y muebles de los solicitantes, entre otros datos. Esto ofrece mayor seguridad jurídica, ya que conlleva a una gestión conjunta, ágil e integral, y que produce una conexión entre organismos judiciales y otras instancias no judiciales.

En otro orden, entre las herramientas tecnológicas que facilitarían la administración de la justicia, se encuentran las grabaciones digitales de las audiencias, no solo con grabadoras simples de voz o con cámaras que capten lo acontecido en las audiencias, sino también con el empleo de sistemas de reconocimiento de voz, lo cual se puede alcanzar mediante la inteligencia artificial. García Barrera (2018) en su artículo titulado Juzgado sin papel. Un paso más de la justicia electrónica establece:

El ciberespacio también necesita una ciberjusticia. Las tecnologías de la información y la comunicación en la justicia tienen dos vertientes: La primera es sólo como instrumento de apoyo, y la segunda es aquella donde la administración de dicha justicia se realiza en ellas, como verdadera justicia sin papel (...).

En el caso del sistema judicial de la República Dominicana, se estableció como uno de los objetivos de su Plan Estratégico 20/24, lograr un servicio de justicia eficiente y confiable apoyado en el uso de las TIC. En consecuencia, se ha diseñado una estructura donde los usuarios externos puedan realizar consultas mediante páginas web y aplicaciones móviles, además de las vías tradicionales (teléfono y presencial). También se han articulado servicios digitales para la consulta de expedientes y realización de notificaciones. En cuanto al usuario interno, disponen de base de datos en servidores de la institución y en la nube, programas de asignación aleatoria de casos, firmas electrónicas y calendarización de audiencias, entre otros.

Otro aspecto a precisar es que las TIC pueden tener impacto en los valores judiciales, principalmente en lo que respecta a la accesibilidad, transparencia y credibilidad. Dicha incidencia será positiva en la medida de que el empleo de las nuevas tecnologías sea para potenciar dichos valores, no así para vulnerarlos.

Con relación a los valores judiciales, Luhmann (2005) & Kallinikos (2004), citados por Cordella, A, Contino, F., (2020) afirman: “Los valores que proporciona el Poder Judicial están mediados y moldeados por administraciones y organizaciones, e implican interacciones entre individuos”. El Código del Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y el Código de Comportamiento Ético constituyen un eje principal de los lineamientos a seguir para lograr una justicia confiable. Uno de los mayores desafíos que enfrenta el sector judicial es la transparencia, la cual se considera la base de la denominada Justicia Abierta que:

Se define como la aplicación de la filosofía de Estado abierto en las instituciones relacionadas con la justicia. Es decir, del mismo modo está basado en la transparencia, la participación y la colaboración, con el uso estratégico de las TIC y constituye un paradigma de gobernanza pública para la justicia (Sandra & Mercado, 2019).

En Latinoamérica, Argentina y Costa Rica emplean un modelo de justicia abierta y de apertura de datos judiciales. La transparencia, la participación y la colaboración son ejes primordiales de la justicia abierta, en la cual, la

administración judicial debe crear los canales para el acceso a la información de este sector, empleando la tecnología, y estructurando políticas en las que se tome en consideración el diálogo con la ciudadanía, pues la eficientización de la justicia es un trabajo coordinado entre los diferentes sectores de la sociedad, y se logrará aunando y unificando esfuerzos colectivos. En ese contexto, la confianza en los organismos judiciales se acrecienta a través de la transparencia, que incluye rendición de cuentas y publicidad de los actos judiciales, acciones que pueden realizarse con mayor facilidad y alcance por medio de la utilización de las herramientas tecnológicas.

### **APLICACIÓN DE LAS TIC EN EL EJERCICIO DEL DERECHO: LEGALTECH**

La forma de ejercer el derecho está evolucionando de forma significativa tras la incorporación de las TIC. La computación en nube, los chatbots, los robots que emplean inteligencia artificial (ejemplo: Ross, Roberta), la jurimetría, el Big Data, constituyen parte de las herramientas que se han desarrollado y han introducido en el ámbito jurídico, en búsqueda de eficientizar la justicia y los servicios legales que ofrecen los profesionales del derecho.

En el marco de los servicios de derecho, ha surgido Legaltech, que utiliza las nuevas tecnologías para la solución de problemas jurídicos. Se auxilia de bases de datos de normativas, jurisprudencias y doctrinas (LexisNexis, Lexbe, vLex), aplicaciones y páginas web (LegalZoom, Draft Law, Rocket Lawyer), que son empleados de acuerdo a un fin determinado, facilitando la labor de los abogados y la recopilación de datos. Por igual, las herramientas digitales coadyuvan el trabajo de las oficinas de los abogados, a través del uso de sistemas de gestión de archivos electrónicos, uso de correos electrónico que mejora la comunicación, así como el registro de casos.

Al efecto, Lösing, N., en el artículo titulado Justicia digital y la legaltech en Alemania (2020), indica que Legaltech (en sentido estricto) se refiere a los programas informáticos que afectan directamente la prestación de servicios jurídicos, como la elaboración automatizada de documentos o escritos, la automatización del flujo de trabajo, la revisión de documentos, los instrumentos de autoservicio y las denominadas bases de datos inteligentes.

Según el profesor de la Vermont Law School, Oliver Goodenough (2015), las diversas ofertas de Legaltech se pueden dividir en aplicaciones 1.0 (software para la organización de oficinas), 2.0 (programas informáticos que pueden llevarse a cabo de manera independiente, sin intervención humana) y 3.0 (contratos

inteligentes y sistemas de inteligencia artificial). Esto evidencia que Legaltech ofrece múltiples herramientas a las oficinas de los abogados para su desarrollo, mejor funcionamiento, diversificación y eficiencia en los servicios a ofrecer a sus clientes. Andrés Oppenheimer (2018) en su obra *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*, señala:

Programas como Kira Systems se emplean para analizar contratos, Donotpay, com ofrece servicios que ayudan en caso de incumplimiento de contrato, reclamos por multas injustas, Modria.com es subcontratada por empresas para realizar servicios al consumidor, para resolución de disputas.

Por otro lado, existen diferentes modelos de sistemas expertos jurídicos, los cuales Martínez Bahena (2013), en su artículo titulado *La inteligencia Artificial y su aplicación en el campo del derecho*, señala:

Se ha configurado el sistema basado en reglas de producción (desarrollado por británicos), modelo positivista explícito subyacente, modelo constructivista (desarrollado en México por la UNAM), modelo de razonamiento legal basado en casos, Slit-up, basado en reglas y redes neuronales (desarrollado en Australia) y Expertius (desarrollado por la UNAM).

La evaluación electrónica o analítica predictiva es otra área de servicios relacionada con la legaltech. Con la combinación de Big Data e inteligencia artificial surge esta herramienta que facilita la toma de las decisiones legales para que sean las más propicias para los clientes, así como proporciona mecanismos que pueden ayudar a anticipar demandas, determinar la conveniencia de incoar las mismas o de llegar a un acuerdo, y a predecir los posibles resultados de éxito o no de tácticas procesales y legales a emplear.

La tecnología predictiva se trata de una herramienta que se ha mostrado capaz de analizar enormes volúmenes de información electrónica e identificar aquella que es relevante en el contexto de un determinado proceso judicial de una manera mucho más rápida, económica y precisa que cualquier equipo de abogados. Esta efectividad ha motivado que, en la actualidad, su utilización por las partes en un litigio sea admitida ya en países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Irlanda o Canadá como un medio válido para satisfacer su obligación de *discovery* del material relevante para el proceso (Solar Cayón, 2020).

Existen compañías que han desarrollado plataformas de altos estándares tecnológicos que se dedican a realizar análisis predictivo, y cuyos modelos

estadísticos integran diversos enfoques metodológicos para la detección de patrones de decisión de jueces y tribunales. Entre ellos están *Lex Machina*, *Ravel Law*, *Lex Predict* y *Premonition*, entre otras. No obstante lo anterior, Solar Cayón (2020), en el artículo La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista, señala:

El empleo de la analítica predictiva ha generado dilemas, ya que existen cuestionamientos sobre que su uso podría revelar posibles tendencias o incluso prejuicios en las decisiones emitidas por los jueces o pudiera implicar riesgos para la independencia judicial. Esto ha provocado que Francia limite legalmente el empleo de estas herramientas.

El juez puede emplear los sistemas predictivos para hacer estimaciones de la solución de sus casos, pues las informaciones que proporcionen los programas informáticos pueden edificar y servirle de apoyo con relación a los precedentes existentes, en especial cuando la jurisprudencia está consolidada y es constante con relación al objeto de la casuística. Sin embargo, dichos sistemas inteligentes aún no son capaces de estructurar argumentos de derecho que tienen cierta complejidad, por lo que, si bien son empleados y son sumamente útiles, resulta imprescindible motivar jurídicamente cada decisión judicial.

Independientemente de las herramientas digitales que sean empleadas por los tribunales, para facilitar la administración de la justicia, conviene precisar que, todo juez debe tener en cuenta que debe evitar la falta de motivación en sus sentencias. Al momento de exponer las motivaciones, debe incluir suficientes razonamientos y consideraciones concretas al caso específico objeto de su ponderación; de forma que las motivaciones resulten expresas, claras y completas (Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sentencia TC/0246/18 de fecha 30 de julio del año 2018), criterio reiterado en sus sentencias TC/0186/17 y TC/0009/13.

La labor interpretativa, argumentativa y consciente que realiza el juez es insustituible, por lo que, herramientas tecnológicas como los mencionados en la presente investigación, serán a modo colaborativo en su labor judicial. En definitiva, uno de los mayores retos es lograr que las predicciones y los mecanismos tecnológicos utilizados sean compatibles con el debido proceso y los derechos humanos. En el empleo de los sistemas predictivos se debe tomar en consideración que los resultados pueden basarse en parámetros determinados que no contemplen otras circunstancias, por lo que, tanto el profesional del derecho como el juez debe hacer uso de lo que sea más afín al caso concreto.

Además, la base de datos de los sistemas digitales utilizados en el derecho debe actualizarse constantemente, para evitar que el sector jurídico quede estático, conservador y que se base en informaciones pasadas que condicionen el futuro.

En cuanto a la utilidad de los sistemas predictivos, se encuentra la experiencia disruptiva del sistema Prometea, desarrollado y utilizado por la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, el cual, Estévez, E., Fiolottrani, P., & Linares (2020), en su escrito *Transformando la administración de la justicia con herramientas de inteligencia artificial*, indican:

En 2017, se desarrolló PROMETEA, un sistema que aplica inteligencia artificial (IA) para preparar automáticamente dictámenes judiciales. La herramienta le ha permitido a la Fiscalía incrementar la eficiencia de sus procesos de manera significativa: una reducción de 90 minutos a 1 minuto (99%) para la resolución de un pliego de contrataciones, otra de 167 días a 38 días (77%) para procesos de requerimiento a juicio.

Otro caso similar es el sistema denominado PretorIA, para la Corte Constitucional de Colombia. Esta herramienta digital emplea la inteligencia artificial para auxiliar al juez constitucional y permite buscar información con relación a los diferentes criterios que ha tenido la misma.

La inteligencia artificial ha tenido un mayor auge y utilización en diversas ramas del saber, como la materia jurídica, teniendo aplicación en la argumentación, la toma de decisiones, y con la creación de robots que tienen múltiples funcionalidades en materia de informática jurídica. El empleo de la inteligencia artificial en el derecho debe desarrollarse en un ecosistema en el que se tutelen los derechos fundamentales. En tal sentido, Torre Manrique (s/f), en el artículo denominado *Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales*, afirma:

(...) es indispensable asegurar los principios de igualdad y de no discriminación cuando estamos frente a predicciones de inteligencias artificiales frente a derechos fundamentales. Por ejemplo, ciertas inteligencias artificiales predictivas que se usan en los Estados Unidos de Norteamérica se basan en un código fuente que toma en consideración distinciones de raza, género, entre otras. Y esto provoca un caso inadmisibles de discriminación estructural algorítmica.

Un ejemplo de lo anterior es el caso *State c. Loomis*, en el que la parte apelante alegó que el algoritmo inteligente usaba incorrectamente las evaluaciones de género:



Según el Tribunal Supremo la imposibilidad de acceder a información relacionada a cómo funciona el algoritmo de COMPAS, algoritmo que está considerado como secreto de empresa, no constituyó una vulneración al derecho de defensa porque Loomis tuvo acceso a los resultados y también a la información con la cual se calcularon, es decir, su historial criminal y el cuestionario realizado. (Tribunal Supremo de Wisconsin. *State v. Loomis*, 2016).

Casos como el *State vs Loomis*, pone en evidencia que, al emplear herramientas propias de la inteligencia artificial en el área del derecho, se debe definir el alcance probatorio de las mismas, así como analizar los sesgos que puede o no padecer los algoritmos creados, pues pudieran resultar vulnerados la seguridad jurídica, el principio de igualdad, y de imparcialidad.

En otro orden, en la doctrina se debate sobre en quién recae la responsabilidad por los daños ocasionados por el empleo de herramientas propias de la inteligencia artificial que operen erróneamente generando algún perjuicio. Rincón y Martínez en el artículo titulado Estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales (2021), afirman:

A nivel general podría decirse que cualquier daño que un sistema inteligente ocasione es responsabilidad de las personas encargadas del diseño y programación de los algoritmos. Se puede señalar que ante un error en una determinada decisión judicial que se basó en sistemas de inteligencia artificial, la responsabilidad de tal yerro no puede recaer en el programador, o diseñador ni mucho menos en el sistema experto mismo, si no en el juez.

Ante la situación planteada, surge la siguiente interrogante: ¿Hasta qué punto los usuarios del sector jurídico pueden confiar en las herramientas diseñadas con inteligencia artificial? Esto, tomando en consideración que los errores que dichas herramientas tengan en su programación pueden repercutir negativamente para los abogados en cuanto al éxito de sus casos, así como en decisiones desacertadas de parte de los jueces, y en graves perjuicios para los intereses de los ciudadanos que sean parte de dichos procesos. Es por esto que, no se debe perder el control en los mecanismos empleados tecnológicos que sean utilizados, y si se empleará inteligencia artificial en el derecho, debe ser compatible con el plano procesal y sustantivo, los valores, principios y normas que regulan los procesos judiciales y marcan los parámetros del quehacer jurídico. Se deben aplicar auditorías e inspecciones a los medios digitales utilizados, para monitorear su funcionalidad y su adecuación al derecho.

Con el avance de la tecnología, el área robótica ha tenido grandes avances y se ha desarrollado en sectores como el jurídico, ejemplo de ellos son los robots Ross y Roberta. En la doctrina, existe dicotomía, si reconocerle o no personalidad jurídica a los robots, así como si es responsable de los daños que ocasione a un tercero, sin embargo, la principal traba para esto es que no se pudiera determinar que sea el robot que se haga cargo de la indemnización, ni exigírsele que repare el daño ocasionado, por eso se habla de determinar la responsabilidad entre a un agente humano concreto, como el fabricante, el operador, el propietario o el usuario. En Argentina, se ha desarrollado la teoría del guardián para efecto de derivar responsabilidades a los diferentes intervinientes de la cadena (Arrubla, 2019).

Resulta menester señalar que la implementación de la inteligencia artificial en el derecho, tanto desde la óptica del ejercicio del derecho como de la administración de la justicia, sea regulada bajo pautas que permitan que esta tecnología se emplee de manera responsable y segura y que puedan obtener los mayores beneficios de la misma. Algunos de los principios que le sirven de fundamento son: (...). principio de autonomía, protección de la privacidad y la intimidad, de solidaridad, principio de equidad, entre otros (Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence, 2017).

Otra de las manifestaciones de las TIC en el derecho es la confección de los contratos inteligentes, los cuales trabajan con tecnología del Blockchain, permitiendo la realización de acuerdos y transacciones de manera digital, donde la oferta y aceptación se manifiestan por medios electrónicos sobre la base de sofisticadas codificaciones, que brindan un alto nivel de seguridad y confidencialidad (Valencia, 2019). La materia de seguros y el área financiera constituyen algunos de los sectores que emplean este tipo de contratos.

La referida modalidad contractual reduce los tiempos, ofrece transparencia, integridad y conservación de los datos, y no requiere que las partes estén presentes en el mismo lugar; su ejecución es automatizada al estar suscritos bajo códigos que podrán definir consecuencias en caso de incumplimiento de sus términos, por lo que, los abogados deben ser cautelosos al emplear este tipo de convenios en su aplicación y disponer de las herramientas y los conocimientos que permitan su correcto funcionamiento. Los contratos inteligentes se caracterizan por tener una naturaleza electrónica, carácter autoejecutable, seguridad y eficiencia (...). (Fetsyak, 2020).

Al hilo de lo indicado, surgen interrogantes como ¿los contratos inteligentes pueden tener la misma validez que un contrato tradicional? La respuesta es afirmativa, pero, con la diferencia, de que los primeros se confeccionan por vía electrónica, y los segundos no, sin embargo, ambos deben convenirse sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, el consensualismo, y sin perjuicio de requisitos formales que establece la ley.

En un proceso judicial, los contratos inteligentes se pueden aportar como prueba. Según, Hunter Ampuero, en su obra Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?:

La valoración de la prueba siempre opera sobre un conjunto de información que es el resultado de la práctica de las pruebas propuestas por las partes y el juez, información que incidirá directamente sobre el grado (mayor o menor) de probabilidad que pueda tener una afirmación.

Hay en derecho dos situaciones susceptibles de ser probadas, los actos y los hechos. La prueba de los actos es una prueba legal. (Escuela Nacional de la Judicatura. Valoración de la prueba. Plenitud de Jurisdicción, s/f). En la especie, los contratos inteligentes están sometidos al régimen probatorio de los actos, y al tratarse de contratos de naturaleza electrónica, e incorporarse la información en el Blockchain se necesitaría de expertos informáticos para su análisis, a fin de edificar al juez en el proceso de valoración probatoria.

La fuente de confiabilidad probatoria de los contratos inteligentes se encuentra en el sistema de *blockchain*; la base de este sistema de información parte de la criptografía, y de la firma electrónica. Casas Beltrán, en su artículo Procesos judiciales en los contratos inteligentes: redes bayesianas, afirma:

Se entiende que, en procesos donde al juez se le advierta que la problemática gira en torno a un contrato inteligente, en lugar de uno convencional, ello no tendría por qué representar un inconveniente para tramitar el proceso, puesto que ese contrato es equivalente al convencional en cuanto medio negocial que las partes emplean para dejar registrada su voluntad de llevar a cabo un negocio.

## TUTELA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA DE DERECHO EN EL MARCO DE UNA JUSTICIA DIGITAL

Las herramientas digitales pueden convertirse en un aliado de la seguridad jurídica en el sistema de derecho, en lugar de una amenaza, pero, estará supeditado a la forma de ser empleadas. Pérez Luño, A. (2000) expresa: “(...) la seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de derecho que se concreta en exigencias objetivas de corrección estructural y funcional”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido a la seguridad jurídica, como parte de las garantías judiciales que deben tutelarse en todo Estado de derecho, y ha señalado: “La Corte debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional (...)”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 03 de febrero del año 1993).

Lo anterior también tiene aplicación en el mundo digital. La inserción de la inteligencia artificial y otras herramientas digitales está cambiando los métodos tradicionales de actuación en el proceso, produciendo un nuevo escenario procesal, en el que deben asegurarse los mecanismos para fortalecer la seguridad jurídica frente a los nuevos riesgos que surgen con el uso de la tecnología.

El Tribunal Constitucional dominicano, mediante la sentencia TC/0100/13 de fecha 20 de junio del año 2013, criterio reiterado en la sentencia TC/0183/18, estableció: “La seguridad jurídica se erige en una garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos, delimitando sus facultades y deberes (...)”.

Las garantías del acceso a la justicia, la protección de datos personales y el debido proceso en el marco de la justicia digital constituyen pilares fundamentales para la tutela de la seguridad jurídica en la aplicación de las TIC en el derecho.

### EL ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es reconocido como parte fundamental de la tutela judicial efectiva en el artículo 10.o de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8.o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículo 14.o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho fundamental implica que todos los ciudadanos dispongan de las posibilidades de hacer valer sus derechos ante los tribunales, de manera ágil, eficiente y con las garantías procesales que establece la Constitución y las leyes sin obstáculos ni vulneración a los mismos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003, y Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, ha establecido: “(...) no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos (...)”.

El acceso a la justicia a través de las nuevas tecnologías busca facilitar el acceso de los ciudadanos a los servicios judiciales, desde acceso a la información hasta el reclamo de sus derechos. A efectos ilustrativos sobre el tratamiento de información con el empleo de las TIC en el derecho, se destacan las siguientes experiencias de justicia digital en el ámbito internacional, que hace referencia Cerrillo (2007), en su artículo E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI:

(...) el Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), la casita de Temis es un espacio web del Poder Judicial de Puerto Rico. También hay servicios de alerta de plazos que se ofrecen en algunos países. En Brasil, el usuario registrado recibe en su correo electrónico información actualizada sobre los movimientos ocurridos en los procesos de los que sea parte (...).

Las TIC pueden representar un medio para facilitar el acceso a la justicia, desde portales interactivos, juicios en línea, incluida la presentación de demandas, notificaciones, firmas electrónicas, archivos electrónicos, entre otras herramientas, que permiten recibir respuesta de los órganos judiciales, sin necesidad de desplazarse a largas distancias.

A pesar de lo antes expuesto, existen incertidumbres jurídicas que rodea la implementación de las TIC en el derecho de cara al acceso a la justicia, entre las cuales algunos doctrinarios hacen referencia a la brecha digital, concepto que alude a la diferencia marcada entre aquellos con acceso a las tecnologías y aquellos que, por sus condiciones sociales o culturales, no tienen acceso, lo cual está dando lugar a una nueva forma de analfabetismo (Londoño Sepúlveda, N., 2010). En cuanto a la referida brecha digital, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C-420/20, de fecha 24 de septiembre del año 2020, estableció:

La brecha tecnológica del país impide que la prestación del servicio de justicia sea íntegramente virtual, habida cuenta de que solo el 52,7 % de la población tiene acceso a Internet. Esta cifra evidencia la necesidad de

crear medidas diferenciadas para garantizar la prestación de los servicios esenciales del Estado, entre ellos, el servicio de administración de justicia; y que la población que no cuenta con acceso a las TIC pueda en todo caso acudir ante una autoridad judicial a resolver sus pretensiones (...).

Ejemplos de sistemas de justicia que reflejan cómo las nuevas tecnologías coadyuvan al acceso a la justicia, lo constituyen los tribunales virtuales de British Columbia Civil Resolution Tribunal, en Canadá, y el Online Solutions Court, instituido en Inglaterra, los cuales han configurado un sistema digital que no solo se encarga de la resolución de controversias sino que también emplean los mecanismos digitales para facilitar las formas de acceder a la justicia, toda vez, que utilizan herramientas que colaboran con los ciudadanos a entender el derecho y los medios legales que tiene disponibles.

#### **PRIVACIDAD DE LOS DATOS PERSONALES EN LA JUSTICIA DIGITAL**

Uno de los principales usos de las tecnologías de la información y la comunicación en el derecho es el tratamiento de la información, que fortalece la transparencia y facilita la transmisión de los datos de forma más ágil entre los operadores y los usuarios del sistema jurídico. Las ventajas de la incorporación de las nuevas tecnologías son múltiples, no obstante, este tiene consigo otros dilemas jurídicos en cuanto al principio de publicidad versus el derecho de privacidad con relación al uso los datos personales en el marco de la justicia.

En la República Dominicana, el sistema de protección de datos personales está regido fundamentalmente por los artículos 44.o y 70.o de la Constitución y las disposiciones de la Ley núm. 172-13. Sin embargo, no existe una regulación específica en materia de datos personales en el ámbito de la justicia digital. Rincón Martínez, K., y Ramírez Severiche, C., afirman que en cuanto a la protección del referido derecho fundamental en la justicia digital se debe partir del tipo de información de que se trata (si tiene que ver con la gestión administrativa o informaciones más detalladas del proceso), y del nivel de acceso que se permita de los datos, en cuanto a su disponibilidad para el público en general o a determinadas personas.

Por otro lado, el principio de publicidad en el marco de la justicia sirve como un mecanismo de control para garantizar el debido proceso, y tiene sus cimientos en la conformación del Estado social, democrático y de derecho, surgiendo como reacción al sistema inquisitorial. De manera que, estamos frente a un sistema de derecho que se rige por el principio de publicidad de

las actuaciones, sin embargo, con la incorporación de las TIC, resulta menester precisar su alcance y si afectaría la protección de datos personales.

La publicidad ofrecida dentro del marco judicial tiene por objeto la protección del proceso, por lo que en estricto rigor no es un fin en sí mismo, sino que tiene carácter instrumental, por lo cual y como cualquier derecho, admite tener diferentes gradaciones e intensidades, dependiendo de las circunstancias en las que es ejercido, los tipos de proceso y las personas y materias a que se refiera. Según Guerrero, B. (2020), la publicidad interna se “refiere a la comunicación que debe existir entre el tribunal y los litigantes y la publicidad externa, es la posibilidad de que la actuación judicial pueda ser conocida por terceros”.

En el ámbito procesal, la publicidad de las actuaciones judiciales tiene doble dimensión (interna y externa). En el caso de la publicidad externa es la que genera controversias por el nivel de conocimiento de información que puede tener un tercero que es ajeno a un proceso. Verbigracia, las decisiones emitidas por los tribunales identifican las partes por sus nombres, documentos de identidad e incluso el domicilio de estas. De igual modo, se pueden extraer informaciones familiares, empresariales, laborales, tratamientos médicos, enfermedades de la persona, etc.

Una de las formas de proteger la privacidad con relación a los datos personales en el ámbito de la justicia, es incorporar a las plataformas judiciales digitales, la creación y registro de usuarios, donde tengan que iniciar sesión para realizar trámites y en especial para acceder a información particular de sus procesos, es decir, formas de autenticación (registros, tarjetas inteligentes, firmas digitales, códigos de verificación).

Otra de las alternativas que se presentan a fines de protección del derecho de privacidad en el contexto de la justicia, es la anonimización en las decisiones; lo cual implica que los datos de identidad de las partes involucradas en un proceso, no se visualizaría al público. Esta es una opción óptima, debido a que, no afecta los principios de publicidad, transparencia y el acceso a la información. La anonimización puede ser total o parcial, desde la base de datos del tribunal o sólo en la decisión emitida, a petición de partes o de oficio, o bajo criterios referentes al tipo de litigio, materia y las partes del proceso; la modalidad a aplicar dependerá de cada sistema de justicia.

Algunos países han incorporado en sus normativas la posibilidad de anonimización de datos personales en las decisiones, siempre que no se vulnere la tutela judicial efectiva, tal es el caso de España que cuenta con el Reglamento General de Protección de Datos (la Ley núm. 6637/2016), la Ley Orgánica del Poder Judicial (la Ley núm. 1694/1985), la Ley Orgánica de Protección de Datos. Guerrero, B. (2020), en su obra Protección de datos personales en el Poder Judicial: Una nueva mirada al principio de publicidad de las actuaciones judiciales, afirma:

En Francia, las sentencias están anonimizadas cuando el acceso es libre, pero son difundidas en su versión integral cuando el acceso es controlado. En Canadá, la aplicación de este principio significa frecuentemente la difusión íntegra de las sentencias; la regla general es la apertura, y la protección de las identidades es la excepción. En otros países se ha concebido el litigio bajo seudónimo, como ocurrió en determinados casos en Estados Unidos.

La aplicación de medidas como la anonimización de datos personales en las decisiones de los tribunales será viable cuando la tutela judicial efectiva no resulte vulnerada, y sea coherente con las normas establecidas. Fernández (2019), en el artículo titulado ¿Qué problemas plantea la anonimización de los datos personales de las sentencias?, expresa:

El presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Francisco Marín Castán propuso un sistema en el que la regla general sea la anonimización, pero admitiendo excepciones a instancia de parte o por apreciación de propio tribunal, en función de las circunstancias concurrentes en el caso.

La vida privada de las personas está más expuesta tras los avances de las nuevas tecnologías, por lo que, en esta era digital se amerita que se articulen mayores garantías a la misma. En este contexto, cabe señalar el principio de autodeterminación informativa, que es un derecho fundamental y autónomo, que implica que el titular del derecho tiene la autonomía de su información personal que se encuentre en los registros y base de datos públicos y privados (Adinolfi, G., 2007). La privacidad de los datos personales se ve afectada si su tratamiento y almacenamiento se realiza de forma distinta a los fines establecidos en la ley.

El Tribunal Constitucional dominicano en las sentencias núm. TC/0240/17, y TC/0014/16, en relación con la autodeterminación informativa, afirma lo siguiente:

(...) Esta protección de los datos de carácter personal se denomina como el derecho a la autodeterminación informativa, que nace del derecho a la



intimidad y lo trasciende, protegiendo el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que con ello se pretende alcanzar, así como el derecho de acceso, actualización, rectificación o eliminación, en caso de que le ocasione a la persona un perjuicio ilegítimo.

Con el propósito de crear una mayor protección de la información judicial que se difunde en internet, fueron diseñadas las Reglas de Heredia, las cuales, surgieron de recomendaciones que realizaron diversos poderes judiciales, organizaciones de la sociedad y académicos de Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Uruguay.

Se puede concebir un punto de equilibrio entre la publicidad de las actuaciones judiciales y la protección de la privacidad de los datos personales. Esto partiendo de que, primero, la referida publicidad no debe considerarse como absoluta, y sin límites; y segundo, aplicando el principio de finalidad que según Valencia (2008), en su obra Principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales en Chile. Principio de finalidad en el tratamiento de los datos personales en Chile, se define como:

(...) la necesidad (¿por qué? y ¿para qué?) de que cada vez que se tenga que evaluar un posible riesgo en la protección de los datos personales, se deberá comprobar que la finalidad del tratamiento cumple las premisas de ser determinado, explícito y legítimo, y que sea adecuado, pertinente y no excesivo en razón de la Constitución y las leyes, ya que dicho tratamiento jamás deberá afectar los derechos de las personas naturales en su esencia.

Resulta menester que exista proporcionalidad entre la publicidad, los derechos de acceso a la información judicial y la privacidad de datos personales en el ámbito de la justicia digital, lo que puede lograrse empleando de forma adecuada y razonable los medios tecnológicos, aplicando el principio de ponderación de derechos, y teniendo consideración que debe garantizarse la tutela judicial efectiva, para alcanzar un punto de equilibrio entre los mismos. Además, sobre la base del principio de finalidad, los datos personales deberán emplearse para el objetivo que fueron almacenados.

### DEBIDO PROCESO

Todo proceso judicial independientemente de su tipología debe estar revestido de las garantías propias de la tutela judicial efectiva. La esencia y la naturaleza propia del debido proceso sigue siendo aplicable a cualquier caso o trámite en el sistema de justicia, ya sea bajo los métodos tradicionales o mediante los mecanismos digitales. Rodríguez (2008) afirma: La implementación de los sistemas de información tecnológicos no son un fin en sí mismo, sino simplemente un medio. El derecho debe preguntarse cuál es el camino más eficaz para integrarse con los avances tecnológicos, sin dejar de lado las garantías propias del derecho procesal.

La doctrina divide en tres fases el desarrollo de e-Justicia, que Álvarez Casallas (2010) señala que son: “Una fase informativa, una interactiva y una tercera, que es la transaccional en la que los usuarios realizan operaciones y actos procesales por medios electrónicos, tele-audiencias”. Cada una de las fases descritas, deben estar cimentadas en las normas del debido proceso. Respecto a la tercera fase, cabe indicar que la incorporación de las TIC en el derecho ha permitido la celebración de audiencias virtuales.

Las audiencias virtuales tuvieron un significativo auge en el año 2020, a raíz de la pandemia de COVID-19, ya que fueron empleadas como respuesta de los ordenamientos jurídicos del mundo para administrar justicia en medio de las dificultades sanitarias. No obstante, existen múltiples cuestionantes sobre si la celebración de audiencias virtuales transgrede la transparencia de los juicios y el derecho a una audiencia pública y el debido proceso ante la ausencia física de los imputados y las posibilidades de que estos puedan tener acceso a sus abogados desde prisión (en el caso del derecho penal), y las dificultades de evitar las interferencias que pueden acontecer cuando los testigos presenten sus declaraciones, entre otros. Previo a la celebración de las audiencias virtuales debe examinarse su pertinencia en base a la materia del derecho en cuestión, la complejidad del proceso y si se puede garantizar el debido proceso. El Informe de ILAC, *Justicia en el tiempo de COVID-19 Desafíos del Poder Judicial en América Latina y el Caribe* (2020), pone en evidencia que:

Argentina y Chile ya disponían de instrumentos avanzados de justicia digital que permitían que todos los casos de audiencias virtuales. Costa Rica, Trinidad y Tobago (las partes pueden optar por no participar en las audiencias a distancia y solicitar que sean presenciales luego de comprobarse

que la audiencia virtual compromete la equidad y el interés de la justicia), y la República Dominicana, también celebraba audiencias remotas. Colombia fue el único país en que se modificó la ley para permitir audiencias virtuales.

La República Dominicana celebró múltiples audiencias virtuales a partir del año 2020, como forma de garantizar el acceso a la justicia frente a las situaciones que ha producido la pandemia Covid-19. Según el *Informe del Departamento de Estadísticas Judiciales del Poder Judicial dominicano (2021)*: “En el año 2020, la cantidad de audiencias virtuales celebradas por mes fueron las siguientes: marzo (356), abril (1,794), en mayo (2,547), en junio (3,044), en julio (5,496), en agosto (5,888), para un total de 19, 125 audiencias virtuales celebradas desde el 23 de marzo hasta el 24 de agosto del año 2021”.

Resulta imperante estructurar un marco legal que establezca disposiciones precisas en cuanto a la aplicación de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales. En el caso de la República Dominicana, en cuanto a las audiencias virtuales, el Consejo del Poder Judicial emitió diversas resoluciones en esta materia, y mediante sentencia TC/0286/21, el Tribunal Constitucional dominicano declaró la nulidad de la Resolución núm. 006-2020, sobre la Declaración de Normas y Principios del servicio judicial, y de la Resolución núm. 007-20202 de fecha 02 de junio del año 2020, sobre el protocolo para el manejo de las audiencias virtuales; declaró inconstitucional los numerales 3, 7, 8, y 9.2 del primero de los párrafos de la parte dispositiva de la Resolución núm. 002-2020, de fecha 21 de abril de 2020, sobre la firma Electrónica del Poder Judicial, así como los artículos 1, 4, 6, 18 y 19 de la Resolución núm. 004-2020 sobre el Plan de Continuidad de las labores del Poder Judicial, por resultar contrarios a los artículos 4, 73, 138 y 156 de la Constitución.

Por otro lado, tras el desarrollo de los avances tecnológicos, en los procesos judiciales se ha permitido la firma electrónica de las decisiones y la presentación de pruebas electrónicas, las cuales están estrechamente relacionadas a las TIC. Estas últimas comprenden aquellos medios probatorios que se encuentran en formato digital que pueden ser empleados en un proceso judicial para demostrar los argumentos que alegan las partes. Además, la prueba informática tiene dos vertientes, como objeto (probar un hecho electrónico, como la remisión de un correo o un mensaje de texto), o como medio de prueba (un mail donde el deudor reconoce la deuda contraída con su acreedor).

Son múltiples los tipos de pruebas digitales que pueden concebirse, pues las TIC constituyen un amplio universo de herramientas. Uno de los inconvenientes que pueden presentarse es la complejidad que tienen algunas de ellas, requiriéndose en algunos casos la realización de peritajes para decodificarla. Las pruebas electrónicas deben ser pertinentes, útiles y legales, lo cual será valorado por el juez en la instrucción del proceso.

En esta materia, tiene aplicación el principio de equivalencia funcional que, según Otazo, L., y Arcaya, N., (2007), consiste en atribuirle la eficacia probatoria o mismo valor probatorio a los mensajes de datos y firmas electrónicas, que los que la ley consagra para los instrumentos escritos. En el sistema jurídico dominicano, la Ley núm. 126-02 sobre comercio electrónico, documentos y firma digital, reconoce la validez jurídica de documentos digitales y su equivalencia funcional con los documentos escritos. Esto tiene su fundamento en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico.

En otro orden, las nuevas tecnologías permiten la realización de notificaciones electrónicas, cuya legitimidad es cuestionable de cara a interrogantes como si es suficiente la remisión de la notificación al correo electrónico o es preciso que se constate su correcta recepción por el destinatario. En contestación a dicha cuestionante, se presentan posturas divergentes. Por un lado, Baquero (2020) señala el caso del ordenamiento jurídico de Argentina donde:

Se considera que las notificaciones se perfeccionan desde el momento en que están disponibles en el domicilio electrónico del destinatario, lo que implica que produce sus efectos desde que está disponible para su lectura, no a partir de que el usuario haya ingresado o le diera apertura, y toman como punto de partida del plazo de la notificación la que registre el servidor.

Por otro lado, en contraposición a la postura anterior, Álvarez Casallas (2010), en su obra *Justicia electrónica* establece:

Se encuentra la tesis de la recepción, en la que se antepone la constancia fehaciente de la recepción, fecha y contenido de lo comunicado, para ser válido, al decir: "Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

En ordenamientos jurídicos como los de Brasil, se habla de un correo electrónico de cortesía, cuya finalidad es la de actuar como una alerta de que en

el sistema se generó una actuación que debe ser atendida, pero esto no puede emplearse para alegar que no se practicó debidamente la notificación. Es decir, se contempla la remisión de correos electrónicos, pero es a modo informativo o de aviso (también es el caso de Argentina), para que el interesado acceda al portal donde se registró previamente por medio de la firma digital (como es el caso de Colombia) o indicando su usuario y contraseña (como es el caso de Portugal).

También surgen interrogantes acerca de la validez de las notificaciones realizadas empleando las nuevas tecnologías, pues se deben cumplir las formalidades procesales y no vulnerar los preceptos constitucionales. En esa virtud, se han hecho esfuerzos para la utilización de las notificaciones electrónicas, dentro del marco del respeto del debido proceso, estipulándose que, para garantizar la tutela judicial efectiva, el primer emplazamiento debe ser efectuado de manera personal, y los subsiguientes pueden realizarse por la vía digital, tal es el caso de España. Al tenor, se han presentado casos de inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal. En este sentido, la Sentencia 62/2021, de 15 de marzo de 2021, dictada por el Tribunal Constitucional español ha establecido:

Este tribunal concluye que no procede efectuar por medios electrónicos la citación o emplazamiento del demandado aún no personado en el procedimiento, dado que esos actos deben realizarse por remisión a su domicilio, sin que dicha forma de comunicación pueda ser sustituida por otra electrónica (...).

Otro aspecto a considerar desde la óptica del debido proceso es el conocimiento del funcionamiento interno de los sistemas diseñados bajo los parámetros de inteligencia artificial. En este tenor, San Miguel Caso, en *La aplicación de la inteligencia artificial en el proceso: ¿un nuevo reto para las garantías procesales?* (2020), afirma:

(...) conocemos los valores que se han introducido en el sistema y, también, el resultado final arrojado por este, pero, en ningún caso, podemos comprender el funcionamiento interno de la máquina ni qué ha ponderado para tener el resultado final. Un remedio viable, óptimo y plausible es instaurar los denominados principios de transparencia algorítmica y de imparcialidad del validador en virtud de los cuales la inteligencia artificial debe ser transparente en sus decisiones.

Lo antes citado, produce un conflicto de intereses entre la publicidad del algoritmo y el secreto comercial que se cierne sobre el sistema inteligente. Desde una perspectiva procedimental, la Inteligencia Artificial presenta una gran utilidad, en lo referente principalmente al tiempo en la tramitación. El grado de autonomía que la inteligencia artificial tenga o pueda llegar a tener juega un papel importante en el alcance que tenga la aplicación de la misma en el derecho, así como el nivel de intervención y supervisión humana en su desarrollo y uso.

La identidad digital y validación online de datos, la estructuración de herramientas que faciliten el acceso de la justicia a los ciudadanos, mecanismos de supervisión de la labor judicial, en los cuales intervienen programas informáticos que son imparciales y objetivos, así como la posibilidad de realizar estadísticas automáticamente que contribuyen a transparencia de la justicia, constituyen parte de las alternativas que nos brinda la tecnología, para tutelar la seguridad jurídica.

Los profesionales del derecho pueden brindar mayor seguridad jurídica a sus clientes por medio del uso de las herramientas digitales que permitan el registro y almacenamiento de la información y la documentación, seguimiento de sus casos de manera más eficiente y con mayores estándares de calidad, tales como la contratación electrónica y el empleo de los servicios que ofrecen las oficinas virtuales del Poder Judicial de sus respectivos países.

Las garantías procesales no son excluyentes en la aplicación de las TIC en el derecho, puesto que, en la instrucción de los procesos tanto tradicionales como digitales, debe prevalecer el cumplimiento de las normas de debido proceso de ley y a la tutela judicial efectiva.

## CONCLUSIONES

La implementación de las TIC en la administración del servicio público de la justicia, si bien conlleva una reestructuración de la comunidad jurídica, no menos cierto es que permiten el fortalecimiento de la transparencia, de la economía procesal, el acceso a la justicia, así como de la seguridad jurídica, y traen consigo un impacto positivo en la toma de decisiones y en la eficiencia operativa.

Por medio de la utilización de las nuevas tecnologías, se puede alcanzar un equilibrio entre los principios de protección de datos personales en la justicia, y la publicidad de las actuaciones judiciales, ya que el acceso a información sensible del proceso sería a través de mecanismos de autenticación, y otra alternativa es la anonimización en las decisiones.

La TIC optimizarían los tiempos de respuesta a los usuarios, mitigaría la mora judicial al contribuir con el aumento la productividad organizacional y el fortalecimiento de los mecanismos de solución alternativa de conflictos a través de las herramientas digitales, y haría más amigable la experiencia tribunales-usuario y abogado-cliente. Esto supone la capacitación de los jueces y abogados para adquirir destrezas tecnológicas, e implica invertir en infraestructura tecnológica, articulación de procedimientos sistemáticos y estandarizados y la aplicación de medidas de seguridad cibernética, con el fin de evitar la falta de homogeneidad en los procesos, garantizar la calidad de los datos, y disponer de programas informáticos (sistema de respaldo (backup), control de servidores), para la protección de la información.

Las nuevas tecnologías hacen posible el uso de canales digitales eficientes, mediante los cuales se puede acceder a bases de datos donde se consulten de manera expedita normativas, jurisprudencia y doctrinas que son útiles para la solución de casos tanto de los abogados como de los jueces, y el uso de tecnologías predictivas, que permiten el diseño de mejores estrategias legales. Por igual, permiten la confección de contratos inteligentes, la realización de notificaciones electrónicas, la presentación de pruebas digitales, y la celebración de audiencias virtuales.

Las soluciones tecnológicas para el derecho requieren de la colaboración de todos los actores del sistema de justicia, y la creación de un marco jurídico que las regule. La implementación de las TIC en el derecho no es sólo adquirir los equipos tecnológicos, es un cambio de paradigmas, es transformar la cultura jurídica a un sistema de derecho más eficiente, moderno, que empleará las herramientas

digitales como un instrumento para ofrecer mayores garantías a los derechos de las personas y el diseño de mejores alternativas legales para el quehacer profesional de los abogados.

En definitiva, las TIC representan una oportunidad para la evolución sin límites del derecho, y de la administración del servicio público de la justicia. |



## REFERENCIAS

- Adinolfi, G. (2007). *Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio* [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932007000200001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000200001)
- Álvarez Casallas, L. (2010). Justicia electrónica. *Revista de Derecho Administrativo* núm. 4. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5137230>
- Arrubla Paucar, J. (2019). *Responsabilidad civil y los robots*. Recuperado de: [http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista\\_acj/article/view/132/128](http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/132/128)
- Baquero, D. (2020). *Notificaciones electrónicas judiciales: una aproximación a la reglamentación y uso en algunos países iberoamericanos*. *Revista Vniversitas*, núm. 69. Recuperado de: [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265019/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265019/)
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (2011). *Modelo de gestión de justicia digital. Una propuesta de e-gobierno para el sector justicia*. Proyecto IDRC - CEJA. Recuperado de: [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3950/ModelodegestiondeJusticiaDigital\\_V1.4.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3950/ModelodegestiondeJusticiaDigital_V1.4.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Cerrillo, A. (2007). E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI. *Revista de internet, Derecho y Política* núm. 4. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254135>
- Colombia. Tribunal Corte Constitucional. Sentencia C-420/20, de fecha 24 de septiembre del año 2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-420-20.htm>
- Constitución Dominicana, proclamada el 26 de enero de 2010. Publicada en la Gaceta Oficial núm. 10561, de fecha 26 de enero del año 2010.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre del año 1969.

Cordella, A, Contino, F. (2020). *Tecnologías Digitales para mejorar los sistemas de justicia. Un conjunto de herramientas para mejorar la acción*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Tecnologias-digitales-para-mejorar-los-sistemas-de-justicia-un-conjunto-de-herramientas-para-la-accion.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 28 de noviembre del año 2002. Serie C, núm. 97, Caso Cantos. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 7 de junio del año 2003, Caso Juan Humberto Sánchez. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_99\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de fecha 27 de noviembre del año 2003. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Technical Data: Cayara vs Perú. Sentencia del 03 de febrero del año 1993. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=230&lang=e](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=230&lang=e)

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre del año 1948.

Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia 62/2021, de 15 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2021-6608.pdf>

España. Ley núm. 18/2011 de fecha 05 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de la justicia. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>

Estévez, E., Fillotrani, P., & Linares, S. (2020). Transformando la administración de la justicia con herramientas de inteligencia artificial. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial>

Felipe Gómez, L. (2007). Interoperabilidad en los Sistemas de Información Documental (SID): la información debe fluir. Revista Códice 3(1) Recuperado de: [http://eprints.rclis.org/20280/1/Interoperabilidad%20en%20los%20Sistemas%20de%20Informaci%C3%B3n%20Documental%20\(SID\)%20la%20informaci%C3%B3n%20debe%20fluir1.pdf](http://eprints.rclis.org/20280/1/Interoperabilidad%20en%20los%20Sistemas%20de%20Informaci%C3%B3n%20Documental%20(SID)%20la%20informaci%C3%B3n%20debe%20fluir1.pdf)

Fernández, C. (2020). *¿Qué problemas plantea la anonimización de los datos personales de las sentencias?* Recuperado de: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2019/10/08/que-problemas-plantea-la-anonimizacion-de-los-datos-personales-de-las-sentencias>

Fetsyak, I. (2020). *Contratos inteligentes: Análisis jurídico desde el marco legal español*. REDUR 18. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7242766.pdf>

García Barrera, M. (2016). *Justicia electrónica en busca de la interoperabilidad*. Recuperado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4065/11.pdf>

García Barrera, M. E. (2018). Juzgado sin papel. Un paso más de la justicia electrónica. *Revista IUS* núm.41. Recuperado de <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/330>

Goodenough, O. (2015). *Justicia digital. Un análisis en época de crisis*. Recuperado de: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=826352&orden=0&info=open\\_link\\_libro](https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=826352&orden=0&info=open_link_libro)

Guerrero, B. (2020). *Protección de datos personales en el Poder Judicial: Una nueva mirada al principio de publicidad de las actuaciones judiciales*. Recuperado de: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-25842020000200033](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842020000200033)

Hunter Ampuero, I. (2017). Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Ius et Praxis* núm. 1. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122017000100008#n8](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100008#n8)

Informe Justicia Digital: la visión 360º de la Seguridad. (2019). Recuperado de: [https://publicadministration.un.org/unpsa/Portals/0/UNPSA\\_Submitted\\_Docs/2019/1c1229f9-0097-48ef-8ef3-c0e05a2f4e10/2020%20UNPSA\\_](https://publicadministration.un.org/unpsa/Portals/0/UNPSA_Submitted_Docs/2019/1c1229f9-0097-48ef-8ef3-c0e05a2f4e10/2020%20UNPSA_)

Justicia%20Digital\_Document%20Memory\_27112019\_014713\_7b5aa8fb-95b0-4d66-a0c5-0d8457d6f95f.pdf?ver=2019-11-27-134713-233

Justicia y Transparencia. Base de datos. (2019). Recuperado de: <http://www.justiciaytransparencia.pe/>

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre Comercio Electrónico. (1996). Recuperado de [https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic\\_commerce](https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce)

Londoño Sepúlveda, N. (2015). El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea. *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* núm. 112. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151416945005.pdf>

Lösing, N. (2020). *Justicia digital y legaltech en Alemania*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8013915>

Martínez Bahena, G. (2013). *La inteligencia artificial y su aplicación en el campo del derecho*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>

Menses Correa, J., Pérez Contreras, S., y Vaca Salamanca, M. (2021). *El debido proceso como límite de la inteligencia artificial*. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/32027/6/2021juanmeneses.pdf>

Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence. (2017). Recuperado de <https://recherche.umontreal.ca/english/strategic-initiatives/montreal-declaration-for-a-responsible-ai/>

Oppenheimer, A. (2018). *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*. Recuperado de <https://www.libertarios.com.co/site/wp-content/uploads/2019/02/Copia-de-00492-SALVESE-QUIEN-PUEDA.pdf>

Otazo, L., y Arcaya N. *La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática*. Recuperado de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/3-2007/art%201.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 16 de diciembre del año 1966.

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

Red Mundial de Integridad Judicial. Justicia Abierta. Recuperado de: <https://www.unodc.org/ji/es/index.html>

Reglas de Heredia. Reglas mínimas para la difusión de información judicial en internet. Heredia, de fecha 09 de julio del año 2003. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1646/24.pdf>

República Dominicana. (2021). Audiencias virtuales. Informe del Departamento de Estadísticas Judiciales del Poder Judicial dominicano

República Dominicana. Ley núm. 126-02 sobre comercio electrónico de fecha 04 de septiembre del año 2002.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0009/13, de fecha 11 de febrero del año 2013.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0100/13 de fecha 20 de junio del año 2013.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0183/18 de fecha 18 de julio del año 2018.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0186/17 de fecha 07 de abril del año 2017.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0240/17, de fecha 19 de mayo del año 2017.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0246/18 de fecha 30 de julio del año 2018.

Rincón E., y Martínez, V. Estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. Recuperado de: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/vZDXYYPRrcwsgJDWQf97QG/>

Rincón Martínez, K., y Ramírez Severiche C. Relación entre el derecho al acceso a la información y el derecho a la intimidad y privacidad en la justicia digital. Revista Cultural Unilibre. Recuperado de [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista\\_cultural/article/view/4207/3562](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4207/3562)

San Miguel Caso, C. (2021). Aplicación de la Inteligencia Artificial en el proceso: ¿un nuevo reto para las garantías procesales? *Us et Scientia*, núm. 1. Recuperado de: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/16115/15131>

Sandra, E, y Mercado, G. (2019). An Innovation-Driven Agenda for Inclusive Societies. Recuperado de: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2569>

Sanjurjo Rebollo, B. Modernización digital de la Administración de Justicia, especial referencia a la jurisdicción contable. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3710719.pdf>

Solar Cayón, J. (2020). La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/revus/6547?lang=hr>

Tecnologías al servicio de la Justicia y el Derecho. (2019). Recuperado en: <https://www.javeriana.edu.co/escuela-gobierno-etica-publica/tecnologias-al-servicio-de-la-justicia-y-el-derecho/>

Torre Manrique, J. Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38131.pdf>

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

Valencia Ramírez, Juan. (2019). Contratos inteligentes. Revista Journal, núm.14. Recuperado de <https://www.riti.es/ojs2018/inicio/index.php/riti/article/view/180>

---

# ESTAMOS EN LÍNEA

A TRAVÉS DEL PORTAL  
**SABERYJUSTICIA.ENJ.ORG**

DISPONIBLE TAMBIÉN EN LA  
BIBLIOTECA VIRTUAL ENJ  
**HTTPS://BIBLIOTECA.ENJ.ORG**

---

ACCESA POR AQUÍ





# EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REPÚBLICA DOMINICANA


Land Registry in the  
Dominican Republic

 **Ariella Adames Rojas**

 Jurisdicción Inmobiliaria.  
República Dominicana

 aadamesrojas@yahoo.com

 orcid.org/0000-0001-8914-2619

 linkedin.com/in/ariella-adames-  
rojas-83461865/

Artículo de investigación

Recibido: 3 de diciembre de 2021

Aprobado: 6 de mayo de 2022



Obra bajo licencia  
Creative Commons  
Atribución-NoComercial-  
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)



## RESUMEN

El registro de la propiedad tiene doble naturaleza: jurídica y económica. Es de naturaleza jurídica por los fuertes efectos que tendrá lo publicado en el comercio inmobiliario, a través de la publicidad formal, registral o inmobiliaria. Publicidad que constituye la finalidad del registro. Es de naturaleza económica porque fomenta el crédito y la circulación de las riquezas basadas en bienes inmuebles, asegurando la propiedad titulada. El registro de la propiedad se contrapone a los registros meramente administrativos, que no crean derechos, sino que almacenan datos para la Administración con fines estadísticos o fiscales. El registro de la propiedad dominicano heredó del sistema australiano Torrens, el principio de fe pública registral, que protege al tercero registral y, por lo tanto, lo mantendrá en su adquisición, siempre que adquiera en las condiciones especificadas en el ordenamiento jurídico. De igual modo, heredó del sistema australiano Torrens importantes características, que comparte con los sistemas eficaces en su organización y en garantizar la propiedad inscrita.

## PALABRAS CLAVES

Inoponibilidad de derechos; publicidad registral; registro de la propiedad; tráfico jurídico inmobiliario.

## ABSTRACT

Land registry has both a legal and economic nature. It is of a legal nature due to the strong effects that that which is made public has on real estate commerce, either by formal registration, disclosure or publicity, which disclosure or publicity constitute the core purpose of the registration itself. It is economic in nature because it promotes the issuance of credit as well as the circulation of wealth based on real estate assets, making titled property stronger. Land registry is different to purely administrative registries in that it creates rights, rather than merely storing data for the Administration for statistical or fiscal purposes. The Dominican land registry system inherited the principle of “public registry faith” from the Australian Torrens system. The principle of public registry faith protects bona fide third parties, which are those that acquire title under the terms and conditions of the legal system. Similarly, the Dominican land registry system inherited other relevant characteristics from the Australian Torrens system, which characteristics are proper for an effective system in terms of organization and in their ability to guarantee registered ownership.

## KEYWORDS

Land registry; real estate legal traffic; registration publicity or disclosure; unenforceability of rights.

## INTRODUCCIÓN

El registro de la propiedad es una entidad estatal organizada para establecer los derechos reales inmobiliarios y darles publicidad. Es necesario conocer la situación jurídica de los inmuebles sobre los cuales se harán transacciones inmobiliarias, como una forma de evitar la evicción, y el verse sorprendido por cargas ocultas que no pudieron conocerse al momento de negociar. Es de este modo, que el registro de la propiedad es un bastión sobre el que descansa la economía de los pueblos que entran al concierto de naciones que hacen de la propiedad titulada un elemento de crédito.

Debido a la importancia del registro para el fomento y desarrollo de la economía, unida a la seguridad que ofrece al tráfico jurídico inmobiliario, al garantizar los derechos inscritos, se ha establecido la doble naturaleza del registro como institución económica y jurídica. En una fase propedéutica, analizaremos el registro como figura jurídica y veremos las diferentes formas de abordar su estudio, adentrándonos luego, en el estudio del registro de la propiedad dominicano. Tocaremos la evolución histórica del registro como institución, su estructura y funcionamiento y señalaremos las características del registro dominicano.

El registro de la propiedad es una creación del Estado para garantizar el derecho de propiedad a quien adquiera del propietario inscrito, en virtud del principio de fe pública registral. De no haber esta garantía, la propiedad sobre los bienes inmuebles carecería de valor, al no poder ser objeto de crédito. A través de la publicidad registral, que se refiere a las vías o canales de que dispone el registro, para publicar la situación jurídica de los derechos reales inmobiliarios, y que se constituye en su finalidad, el derecho inscrito goza de una presunción irrefragable *iuris et de iure*, y que se apoya en el principio de la fe pública registral.

El sistema inmobiliario registral dominicano, en su evolución, muestra cómo fue superando defectos de diseño asimilando el sistema registral australiano Torrens, sistema de gran solidez y seguridad para el tercero registral. De igual modo, del sistema australiano Torrens, el sistema dominicano heredó características y técnicas no menos importantes que configuran los sistemas de seguridad jurídica preventiva. Asimismo, el uso de la tecnología en el registro de la propiedad en la República Dominicana, ha contribuido a su modernización de cara a los tiempos actuales. Esta automatización del registro constituye una característica de los registros modernos y técnicos.

Es por la dualidad del registro, institución jurídica y económica, que los estados procuran su fortalecimiento, de manera que la propiedad inscrita quede asegurada. A su vez, aspiran a un registro moderno más cercano a las necesidades de los usuarios. La promulgación de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, que conservó importantes características y principios del sistema australiano Torrens, marcó un hito en el proceso de modernización del registro.

## **EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REPÚBLICA DOMINICANA**

Los Estados modernos, a través de la legislación, han creado mecanismos para garantizar la propiedad inscrita, siendo el registro de la propiedad una creación estatal que cumple sus fines a través de la publicidad registral, la cual se hace posible mediante certificaciones, consultas e informes, de acuerdo al artículo 103 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario. Es indiscutible el gran valor en el mercado de los bienes inmuebles y la realidad de la plusvalía. Es por ello que los estados, a través del registro de la propiedad, procuran crear mecanismos que garanticen la adquisición de la propiedad.

Es necesario asegurar la propiedad de quien ha invertido para adquirir una vivienda o de las constructoras que adquieren terrenos para edificar. La actividad mercantil que sucede en el tráfico o comercio inmobiliario, así como la industrial, necesitan para su dinamismo y solidez de un sistema registral que asegure al que compra, así como al que presta. Este es el sentido del registro de la propiedad y los estados al día de hoy lo han entendido, procurando dotarse de un sistema registral sólido y eficaz.

Lo publicado por el registro es proclamado oficialmente, puesto que el registro de la propiedad es un órgano estatal. Teniendo lo publicado validez y eficacia para todo el mundo o *erga omnes* (Santaella López, 2003, 40) y carácter constitutivo y a su vez convalidante, de acuerdo al artículo 90 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario. Estos atributos de lo publicado, hacen considerar al registro como “institucional o sustantivo” (Santaella López, 2003, 40), en contraposición a los registros puramente administrativos, que no tienen estos efectos ni alcances, limitándose a fines estadísticos, fiscales o informativos para un uso exclusivo de la Administración (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 110).

El registro de la propiedad es una categoría de los registros jurídicos. La nota primordial que distingue al registro de la propiedad está atribuida a

la publicidad y a los efectos sustantivos de lo publicado (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 109). Los derechos publicados por el registro tienen efectos jurídicos sobre los derechos de las personas y tienen gran valor en el comercio inmobiliario (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 109).

El valor jurídico del registro de la propiedad tiene que ver con que, luego de inscritos los derechos, éstos no podrán considerarse de manera aislada, sino que formarán parte de un todo constituyendo su estado registral (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 537). El estado registral está relacionado con la forma en que el asiento respectivo determina el derecho inscrito y al alcance y condiciones de existencia de los derechos luego de inscritos. El tracto sucesivo muestra la manera en que los derechos son una pieza del engranaje registral, toda vez que cada titularidad debe estar precedida por un derecho que le da origen. El artículo 28.º del Reglamento General de Registro de Títulos indica que:

Con posterioridad al primer registro, para ejecutar actos por los cuales se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales, cargas o gravámenes sobre inmuebles, se requiere que previamente conste registrado el derecho de la persona que otorga, o en cuyo nombre se otorgan los mismos.

El registro es de naturaleza jurídica, porque una vez inscritos los derechos, su estado cambia (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 538) produciendo importantes efectos jurídicos, como: la prioridad sustantiva, la oponibilidad, la fe pública y la legitimación registral. Una vez inscritos los derechos, los terceros no podrán desconocerlos, sino que se reputarán conocidos por todo el mundo.

Los derechos inscritos serán considerados como “una pieza más del conjunto total del que han pasado a formar parte” (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 538). Es por ello que el registrador tendrá que ponderar al momento de materializar la inscripción, los obstáculos que pudieran surgir del propio registro, siendo este escrutinio parte de la función calificadora, que define el artículo 96.º de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario: “En los actos posteriores al primer registro, corresponde al registro (...) examinar, verificar y calificar el acto a inscribir, sus formas y demás circunstancias, de conformidad a lo establecido en la vía reglamentaria”.

Asimismo, los derechos inscritos gozarán de un puesto registral (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 538), que tiene que ver con la posición del derecho dentro del historial del inmueble. Este puesto se refiere al orden o prioridad del derecho. Se tendrá en cuenta con fines de inscripción el derecho que llegó primero a registro frente a uno que llegó después. Este principio se expresa en la máxima *prior tempore potior iure*. El derecho que llega primero al registro, como el derecho de propiedad, excluye a otro derecho de propiedad sobre el mismo inmueble, que haya ingresado con posterioridad. En este caso, la incompatibilidad de derechos, ya que no puede haber propietarios distintos de un mismo inmueble, origina una prioridad excluyente. En cambio, la prioridad será preferente si se trata de derechos compatibles entre sí, como es el caso de la hipoteca. En caso de llegar dos hipotecas a registro sobre el mismo inmueble, al ser derechos que pueden coexistir, se le asignará un rango que determinará la jerarquía de las dos hipotecas.

El registro de la propiedad, al proteger el crédito, garantizando lo prestado y facilitando a la propiedad ser objeto de crédito, se constituye en un baluarte del desarrollo económico de una nación. Mediante la publicidad registral, el registro procura asegurar la propiedad y las inversiones. Sólo mediante la publicidad de los derechos es posible garantizarlos. Ésta establecerá la inoponibilidad de derechos y la limpieza de cargas pretéritas, constituyéndose esto en una garantía sobre lo publicado, que será considerado como válido y verdadero. Sin un registro organizado y moderno no sería posible garantizar la circulación de las riquezas, así como el crédito territorial. Mediante un registro organizado es posible incorporar al mercado la propiedad. El registro asegura el valor de la propiedad mediante su inscripción. Una vez inscrita la propiedad ésta impactará en la realidad material, provocando importantes efectos jurídicos, que nadie podrá desconocer por el principio de oponibilidad.

El registro de la propiedad se enmarca en la disciplina jurídica del derecho registral. Esta disciplina procura la publicidad de los derechos para de este modo otorgar “fijeza a situaciones jurídicas que interesan a la vida negocial” (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 43). El carácter sustantivo del registro, le viene dado por los efectos jurídicos que en la realidad material causa lo publicado. Estos efectos en el comercio inmobiliario de lo publicado por el registro de la propiedad, son frutos precisamente de la publicidad organizada por el mismo registro. Estos efectos se producirán incluso si todos no llegan a tener conocimiento efectivo de lo publicado. Basta que los derechos sean publicados, es lo que se ha venido a llamar cognoscibilidad (Atilio Cornejo, 2001,

2) de los derechos inscritos, para que, al existir la posibilidad de conocerlos, se tengan los mismos por conocidos.

La disciplina registral sobre bienes inmuebles toca otras ramas que tienen incidencia sobre los inmuebles, tales como: aspectos procesales, administrativos, mercantiles, de derecho laboral, aspectos urbanísticos, de derecho penal e internacional. Es por esta conexión entre las disciplinas que algunos doctrinarios se refieren al registro de la propiedad como íntegro e integrado (Gómez Gállico, 2009). La información publicitada debe ser toda la que afecte al inmueble, de tal manera que no sea necesario acudir a otras instancias o instituciones para enterarse de su estado jurídico. Este carácter íntegro del registro, de acuerdo a este autor, permite reducir los costes de transacción a la hora de realizar operaciones comerciales con inmuebles.

El carácter íntegro del registro, supone la protección al tercero registral, que adquiere confianza en lo publicado por el registro, que es toda la verdad del inmueble. Frente a una inexactitud registral, es el caso de un acto nulo que llegó a inscribirse, el tercero registral quedará protegido por el sistema, en virtud del principio de fe pública registral. El carácter de integrado hace alusión a la vinculación que debe tener el registro con otras instituciones, tales como las que tienen que ver con la situación medioambiental y fiscal del inmueble, así como con el Catastro.

#### **DIFERENTES MODOS DE ABORDAR EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

Los registros pueden catalogarse (Atilio Cornejo, 2001, 7) como registros de hechos. Es el caso del Registro Civil, donde consta el nacimiento o la muerte de una persona. Los registros de actos y contratos hacen referencia a aquellos actos jurídicos que deben celebrarse en el registro y ante el oficial público correspondiente. Es el caso del matrimonio, y el registro notarial entra en esta categoría. También están los registros de documentos, entrando en esta categoría el registro de testamentos y mandatos, en los que consta registrado el título formal o documento que contiene el hecho. Los registros de títulos hacen referencia a los títulos en sentido material. En este registro debe existir el consentimiento expresado ante el registrador. Finalmente, están los registros de derechos, en los cuales entran los registros que llevan los notarios, llamados también protocolos.

El registro de la propiedad dominicano es un registro de derechos. El registro publica las circunstancias con transcendencia jurídico-real. En virtud

de la fe pública registral, el tercer adquirente, que se define como aquél que adquiere de legítimo propietario y que inscribe su derecho, cuya adquisición es a título oneroso y de buena fe (Gómez, 2014, 156), quedará protegido. Esta característica lo contrapone a los registros de títulos, en los cuales el derecho sólo se inscribe para hacerlo oponible. En los registros de títulos, como en los registros de derechos, rige el principio de prioridad.

Asimismo, algunos registros de títulos admiten el principio de tracto sucesivo, la transmisión deberá ser hecha por quien figure inscrito. Si bien el registro de la propiedad dominicano es denominado Registro de Títulos, lo es atendiendo a la definición de títulos en su sentido material y no formal, es decir, en el sentido de la operación jurídica que se somete a escrutinio del registrador, con fines de inscripción. El registro dominicano es un registro de derechos, porque legitima los derechos, lo cual contempla el principio II de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, al declarar sobre el principio de legitimidad: "(...) que el derecho registrado existe y que pertenece a su titular".

De igual modo, existe la calificación del registrador sobre los derechos que procuran ingresar al sistema, con lo cual controla la legalidad del negocio jurídico.

El registro de la propiedad inmueble se ha estudiado atendiendo a su naturaleza y finalidad (Atilio Cornejo, 2001, 9). Así se habla de registros personales y reales. El registro personal utiliza la técnica de folio personal, organizando los libros, atendiendo al nombre de la persona física o jurídica, contrario a la técnica de folio real, que basa la organización de los folios atendiendo al inmueble. También, el registro puede ser de transcripción y de inscripción. Los registros de transcripción copian en los libros la totalidad del documento o acto que contiene el derecho, mientras que los registros de inscripción toman sólo un extracto del documento.

Los registros declarativos y constitutivos hacen referencia a la necesidad o no de inscripción. Serán declarativos aquellos registros en los cuales el negocio jurídico existe antes de practicarse la inscripción. En estos registros el sólo consentimiento basta para que el negocio se configure. La inscripción es sólo una formalidad para hacer oponible el negocio jurídico. En cambio, los registros constitutivos exigen la inscripción para la constitución y validez del acto, de manera tal que antes de inscribirse el acto no existe.

De igual modo, el registro de la propiedad puede estudiarse desde distintos ángulos o puntos de vista (Caicedo Escobar, 1997, 24) como institución jurídica, cuya finalidad es establecer y publicar la situación jurídica de los derechos reales inmobiliarios, como una forma de asegurar el comercio sobre inmuebles. También puede verse como oficina, atendiendo este aspecto al lugar donde se inscriben los derechos, como conjunto de libros, que expresa de manera tangible el contenido del registro. Visualizar el registro de la propiedad como conjunto de libros hace alusión, por el hecho del uso de la informática, no tanto a los libros físicos que contienen los derechos reales inmobiliarios, así como sus mutaciones, sino que este abordaje, como conjunto de libros, está vinculado hoy día a la base de datos que contiene las informaciones registradas sobre bienes inmuebles. Finalmente, el registro puede estudiarse como servicio público.

El Estado organiza el servicio público registral, de manera que sea posible para todo el mundo conocer las informaciones registradas sobre los inmuebles y las afectaciones que podrían incidir en su libre disponibilidad. Estas informaciones serán tomadas en cuenta a la hora de negociar y contarán con la garantía del Estado, en virtud del principio de fe pública registral. En este principio descansa la protección que el sistema otorga al tercero registral, que confió en el registro para contratar. El tercero registral no podrá verse sorprendido frente a cargas ocultas, ni podrá ver cuestionado su derecho de propiedad. En esta protección descansa la fortaleza de los sistemas registrales que se fundamentan en la fe pública registral, la cual garantiza los derechos inscritos.

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

Bajo la Ley sobre Registro y Conservación de Hipotecas del 21 de junio de 1890, inicia el registro como una oficina que interviene en los actos traslativos de propiedad. Regía, al amparo de dicha ley, el sistema ministerial francés, de carácter declarativo de derechos. Este sistema ministerial rige aún hoy día para los inmuebles no registrados, coexistiendo a la vez en el sistema dominicano, el sistema australiano Torrens, para los inmuebles registrados. A partir de la Ley sobre Registro y Conservación de Hipotecas, se crean en el país las oficinas del registro y de Conservaduría de Hipotecas, donde se recibirán los actos contentivos de derechos reales inmobiliarios, como constitución, traslación, modificación, declaración o extinción de los mismos. Estos actos una vez inscritos (hipotecas) o transcritos serían objeto de publicidad, como una forma de evitar la clandestinidad.



La Ley sobre Registro y Conservación de Hipotecas reproducía la ley francesa del 23 de marzo de 1855, excepto en lo relativo a la transcripción, que no era exigida en la legislación dominicana. La transcripción, sin la cual los actos o títulos formales no son oponibles a los terceros, vino a ser obligatoria el 5 de junio de 1931 con la ley núm. 133. El funcionario encargado de transcribir los títulos era el conservador de hipotecas. A este estadio en la evolución de nuestro derecho inmobiliario registral, el conservador de hipotecas debía copiar íntegramente el contenido de los actos traslativos de propiedad e inter vivos que pretendía ingresar al registro, mientras que la inscripción era sólo para las hipotecas (Ruíz Tejada, 1952, 34). Las oficinas de Registro y Conservaduría de Hipotecas eran supervisadas por los Tribunales de Primera Instancia y por el procurador fiscal. La transcripción era llevada a cabo tomando en cuenta a la persona y no al inmueble.

Este método de llevar los libros de acuerdo a la persona o folio personal era imperfecto, ya que dificultaba la obtención rápida de las informaciones sobre bienes inmuebles que constaban registrados. Este tipo de organización de la mecánica registral es desechada por los sistemas avanzados y modernos, por lo que no tardaron en surgir las críticas al sistema. La técnica de folio real, atendiendo al inmueble, es considerada superior para la llevanza de los folios, ya que el inmueble pocas veces cambia, lo que permite organizar la mecánica registral de mejor manera.

Es oportuno señalar la diferencia entre los bienes muebles y los inmuebles, porque debido a las particularidades de los últimos, se organizan los registros de la propiedad para otorgarles un régimen de publicidad distinto y especial. “En materia de muebles, la posesión vale título” afirma el Código Civil en el artículo 2279. Por lo que, tratándose de muebles, basta la posesión para demostrar el derecho de propiedad. En cambio, los inmuebles que tienen naturaleza fija y son infungibles (Arrieta Sevilla, 2021, 12), necesitan de un régimen de publicidad que permita conocer sobre la titularidad de los mismos y sobre las cargas y gravámenes que les afectan. Los registros organizan a estos fines un sistema de publicidad, que ha venido a llamarse publicidad registral, inmobiliaria o publicidad formal. La publicidad de los inmuebles persigue hacer cognoscible a los terceros los derechos inscritos o transcritos.

Con la Ley núm. 133 del 5 de junio de 1931, vino a ser obligatoria la transcripción. No se transcribían actos declarativos que comprobaban una situación preexistente, los confirmativos como una renuncia a una nulidad relativa

(Ruíz Tejada, 1952, 40) ni los actos adjudicativos que renuncian a una sucesión o donación, siendo los actos inter vivos los únicos que podían transcribirse en el Registro y Conservación de Hipotecas. En cuanto a las hipotecas, éstas se inscribían copiando sólo un extracto del acto contentivo de la misma.

La transcripción y la inscripción constituyen dos métodos de practicar un asiento en los libros del registro. El registro de la propiedad dominicano, al día de hoy, no transcribe derechos, sino que los inscribe. Para ello realiza un extracto del contenido esencial del documento que deberá ser publicado. La inscripción de los derechos es una técnica de los registros avanzados, que permite al registrador, utilizando su función calificadora, practicar un asiento con la sustancia jurídica que debe ser publicada (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 262). El trabajo intelectual, que supone determinar las circunstancias publicables de los documentos presentados, lo hace posible la función calificadora, la cual es una facultad a cargo del registrador.

El hecho de no exigirse la transcripción antes de la Ley núm. 133 del 5 de junio de 1931 y el hecho de la organización de los libros, atendiendo a los nombres y folio personal, unido a una deficiente organización de los archivos que contenían los títulos formales, provocaron que se afirmara la mala organización del registro (Ruíz Tejada, 1952, 46). La no exigencia del registro de los títulos que amparaban el derecho de propiedad, provocó en la práctica innumerables fraudes y falsificación de títulos, lo que provocaba inseguridad jurídica.

Esta falta de formalidad impedía tener la cadena de transmisiones anteriores, contribuyendo esto a la incertidumbre y falta de seguridad sobre las propiedades que se adquirían. Para paliar estos males, el gobierno votó la ley del 25 de mayo de 1912 sobre inscripción de títulos de terrenos rurales. Esta ley obligaba a registrar los títulos, que amparaban acciones de pesos de los sitios comuneros, los cuales constituían una forma de tenencia de la tierra en nuestro país, como una manera de mitigar las falsificaciones de los títulos y los grandes fraudes (Ruíz Tejada, 1952, 74):

La asignación caprichosa de un valor determinado a cada sitio comunero; la falta de prueba en algunos casos del título o documento original, las continuas transmisiones de derecho, por actos inter-vivos o por causa de muerte, sin que existiera una ley que obligase a inscribir esos títulos en un registro determinado, la falta de escrúpulos de algunos accionistas que vendieron más de una vez el título que tenían, la falta de control de las operaciones de partición en tierras comuneras (...) el incremento que

fue tomando la industria azucarera en la región oriental del país, que era precisamente donde abundaban más los terrenos comuneros, y el periodo de incertidumbres y de desorganización que vivimos durante nuestras pasadas guerras civiles, dio lugar a que personas de conciencias turbias idearan un negocio, que llegó a tener gran incremento: la fabricación de títulos falsos...

De acuerdo a la Ley del 25 de mayo de 1912, el conservador de hipotecas llevaba un registro de la propiedad territorial. Lo que se pretendió fue organizar el registro de los terrenos rurales para paliar los conflictos de titularidad que engendraban los terrenos comuneros. La publicidad de estos registros consistía en la certificación por parte del conservador de hipotecas de los datos de la inscripción.

El gobierno militar de los Estados Unidos de América, que por aquella época regía en el país, consideró que era necesario una legislación que otorgara seguridad a los titulares que inscribían sus derechos, fue así que se dictó la Orden Ejecutiva núm. 511 del 1ro de julio de 1920, que más tarde sería la Ley núm. 1542 de Registro de Tierras. Los Estados Unidos estaban interesados en otorgar garantías a los propietarios de terrenos, como un modo de garantizar las inversiones de la industria azucarera, que en aquellos tiempos tenía gran auge.

La Ley núm. 1542 de Registro de Tierras, instaura en el país uno de los sistemas de registro de la propiedad inmobiliaria más avanzado y seguro: el sistema australiano Torrens. Este sistema tiene gran influencia en el sistema inmobiliario registral dominicano actual, al amparo de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario. Entre las particularidades del sistema australiano Torrens, se encuentra el establecimiento de un proceso para ingresar el inmueble al sistema registral, en nuestro medio llamado saneamiento, que países como España y Argentina llaman inmatriculación (matriculación). El certificado de título que resulta del saneamiento lo otorga el Estado, con todas las garantías que ofrece el sistema inmobiliario registral.

En el sistema australiano Torrens, al igual que en el sistema inmobiliario registral dominicano, existe la calificación de los derechos por parte del registrador, lo que otorga una garantía sobre los derechos inscritos, toda vez que no entrarán al sistema títulos defectuosos o irregulares. Ambos sistemas integran importantes principios registrales, como son los principios de legitimidad, especialidad, fe pública registral y legalidad, que son principios cardinales para otorgar garantía y seguridad al comercio inmobiliario. El sistema australiano

Torrens asegura al propietario por posibles daños resultantes de la aplicación del propio sistema. Si bien está contemplado en la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, el fondo de garantías, para resarcir daños por la aplicación de la ley, el mismo no opera en la actualidad. Finalmente, ambos sistemas utilizan la técnica de folio real para organizar los inmuebles.

La promulgación de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, creó las bases de un registro informático, siendo consecuencia de ello la automatización de la oficina registral. De igual modo, la publicidad registral es en gran parte telemática.

### **ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO**

El registro de la propiedad dominicano está compuesto por distintas oficinas con competencia territorial. Así lo establece el artículo 12.º del Reglamento General de Registros de Títulos, que indica las sedes y la competencia territorial de los registros. Cada oficina está a cargo de un registrador. La coordinación y el funcionamiento de cada registro está a cargo de la Dirección Nacional de Registro de Títulos. El artículo 17 del Reglamento General de Registros de Títulos establece las funciones del registrador:

- a) Coordinar, dirigir y regular el correcto funcionamiento del Registro de Títulos a su cargo y del personal bajo su dependencia.
- b) Encargarse de la distribución y asignación, entre los Registradores Adscritos que se contemplan más adelante, cuando proceda, mediante un sistema aleatorio computarizado, de los asuntos que deba conocer la oficina de registro.
- c) Cumplir los principios registrales y ejercer la función calificadora de los documentos que le son presentados como base de una actuación registral.
- d) Pronunciarse definitivamente, dentro un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de las solicitudes que le son sometidas al Registro de Títulos.
- e) Revisar y firmar los Certificados de Títulos y sus correspondientes duplicados y/o extractos, cuando así corresponda.
- f) Revisar y firmar los asientos registrales que se realizan en los registros complementarios, cuando así corresponda.
- g) Revisar y firmar las certificaciones, cuando así corresponda.
- h) Revisar y firmar los oficios de rechazo de las actuaciones, cuando así corresponda.
- i) Cumplir los requisitos de forma y fondo establecidos en la ley y el presente Reglamento para la emisión, conservación y secuencia cronológica de la ejecución de los Certificados de Títulos y sus correspondientes Duplicados.
- j) Solicitar diagnósticos catastrales, cuando así corresponda.
- k) Pronunciarse dentro del plazo de quince (15) días sobre las solicitudes de reconsideración.
- l) Rectificar los errores puramente materiales detectados en los Certificados de Títulos y en los registros complementarios, de conformidad con la ley y el

presente Reglamento tal como se establece en el capítulo correspondiente a las Rectificaciones. m) Informar a la Dirección Nacional de Registro de Títulos de cualquier situación irregular, así como de cualquier intento de cometer actos ilícitos, o de cualquier acto que, ejecutado, presuma tener el mismo carácter. n) Velar por la integridad, conservación y actualización de los archivos físicos a cargo del Archivo Activo, hasta que los mismos sean entregados de manera definitiva al Archivo Central; debiendo informar al Director Nacional de Registro de Títulos cuando considere que los mismos se encuentren en peligro o desprotegidos. o) Elaborar y remitir periódicamente al Director Nacional de Registro de Títulos su reporte de desempeño con los datos estadísticos del Registro de Títulos a su cargo. p) Preservar la integridad de la información y la estructura de tractos que contiene la base de datos registral, cuando se utilice el sistema automatizado, siendo responsable de las modificaciones que se introduzcan a la misma.

El registrador de títulos ejerce la función calificadora que la ley pone a su cargo de manera autónoma. No deberá recibir instrucciones ni presiones de órgano superior al ejercer su función, ya que ésta se ejerce con independencia, de acuerdo al artículo 47.º del Reglamento General de Registros de Títulos, instituido por Resolución núm. 2669-2009, del 10 de septiembre de 2009. De igual modo, la función calificadora es responsabilidad exclusiva del registrador, no pudiendo delegarla, consistiendo la misma en “examinar, verificar y calificar los actos, sus formas y demás circunstancias”.

El procedimiento registral tiene como finalidad la creación de un asiento que contendrá la situación jurídica de los derechos. Desde el inicio del procedimiento por la petición de inscripción o de anotación, se llevan a cabo distintos actos por parte del registrador, que tienen como base los principios registrales de legalidad, legitimidad, publicidad y rogación. Lo que se procura es salvaguardar los derechos de las partes interesadas, así como de los terceros. “A través del procedimiento registral, se actúa la función registral en relación con una determinada situación jurídico-inmobiliaria, respecto de la cual se publica, formal y materialmente, la verdad jurídica oficial” (Manzano Solano y Manzano Fernández, 2008, 149).

El registrador tiene la responsabilidad de practicar el asiento rogado o de denegarlo según sea el caso. A través de la función calificadora, evaluará la legalidad de los títulos inscribibles, pudiendo denegar la inscripción en los casos en que la solicitud no cumpla con los requisitos establecidos en la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, el Código Civil, el Reglamento General de Registros de

Títulos y otras leyes aplicables, añadiendo el artículo 45 del Reglamento General de Registros de Títulos, que el registrador deberá también verificar que se cumplan las “demás disposiciones complementarias que procedan”.

La legitimidad de los derechos establecida en el principio II de la Ley núm. 108-05, es garantizada de igual modo, a través de la función calificadora, sólo luego de depurados los títulos sometidos a examen, puede establecerse que “el derecho registrado existe y que pertenece a su titular”. La publicidad se constituye en la proclamación oficial de la verdad del registro, que se hace cognoscible erga omnes o para todo el mundo.

Los recursos contra las decisiones del registrador se enmarcan dentro del procedimiento registral. El Reglamento General de Registros de Títulos contempla los recursos de reconsideración, jerárquico y el recurso jurisdiccional. Pudiendo estos recursos ser interpuestos de acuerdo al artículo 152 y ss. de dicho reglamento contra “las decisiones definitivas de los Registros de Títulos, que aprueban o rechazan una actuación”.

Técnicamente, en el sistema dominicano, la inscripción es un asiento registral de acuerdo al artículo 103 del Reglamento General de Registros de Títulos: “Asiento registral es la consignación que se practica en los registros, como consecuencia de la ejecución de documentos aptos para constituir, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos reales, cargas o gravámenes que recaen sobre un inmueble registrado”. Las actuaciones solicitadas al registrador con miras a la creación de un asiento registral se asientan en un sistema automatizado o en un libro diario en aquellos registros que no cuenten con un sistema informático.

### **CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO DOMINICANO**

El sistema inmobiliario registral dominicano heredó importantes principios y características del sistema australiano Torrens. El sistema australiano Torrens, desde su creación, es considerado como uno de los sistemas registrales de mayor solidez, ya que permite asegurar la propiedad titulada. El registro de la propiedad de la República Dominicana organiza las propiedades atendiendo al inmueble, utilizando la técnica de folio real. Es un registro de inscripción, que no precisa transcribir todo el título que contiene la operación jurídica, porque el asiento contendrá lo esencial del título, luego de una depuración del registrador

que extraerá del documento lo que deberá publicarse. También la calificación permite que no ingresen al sistema títulos defectuosos, lo que redundará en una seguridad jurídica preventiva, reduciendo la tasa de litigiosidad.

De igual forma, el registro dominicano es un registro constitutivo y convalidante, el cual exige inscribir el derecho para que éste se configure o perfeccione. La inscripción constitutiva permite otorgar seguridad a los derechos inscritos, ya que los derechos no inscritos no generarán mutaciones jurídico-inmobiliarias. El carácter convalidante se refiere a que la inscripción purga los defectos que pudiera tener el título. Por otro lado, la calificación en nuestro sistema permite otorgar una garantía sobre los derechos inscritos, debido al examen y depuración que realiza el registrador antes de practicar un asiento.

El principio de fe pública es un pilar del sistema registral dominicano, sobre el que descansa la protección al tercero registral, que adquiere en las condiciones admitidas por el ordenamiento jurídico. El registro dominicano es de numerus clausus en cuanto que sólo serán inscribibles los derechos que determine la ley. Este es el sentido, del principio V de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario: “En relación con derechos registrados ningún acuerdo entre partes está por encima de esta Ley de Registro Inmobiliario”.

La publicidad registral, fin primordial del registro de la propiedad, se canaliza telemáticamente, en lo concerniente a las certificaciones del estado jurídico, las cuales pueden ser solicitadas y recibidas vía correo electrónico. Asimismo, las consultas, en tanto que permite acceder a la banca a la situación jurídica de los inmuebles registrados, vía una plataforma virtual. También, la oficina registral se ha automatizado, pudiendo solicitarse las distintas actuaciones registrales de manera virtual. La firma digital constituye a su vez un aspecto sobre la automatización del registro.

## CONCLUSIONES

El registro dominicano comparte rasgos que lo convierten en un registro moderno y técnico, tales como la utilización de la técnica de folio real para organizar los inmuebles; el método de inscripción de los derechos, en contraposición con la transcripción; el efecto constitutivo y convalidante de la inscripción; la calificación ejercida por el registrador; la automatización del registro, una publicidad registral telemática en cuanto a las certificaciones del estado jurídico del inmueble.

Asimismo, esta automatización consiste en la posibilidad de consulta virtual de la situación jurídica de los inmuebles por las entidades de intermediación financiera. La informatización del registro permite solicitar vía online las distintas actuaciones que operan la mutación jurídico-real, como ventas, dación en pago, permutas, donación, inscripción y cancelación de hipoteca convencional e inscripción de embargos.

El sistema australiano Torrens, adoptado mediante la Orden Ejecutiva núm. 511 del 1ro de julio de 1920, de la Gaceta Oficial núm. 3138, que más tarde dio paso a la Ley de Registro de Tierras, es una herencia del sistema registral inmobiliario dominicano. De este sistema heredamos el principio de fe pública registral, así como aspectos relativos a la organización del registro, como la llevanza del registro atendiendo al inmueble, el saneamiento (inmatriculación), el Certificado de Título que resulta del proceso de saneamiento, que se asocia en este sistema al derecho de propiedad, y de esta manera fue asumido por el sistema dominicano, si bien más que el certificado de título, lo que realmente tiene valor y configura el derecho es la inscripción. También, heredamos el seguro inmobiliario, contemplado en la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, como fondo de garantías.



## RECOMENDACIONES

Existen aspectos que el sistema inmobiliario registral dominicano deberá integrar, a los fines de configurar un sistema que brinde protección a los lesionados por omisiones o errores (inexactitudes) del registrador, a la hora de extender un asiento. A estos fines, es necesario la habilitación del fondo de garantía, contemplado en el artículo 39. de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario. El fondo de garantía constituye una nota esencial de los registros de derechos. Este fondo equivale al seguro inmobiliario en el sistema australiano Torrens, de manera que quien resulte lesionado por una actuación registral o por la aplicación de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, pueda obtener una reparación de su perjuicio.

Asimismo, debido a que la calificación del registrador tiene gran importancia, debe de atenderse al estatus de este funcionario. Lo decidido por el registrador tiene fuerte incidencia en el comercio inmobiliario y grandes efectos, por lo que es recomendable proteger a este funcionario de posibles ataques al ejercicio de su cargo, lo que comprometería su independencia. Es aconsejable instaurar su inamovilidad, salvo en el caso de comisión de faltas disciplinarias. De igual forma, una adecuada remuneración es aconsejable como una forma de desincentivar la corrupción. ■

## REFERENCIAS

- Arrieta Sevilla, L. J. (2021). Líneas definitorias del Torrens title. A propósito de su conexión con la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, del 23 de marzo de 2005. *Iuris Forum*, núm. 2, julio-diciembre 2021, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 8-27 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>
- Acedo Penco, A. (2019). *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. Madrid: Dykinson.
- Atilio Cornejo, A. (2001). *Derecho registral*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Blasco Gascó, F. P. (2019). *Instituciones de derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario* (3ª. ed.). (Manuales de Derecho Civil y Mercantil). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blasco Gascó, F., Capilla Roncero, F., Clemente Meoro, M., Domínguez Platas, J., Estruch Estruch, J., López Beltrán de Heredia, C., López y López A. M., Montés Penadés, V. L., Prats Albentosa, L., Roca i Trias, E., y Valpuesta Fernández, R. (2001). *Derechos reales y derecho inmobiliario registral* (2ª. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Caicedo Escobar, E. (1997). *Derecho inmobiliario registral: Registro de la propiedad y seguridad jurídica*. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis.
- Ciprián, R. (2013). *Tratado de derecho inmobiliario (bases constitucionales y legales; Jurisprudencia, doctrina y procedimientos)* (4ª. ed.). Santo Domingo: Stalin Ciprián/Fidel Ciprián.
- Gómez, W. (2007). *Derecho Inmobiliario registral: Introducción a su estudio* (3ª. ed.). Santo Domingo: Editorial Claridad.
- Gómez, W. (2014). *Manual de derecho inmobiliario registral*. República Dominicana: Amigo del Hogar.
- Hernández Perera, Y. (2016). *La constancia anotada y la transferencia parcial a la luz de la Ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario y sus reglamentos*. Gaceta Judicial, julio.

Hernández Hernández, G. (2007). *Registro de inmuebles*. Santo Domingo: Maxan.

Manzano Solano, A. y Manzano Fernández, M. (2008). *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: J. San José.

Lacruz Berdejo, J. L. (2011). *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Editorial Civitas.

López y López, A. M., Velarde, A. M., Fernández Arévalo, A., Díaz Moreno, A. (2014). *Lecciones de derecho civil, derechos reales e hipotecarios* (2ª. ed.). (Manuales de Derecho Civil y Mercantil). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ossorio Serrano, J. M., Ruíz Rico, J., y otros. (2021). *Curso de derecho civil III. Derechos reales y registral inmobiliarios* (10ª. ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Rubio San Roman, J. I., Rams Albesa, J., Moreno Florez, R. M. (2020). *Apuntes de derecho inmobiliario registral*. Madrid: Dykinson.

Ruíz Tejada, M. R. (1952). *Estudio sobre la propiedad inmobiliaria en la República Dominicana*. Ciudad Trujillo: Editora del Caribe.

## ENTREVISTA A **KEVIN LEHMANN** EXPERTO EN COMUNICACIÓN JUDICIAL

👤 **Kevin Lehmann**

✉ kevinlehmannr@gmail.com

🌐 [linkedin.com/in/kevinlehmannr/](https://www.linkedin.com/in/kevinlehmannr/)

✍ Entrevista por

👤 **Dilena Hernández**

✉ dhernandez@enj.org

🌐 [orcid.org/0000-0001-5607-1703](https://orcid.org/0000-0001-5607-1703)

🌐 [linkedin.com/in/dileniahernandez/](https://www.linkedin.com/in/dileniahernandez/)

📷 Fotografía por

👤 **Maya Oviedo**

✉ moviedo@poderjudicial.gob.do



Obra bajo licencia  
Creative Commons  
Atribución-NonCommercial-  
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022  
ISSN (impreso): 2305-2589  
ISSN (en línea): 2676-0827  
[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)

Sociólogo (1990, u. Complutense, Madrid) y Licenciado en Ciencias Políticas (1988, u. Complutense, Madrid); Presidente de la Asociación Iberoamericana de Profesionales de la Comunicación Judicial. Responsable de comunicación de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial; vocero del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial; integrante del Comité Académico Consultivo del Observatorio de Lenguaje Claro de la Universidad de Buenos Aires; autor del libro *Comunicación judicial*.

*El Poder Judicial como actor en el espacio público.*

En esta entrevista, el profesor Lehmann nos cuenta su experiencia como profesional de la comunicación con una amplia trayectoria en los poderes judiciales. Sus estudios y práctica le han convencido de que: Para comprendernos no alcanza con

hablar de manera clara; también es necesario hablar sobre temas que todos conocemos. Las decisiones judiciales, de manera más o menos inmediata, siempre hablan de cosas que todos conocemos (no hay decisiones acerca de conflictos entre seres de otra galaxia) es responsabilidad de las y los magistrados traer esas marcas de lo conocido a sus resoluciones y contarlas pensando en la sociedad, no en los abogados.

Profesor Lehmann, usted es sociólogo de profesión con una amplia trayectoria en temas de comunicación, construcción de consensos y fortalecimiento institucional de poderes judiciales, así como de otras instituciones. **Cuéntenos, por favor, ¿cómo nació su interés por los estudios en comunicación?**



**“Que los jueces se comuniquen solamente a través de sus sentencias no es una prerrogativa, es una trampa. Significa renunciar a construir consensos en otros contextos, a dialogar con todas aquellas personas que requieran una explicación adicional para entender lo que se decidió”.**

*Fue un proceso natural. Mis primeros años de trabajo estuvieron dedicados a la consultoría política, campo en el que la arena de disputa de los discursos es el espacio público y donde la comunicación constituye la herramienta central de intercambios y negociaciones.*

*Cuando se produjo una crisis comunicacional - a partir de una causa judicial en la que un fiscal con quien tengo un vínculo familiar quedó en el centro de un debate público muy duro en el que participaron, entre otros, el*

*entonces presidente de la Nación y el ministro de Justicia- intervino a pedido de la Fiscalía General y tuve que adaptar las herramientas que aplicaba en otro ámbito a lo que luego se llamaría comunicación judicial.*

**En su libro Comunicación judicial. El Poder Judicial como actor en el espacio público, cuando usted habla de comunicación judicial, ¿a qué se refiere?**

*Esa pregunta abre un amplio espectro de temas que marcan el límite para establecer una definición que no sea una imposición o que adelante respuestas en un debate que considero que aún debe permanecer abierto. La Comunicación Judicial no tiene un corpus teórico propio, no están claramente delimitados sus alcances y competencias ni sus objetivos y, por lo tanto, sus estrategias y herramientas no están estabilizadas.*

*La Comunicación Judicial debe ser entendida, no como área, sino como práctica que se desarrolla en dos planos: la vinculación cotidiana entre los magistrados y sus conciudadanos; y la coordinación de tareas y objetivos al interior del poder judicial y del sistema institucional.*

*Las áreas de comunicación de los poderes judiciales no deben trabajar exclusivamente desde la comunicación de oferta - transmitir a la sociedad los mensajes de la institución - ni alcanza con responder a las demandas del periodismo o de otros actores. Lo importante (en comunicación externa, la comunicación interna es otro capítulo central en la construcción de identidad de los poderes judiciales) es pensar la comunicación en, desde y sobre el paradigma social.*

*En mi libro planteo que hay que trabajar a partir de las expectativas y la imagen que la sociedad tiene respecto de qué es y qué hacen los poderes judiciales y qué tiene que ver eso con sus vidas y su bienestar. No se trata únicamente de contar lo que hacen las y los jueces: debemos mostrar su aporte a la felicidad y a la pacificación de las poblaciones de las que forman parte.*

*La Comunicación Judicial está definiendo mal el resultado buscado. No es solamente racional, también es afectivo: debe habilitar la identificación de las ciudadanas y ciudadanos que trabajan de otras cosas, con los/as ciudadanos/as que trabajan de magistrados.*

**Desde su punto de vista, ¿cuál es el rol a que deberían jugar los gabinetes de comunicación de los sistemas judiciales?**

*Los gabinetes de comunicación están llamados a cumplir tareas de recopilación de información, asesoramiento, investigación y difusión. Para esto deben llevar a los poderes judiciales otros discursos acerca del sistema de justicia – que son puestos en circulación por la población, la prensa, las instituciones y la sociedad civil-. También tienen la función de asesorar a la magistratura en los aspectos comunicacionales de toda la actividad judicial. Las derivadas de la actividad jurisdiccional como las audiencias, trámites y resoluciones, la comunicación pública de decisiones jurisdiccionales, el contacto con testigos, las víctimas e imputados, las entrevistas periodísticas, etc.; y la comunicación de cuestiones organizacionales y de política institucional: reformas procesales, participación en políticas públicas y de creación o modificación de normas, actos protocolares donde se pronunciarán discursos, etc.*

*La investigación es ineludible en un contexto en el que la revolución de las tecnologías de comunicación sigue en curso y en el que la complejidad y la indeterminación son las marcas de las sociedades en las que trabajamos. Tenemos que innovar y adaptarnos constantemente. Eso genera una tensión entre el componente institucional (es decir, estable, permanente) del Poder Judicial y el fuerte dinamismo en las expectativas de la sociedad respecto de la judicatura, a quien le pide cada vez más respuestas, sobre temas más complejos. La comunicación entre la sociedad y la judicatura debe atender ambos aspectos: no puede desinstitucionalizar al poder judicial, ni responder con estrategias, formatos y canales inadecuados o ineficaces: por eso debe investigar y revisar constantemente sus marcos y sus herramientas.*

*La difusión, que suele asociarse con la comunicación como única tarea, debe ser el resultado de los puntos enunciados previamente. Comunicarse con los públicos internos y externos de los poderes judiciales requiere de un propósito, una estrategia, definiciones acerca del lugar desde el que hablaremos (en ese sentido, la construcción de la marca institucional en la que el Poder Judicial de República Dominicana está trabajando fuertemente me parece una decisión muy acertada), el análisis de los escenarios comunicacionales y los discursos y agendas en disputa, un vínculo con el periodismo que no puede empezar a cultivarse cuando lo necesitamos urgentemente, el manejo de las técnicas y las herramientas de la comunicación judicial (la Escuela Nacional de la Judicatura tiene sobrada experiencia y calidad profesional como para generar las capacitaciones necesarias) y las personas calificadas técnicamente para llevar adelante esas acciones (el Poder Judicial dominicano cuenta con cuadros profesionales muy*

*preparados en la Coordinación de Comunicación y Asuntos Públicos y se propone “ensanchar” y territorializar la disponibilidad de voceros a partir del programa de vocerías que puso en marcha recientemente).*

**Nuestro sistema judicial realiza esfuerzos para lograr una justicia oportuna, inclusiva y confiable. Al momento de diseñar una política comunicacional judicial ¿Cuáles considera usted serían los principales aspectos que deben tenerse en cuenta para aportar a las soluciones que requiere la sociedad y el sistema?**

*Para decirlo de manera rápida y concisa: creo que no hay que perder de vista que el territorio de la judicatura no es la ley ni el sistema de justicia, es la sociedad. Allí nacen los conflictos y es allí donde debe medirse la calidad de las soluciones.*

*Me parece que los aspectos están bien definidos en el propósito. Agregaría a “oportuna” la idea de “adecuada”: las soluciones deben ser apropiadas a los conflictos y los contextos en los que ellos se producen. La magistratura debe hacer un esfuerzo para identificar las causas profundas de eso que una ciudadana o ciudadano lleva a los tribunales para dar una respuesta que impacte y pacifique. Muchas veces no es tanto la tipificación correcta como la comprensión de lo que está detrás de lo que se enuncia como conflicto. En las mediaciones esto se hace muy evidente, hay cuestiones con poca relevancia jurídica que, sin embargo, son las que activan – y las que pueden desactivar – los conflictos. Por eso me interesa tanto la idea de la interdependencia: el Poder Judicial no debe cargar sobre sus hombros la solución de los conflictos en soledad; debe dejarse ayudar por otros saberes y otros abordajes para encontrar la respuesta adecuada. Desde la comunicación judicial podemos hacer aportes concretos en esos aspectos.*

**La Escuela Nacional de la Judicatura ha implementado diversas capacitaciones que buscan fortalecer la relación del Poder Judicial con los medios de comunicación y la sociedad. ¿Cómo valora la formación en temas de comunicación judicial y cómo puede esta aportar a una mejor comprensión entre jueces y sociedad?**

*Me parece de una importancia de primer orden, tanto para la sociedad como para el periodismo profesional y el Poder Judicial.*

*Las decisiones jurisdiccionales no surgen en el vacío; tienen contextos que son historias humanas: la de ese conflicto en particular y la de lo que llevó a que quede reflejado en el marco normativo de la manera actual y no de otra.*



*Esos contextos son historias humanas reconocibles y que facilitan la comprensión de sus decisiones. Para que la población valore lo que hace la judicatura se requiere de esa inscripción paradigmática, de esos contextos que le resultan familiares y próximos.*

*El periodismo profesional aporta una cadencia, una secuencialidad, que facilita que los públicos no expertos en derecho adviertan como una cosa (la solución técnica) deriva de la otra (la historia de lo sucedido) en una línea que vincula la técnica jurídica con la lógica ciudadana. Para comprendernos no alcanza con hablar de manera clara, también es necesario hablar sobre temas que todos conocemos. Las decisiones judiciales, de manera más o menos inmediata, siempre hablan de cosas que todos conocemos (no hay decisiones acerca de conflictos entre seres de otra galaxia). Es responsabilidad de las y los magistrados traer esas marcas de lo conocido a sus resoluciones y contarlas pensando en la sociedad, no en los abogados.*

*Para alcanzar esos objetivos, que parecen más simples de lo que son, todos debemos capacitarnos continuamente: la magistratura, el periodismo y las y los profesionales de la comunicación judicial.*

**En los temas de comunicación judicial, ¿qué se debe incluir en el proceso de enseñanza aprendizaje, tanto de los jueces como de los periodistas?**

*Creo que lo que hemos estado conversando hasta ahora. Podríamos sintetizarlo, utilizando el trazo grueso, en: 1. Problematicar el vínculo con la sociedad: por qué la sociedad no se alegra de que existan las y los jueces como sí lo hace con las y los médicos y maestros, para decirlo pronto; 2. Comunicación Clara: en las audiencias, en el contacto con los víctimas y los imputados, en la redacción jurídica, en la traducción de sentencias; 3. Comunicación no mediada: redes sociales, producciones audiovisuales, storytelling, programas como Jueces a la Escuela, juicios simulados protagonizados por la sociedad, etc.; 4. Comunicación Mediada: notas y entrevistas periodísticas. Aprender a aprovechar las entrevistas para transmitir los mensajes estratégicos del Poder Judicial. Media training. Cómo se construye la noticia judicial y cómo estructurar los mensajes propios para lograr una comunicación más eficaz. Qué necesidades tiene el periodismo para hacer su trabajo con calidad e independencia (por eso es importante incorporar a periodistas como capacitadores/as); 5. Comunicación Trabada: gestión de disensos, crisis y conflictos. Administrar los asuntos públicos. Los escenarios en situaciones de tensión y pérdida de consensos; 6. Cambio en la*

*Cultura Judicial: qué puede aportar la comunicación judicial al cambio de la cultura organizacional (que el Poder Judicial dominicano ha decidido encarar con mucha decisión y valentía).*

**En la República Dominicana se ha discutido acerca de si debería existir la figura de un vocero del Poder Judicial. Hay quienes están a favor, mientras que otros sostienen que el juez debe comunicarse con la sociedad sólo mediante sus sentencias. En su experiencia ¿cómo entiende que debe ser la comunicación entre los jueces y la sociedad?**

*Que los jueces se comuniquen solamente a través de sus sentencias no es una prerrogativa, es una trampa. Significa renunciar a construir consensos en otros contextos, a dialogar con todas aquellas personas que requieran una explicación adicional para entender lo que se decidió. Es una imposición de poder: implica que otros, con otras agendas, intereses y prioridades expliquen lo que decidió un magistrado/a, en lugar de hacerlo él o ella.*

*Me parece que la figura de vocero es una herramienta importante y necesaria, pero - me apresuro a señalar - eso no significa que el resto de la magistratura pueda desentenderse del deber de comunicarse con la sociedad: no pasa a ser "un tema de los voceros", sigue siendo de todos.*

*En la manera en la que está diseñada la política de vocerías en República Dominicana, es un paso trascendente que mejora notablemente la cantidad y calidad de los intercambios entre la judicatura y sus conciudadanas y conciudadanos. Que sean voceros/as de los departamentos judiciales quienes dialogan con sus comunidades es muy pacificador y confío en que impactará muy positivamente en la confianza pública en el sistema de justicia.*

**¿Cuáles entiende usted que han sido las principales resistencias en la formación de los jueces en temas de comunicación?**

*En línea con lo planteado en la respuesta anterior, creo que se construyó una cultura judicial pensada para alejar a las y los magistrados de la sociedad. En las facultades de derecho de muchos países se enseña a "hablar difícil" y a que el punto de llegada de la comunicación son las partes y, en especial, los abogados y las instancias de revisión. No es un defecto de las juezas y jueces, es una cultura que funcionó durante muchísimo tiempo.*

*Todas las corporaciones (empresas, instituciones, etc.) se han encontrado en el último tiempo con demandas de explicaciones adicionales por parte de sus públicos: quienes compran cualquier producto exigen que les certifiquen que no hay explotación laboral, impacto ambiental negativo, etc. Los poderes judiciales llegan un poco tarde a este fenómeno de demanda de comunicación pero son quienes hacen mayores esfuerzos sin retribución económica por atenderla.*

*Todavía existe una inercia cultural que se traduce en resistencia a la comunicación o, más habitualmente, en una tendencia a relegar la comunicación entre las prioridades para la asignación de infraestructuras y recursos.*

**Desde su punto de vista, ¿cuáles desafíos inmediatos enfrenta la judicatura dominicana en los temas de comunicación judicial con la sociedad?**

*Creo que el principal desafío es el de sostener y persistir en el esfuerzo de mejorar la comunicación con la sociedad. No son acciones lo que hace falta, sino políticas, como bien lo ha entendido la conducción del Poder Judicial al establecer un plan estratégico y al colocar a la sociedad en el centro de él.*

*El principal desafío de cualquier política pública, en mi opinión, es lograr la apropiación y la participación real de todos los afectados, que en este caso son la sociedad, el periodismo, y el sistema de justicia. Eso requiere tiempo y esfuerzos sostenidos y convergentes.*



*Creo que otro desafío es asumir la interdependencia y dejarse ayudar. En este caso, eso está desde el inicio: convocaron a las representaciones del periodismo, a los jueces y juezas de todo el territorio y todas las instancias, a consultores y profesores locales y extranjeros, etc. Es un ejercicio de humildad y de confianza en las metas y en las personas de toda la organización judicial.*

*Los desafíos son grandes y no es un camino marcado, hay que construirlo. Sin embargo, lo que pude ver en los días de trabajo en el país, es que hay mucho talento profesional, mucho compromiso y voluntad y una enorme capacidad de trabajar de manera sistemática y metódica. No tengo dudas de que los objetivos institucionales serán alcanzados y superados.*

# LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA A LA LUZ DE LA LEY 41-08

Labor Relations in the Central  
Public Administration of the  
Dominican Republic in the  
Light of Law 41-08

 **Francisco Suazo Rosario**

 Universidad Autónoma de  
Santo Domingo (UASD).  
República Dominicana  
 suazor@hotmail.com

Artículo de opinión



Obra bajo licencia  
Creative Commons  
Atribución-Nocomercial-  
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 21, junio 2022  
ISSN (impreso): 2305-2589  
ISSN (en línea): 2676-0827  
[saberyjusticia@enj.org](mailto:saberyjusticia@enj.org)

## RESUMEN

La Administración pública, es una enorme fuente generadora de derecho, esencialmente en ámbito del derecho administrativo. Esta es un formidable instrumento para concretar la acción del Estado, sobre todo en un Estado social democrático de derecho, convirtiéndola en un factor estratégico de primer orden para el desarrollo, cuando la misma es capaz de responder a un esquema que propicie los cambios, económicos, sociales y culturales y se garantice la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores. En la República Dominicana, la Administración pública está tipificada de la siguiente manera: centralizada, descentralizada y autónoma. Las centralizadas dependen directamente del Poder Ejecutivo, que son las de nuestro interés a la luz de la Ley 41-08 de la Función Pública, aunque esta ley es un estatuto único para todas las instituciones públicas, las descentralizadas y las autónomas pueden además estar regidas por disposiciones especiales para la realización de los fines del Estado.

## PALABRAS CLAVES

Administración pública; carrera administrativa; Ley 41-08; servicio civil.

## ABSTRACT

The Public Administration is an enormous source of law, essentially in the field of administrative Law. This is a formidable instrument to concretize the action of the State, especially in a social democratic State of law, coexisting with it as a strategic factor of the first order for development, when it is capable of responding to a scheme that favors changes, economic, social and cultural, and effective judicial protection of workers' rights is guaranteed. In the Dominican Republic, Public Administration is typified as follows: centralized, decentralized and autonomous. The centralized ones depend directly on the Executive Power, which are the ones of our interest in light of Law 41-08 of the Public Function, although this law is a single statute for all public institutions, the decentralized and the autonomous ones can also be governed by special provisions for the realization of the purposes of the State.

## KEYWORDS

Administrative career; civil service; Law 41-08; Public Administration.

## INTRODUCCIÓN

Con la Ley 41-08, de la Función Pública, el legislador establece un estatuto único para todos los trabajadores de la Administración pública, sean estos del gobierno central, descentralizado o autónomo, estableciendo para la tutela efectiva de los derechos, los mecanismos que inician en la misma administración y terminan en el Tribunal Superior Administrativo, aunque es preciso señalar que en reclamo de derechos el ciudadano con una relación laboral con el Estado, en el sector descentralizado o autónomo prefiere la vía laboral, para el reclamo de sus derechos.

La presente reflexión es un análisis de la Ley 41-08, como instrumento de regulación de la relación del Estado con los servidores públicos, específicamente referido, referido al ámbito de la administración central, es decir, las que están directamente bajo la égida del Poder Ejecutivo, ya que como se anota en el párrafo anterior, cuando el servidor pertenece al sector descentralizado o autónomo, prefiere la vía laboral para el reclamos de sus derechos.

El Reglamento de Relaciones Laborales en la Administración Pública, establece en su artículo 2 que “la Ley núm. 41-08, del 16 de enero de 2008, de Función Pública, (en lo adelante “la Ley”) y el presente reglamento de aplicación, regulan las relaciones de trabajo entre los funcionarios o servidores públicos, designados por autoridad competente para desempeñar los cargos presupuestados, para la realización de funciones públicas en los órganos de la Administración pública central, descentralizadas y autónomas, los municipios, y los órganos constitucionales del Estado que correspondan”.

En un Estado moderno los instrumentos de regulación de la relación del Estado con los servidores públicos deben obedecer a criterios legales modernos que garanticen claramente los mecanismos, instancias y recursos para su efectiva aplicación, que es lo que busca el legislador con la Ley 41-08. Con la promulgación de esta se refuerza en la República Dominicana la instauración del Estatuto de la Función Pública, (ya se había iniciado con la Ley 14-9, derogada) como marco regulador de las relaciones laborales entre los servidores y el Estado, respondiendo a la necesidad existente de que los actos de la Administración pública respondan al principio de legalidad y al más alto régimen de ética y moral pública.

El Gobierno central (el Ejecutivo) acciona dictando y aplicando las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, a través de las distintas instituciones de la Administración pública, así como los medios para resolver las reclamaciones a qué da lugar lo mandado, y es necesario en ese sentido que estas acciones y disposiciones se den dentro de un marco jurídico claramente establecido.

Los derechos de los trabajadores en la Administración pública dominicana, se enfoca en el desenvolvimiento de la Administración sobre la base de los postulados instituidos en la Ley de la Función Pública (Ley 41-08) y su Reglamento de Aplicación.

Se hace un recorrido por los distintos aspectos y características que han tipificados las relaciones laborales en la Administración pública, porque es ahí en el marco de esa relaciones laborales donde se generan deberes y derechos, desde el surgimiento de la Ley 14-91<sup>2</sup> de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y su Reglamento de Aplicación núm. 81-94, de gran trascendencia para sentar la base de una Administración pública más moderna, hasta llegar a la nueva Ley 41-08<sup>3</sup>.

Ya en esta última se tocarán los aspectos nodales como es el análisis de las relaciones laborales a partir de la promulgación de esta, el régimen de protección, los recursos que la ley les acuerda a los servidores públicos como medios para la tutela de sus derechos y el régimen ético y disciplinaria que han de establecerse a partir de la misma y de los reglamentos elaborados para su efectiva aplicación como los son: Reglamento núm. 523-09, de Relaciones Laborales en la Administración Pública, Reglamento núm. 525-09, de Evaluación del Desempeño y Promoción de los Servidores y Funcionarios de la Administración Pública, Reglamento núm. 527-09, Estructura Organizativa, Cargos y Política Salarial, Reglamento núm. 528-09, Orgánico Funcional de la Secretaría de Estado de Administración Pública, y el Reglamento núm. 251-15, de Reclutamiento y Selección de Personal en la Administración Pública.

---

<sup>2</sup> Ley 14-91,(G.O. núm. 9808 del 20 de Mayo de 1991) de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y su Reglamento de Aplicación núm. 81-94 (G.O. núm. 9879 del 31 de marzo de 1994 -derogada-)

<sup>3</sup> Ley núm. 41-08, de Función Pública y crea la Secretaría de Estado de Administración Pública.

### ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DOMINICANA

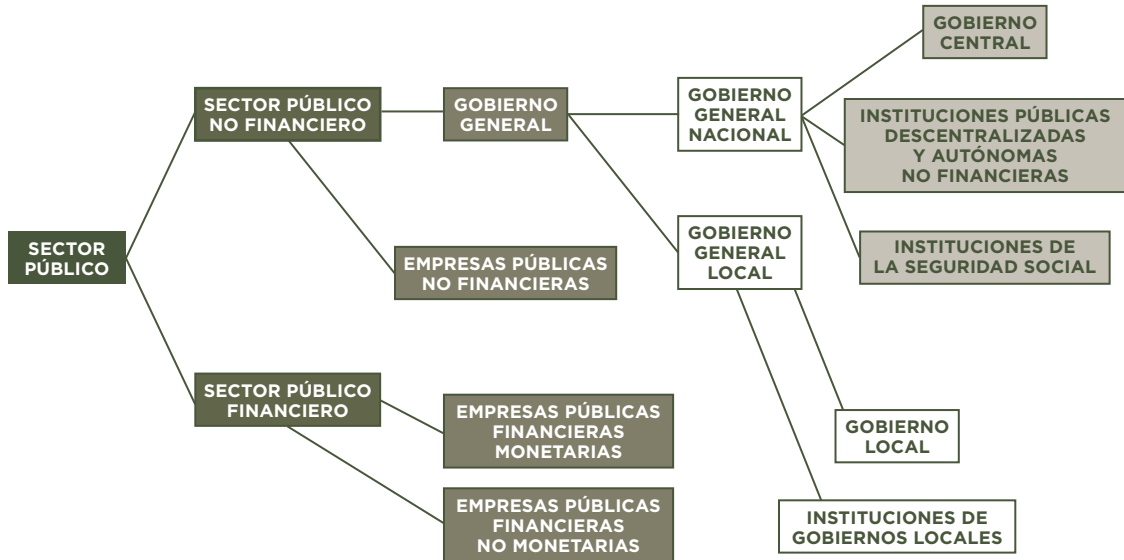


Figura 1. Estructura de la Administración pública dominicana

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El trabajo es una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado, es deber de éste garantizar la existencia y aplicación de un marco regulador a través de leyes justas, capaces de responder a un esquema que propicie los cambios políticos, económicos sociales y culturales.

En el caso de República Dominicana, aun contando con una legislación considerada moderna, adaptada a la realidad social dominicana, sin embargo falta elevar el nivel de conciencia de los actores que involucra la ley, los administradores y los administrado, creando en los administradores la cultura del cumplimiento y en los administrados la cultura de utilizar los recursos y medios que la ley pone a su disposición para la tutela efectiva de sus derechos. Hay una cultura de falta de cumplimiento de los administradores y una cultura de falta de reclamos por los administrados.

Además de la Ley 41-08, de la Función Pública, la administración cuenta con un entramado o conjunto de leyes que le sirven de sustento y le dan operatividad, entre ellas podemos mencionar: Ley núm. 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, Ley núm. 13-07 de Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa del Estado, que crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus



Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, Ley núm. 4378 Orgánica de Secretarías de Estado de la República Dominicana, Ley 247-12 Orgánica de la Administración Pública, Ley núm. 1-12, de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, entre otras.

La Constitución del 2010, establece en su artículo 62 que “El trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado. Es finalidad esencial del Estado fomentar el empleo digno y remunerado. Los poderes públicos promoverán el diálogo y concertación entre trabajadores, empleadores y el Estado”. Enseguida siguen los ordinales que establecen las condiciones necesarias para garantizar este derecho, entre los que se destaca el ordinal 5: “Se prohíbe toda clase de discriminación para acceder al empleo o durante la prestación del servicio, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de proteger al trabajador o trabajadora”.

Las relaciones laborales de los servidores públicos con la Administración pública, está regulada por la Ley núm. 41-08 de Función Pública, que crea la Secretaría de Administración Pública, y sus reglamentos de aplicación previamente citados. En la Ley 41-08 y los reglamentos se establece un marco jurídico de protección a los trabajadores del Sector Público. Para la Ley 41-08, Servidor Público es la “Persona que ejerce un cargo permanente de la función pública, designado por autoridad competente”. (artículo 4, numeral 4).

#### **DERECHOS CONSAGRADOS EN LA LEY 41-08**

El legislador, además de tratar de establecer mecanismos, instancias y recursos para concretar la acción del Estado y garantizar su efectiva aplicación de manera eficiente y eficaz, también establece deberes y derechos para el trabajador y los recursos de que este dispone para la tutela efectiva de los derechos que le son propios. Estos derechos los clasifica la ley en derechos generales y especiales, contemplado en el artículo 58 y ss., de la Ley de Derechos Colectivos, consagrado en el artículo 67 y ss.

En el artículo 3 se consagran los principios fundamentales (que a nuestro entender se constituyen en derechos), que constituyen la esencia del estatuto jurídico del ejercicio de la función pública. Un aspecto importante de estos principios fundamentales lo expresa el ordinal siete del artículo 3 que expresa: “Reconoce la facultad del servidor público lesionado de recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de protección, como parte de los derechos consagrados según lo dispuesto por la presente ley”.

Para poder entrar en un análisis de los derechos individuales, especiales y colectivos que le confiere la Ley 41-08 a los trabajadores, es bueno señalar cuáles son estos derechos:

**Artículo 58:** Son derechos de todos los servidores públicos sujeto a la presente ley los siguientes: 1) Percibir una remuneración por sus servicios de conformidad con el régimen retributivo establecido por la presente ley y su reglamentación, así como los demás beneficios y compensaciones de carácter económico establecido en su favor; 2) Recibir inducción, formación y capacitación adecuadas a fin de mejorar el desempeño de sus funciones; 3) Participar y beneficiarse de los programas y actividades de bienestar social que se establezcan; 4) Recibir el sueldo anual número trece (13), el cual será equivalente a la duodécima parte de los salarios de un año, cuando el servidor público haya laborado un mínimo de tres meses en el año calendario en curso; 5) Disfrutar de las licencias y permisos establecidos en la presente ley; 6) Recibir el beneficio de las prestaciones sociales, jubilaciones y pensiones que les correspondan; 7) Recibir un tratamiento justo en las relaciones interpersonales con compañeros de trabajo, superiores y subalternos derivadas de las relaciones de trabajo; 8) Tener garantizadas condiciones y medio ambiente de trabajo sanos; 9) los demás derechos que legalmente les correspondan contemplado en la presente ley.

#### **DERECHOS ESPECIALES**

**Artículo 59:** En adición a los derechos generales de los servidores públicos, son derechos especiales de los funcionarios de carrera los siguientes: 1.) A la titularidad de un cargo permanente de la administración pública clasificado como de carrera; 2.) De estabilidad en la carrera administrativa bajo las condiciones previstas por la presente ley. 3.) Ser restituido en su cargo cuando su cese resulte contrario a las causas consignadas expresamente en la presente ley y recibir los salarios dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la fecha de la reposición, sin perjuicio de las indemnizaciones que la jurisdicción contencioso administrativa pueda considerar. Es decisión del empleado aceptar la restitución en el mismo destino, en caso de no aceptarla la institución deberá reubicarlo en otro destino; 4.) A la promoción dentro de la carrera administrativa. 5.) Ejercer los demás derechos que con carácter especial se establezcan legal o reglamentariamente en su favor, por su condición de servidor de carrera. 6.) Ser ascendidos por sus méritos, a cargos de mayor nivel y remuneración, de acuerdo con las necesidades y posibilidades de la Administración pública.

## DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

**Artículo 67:** Se reconoce el derecho de los servidores públicos a organizarse dentro del marco de las disposiciones de la presente ley y de cualquier otra norma legal vigente sobre la materia, conforme lo establece la Constitución de la República, así como a separarse en cualquier momento de la organización a que pertenezcan. La reglamentación de la presente ley regulará las modalidades para la constitución y organización de las asociaciones de servidores públicos, así como de las federaciones y confederaciones de las mismas.

## DEBERES DE LOS TRABAJADORES

Los derechos de los servidores públicos son correspondientes de unos deberes, expresado en la Ley 41-08, en su artículo 79, y correspondiente también al régimen ético y disciplinario consagrado en la ley en su artículo 77. La violación a los postulados éticos y preceptos disciplinarios dará por consiguiente la aplicación de una sanción, que de no ser aplicada de manera justa en el marco de los parámetros establecido por la propia ley, será lesiva del derecho del trabajador a quien se aplique la sanción.

El Reglamento de Aplicación de la Ley 41-08, establece los niveles de falta en su artículo 101 que: De conformidad con el artículo 81 de la ley, el régimen disciplinario de los funcionarios y servidores públicos estará fundamentado en la gradación de las faltas, en la forma indicada: 1. Faltas de primer grado, cuya comisión será sancionada con amonestación escrita. 2. Faltas de segundo grado, cuya comisión dará lugar a la suspensión hasta noventa (90) días sin disfrute de sueldo. 3. Falta de tercer grado, cuya comisión dará lugar a la destitución del servicio.

El reglamento de aplicación de la Ley 41-08, establece en su artículo 102, el concepto de falta disciplinaria:

**Artículo 102:** “Se entiende por falta disciplinaria cualquier violación a los deberes y prohibiciones previstos en la ley y el presente reglamento u otras normas emanadas de autoridades competentes, a las que estén sujetos los funcionarios o servidores públicos”. Mientras el artículo 104. y ss., establece la tipificación de las faltas, y las correspondientes sanciones.

La autoridad sancionadora para cada una de violaciones es la siguiente: para la imposición de la amonestación escrita por falta del primer grado, la competencia es del supervisor inmediato, para la suspensión hasta por noventa (90) sin disfrute de sueldo por falta de segundo grado, la facultad de imponer la sanción recae

sobre el titular del órgano o entidad a la cual pertenece el servidor público. (Ley 41-08, artículo 85).

Cuando la falta cometida es de tercer grado, la potestad sancionadora corresponde directamente al presidente de la República, en tal sentido la Ley 41-08, establece el procedimiento a seguir en los artículos 86 y siguientes:

**Artículo 86:** El ejercicio de la potestad disciplinaria en la administración pública centralizada es competencia del presidente de la República cuando la falta cometida implique la destitución. En tal caso, el titular de la entidad a la que pertenezca el servidor público será responsable de elevar al Presidente la recomendación de lugar, luego de agotado el proceso disciplinario a que se refiere esta ley. En las instituciones descentralizadas y/o autónomas o autárquicas y especiales, la potestad disciplinaria en los casos de faltas que tengan como sanción la destitución, salvo disposición legal en contrario, es privativa de la autoridad nominadora.

**Artículo 87:** Cuando el servidor público estuviere presuntamente incurso en una causal de destitución, se procederá de la siguiente manera: 1.) El funcionario de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad, solicitará a la Oficina de Recursos Humanos la apertura de la averiguación a que hubiere lugar; 2.) La Oficina de Recursos Humanos instruirá el respectivo expediente y determinará los cargos a ser formulados al servidor público investigado, si fuere el caso; 3.) Una vez cumplido lo establecido en el numeral precedente, la Oficina de Recursos Humanos notificará al servidor público investigado para que tenga acceso al expediente y ejerza su derecho a la defensa, dejando constancia de ello en el expediente; 4.) En el quinto día hábil después de haber sido notificado el servidor público, la Oficina de Recursos Humanos le formulará los cargos a que hubiere lugar. En el lapso de cinco días hábiles siguientes, el servidor público consignará su escrito de descargo; 5.) El servidor público investigado, durante el lapso previo a la formulación de cargos y dentro del lapso para consignar su escrito de descargo, tendrá acceso al expediente y podrá solicitar que le sean expedidas las copias que fuesen necesarias a los fines de la preparación de su defensa, salvo aquellos documentos que puedan ser considerados como reservados; 6.) Concluido el acto de descargo, se abrirá un lapso de cinco días hábiles para que el investigado promueva y evacue las pruebas que considere conveniente; 7.) Dentro de los dos días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de pruebas concedidas al servidor público, se remitirá el expediente a la consultoría jurídica o la unidad similar del órgano o entidad a fin de que opine sobre la procedencia

o no de la destitución. A tal fin, la consultoría jurídica dispondrá de un lapso de diez días hábiles; 8.) La máxima autoridad del órgano o entidad decidirá dentro de los cinco días hábiles siguientes al dictamen de la consultoría jurídica y notificará al servidor público investigado del resultado, indicando en la misma notificación del acto administrativo el recurso jurisdiccional que procediere contra dicho acto, el tribunal por ante el cual podrá interponerlo y el término para su presentación; 9.) De todo lo actuado se dejará constancia escrita en el expediente. El incumplimiento del procedimiento disciplinario a que se refiere este artículo por parte de los titulares de las Oficinas de Recursos Humanos, será causal de destitución y nulidad del procedimiento aplicado.

### **RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO DE CARRERA**

El párrafo del artículo 23 de la Ley 41-08, establece: “Los funcionarios públicos de carrera sólo perderán dicha condición en los casos que expresamente determina la presente ley, previo cumplimiento del procedimiento administrativo correspondiente y formalizado mediante acto administrativo. El cese contrario a derecho se saldará con la reposición del servidor público del servidor público de carrera en el cargo que venía desempeñando, y el abono de los salarios dejados de percibir. La Secretaría de Estado de Administración Pública deberá instar al órgano correspondiente el procedimiento que permita deslindar las responsabilidades por dicho cese”.

### **MEDIOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**

El primer mecanismo de tutela que la Ley 41-08, de Función Pública consagra, es la Comisión de Personal, y lo establece en el artículo 15: “En cada órgano y entidad pública sujeta a la presente ley se constituirá ad hoc una Comisión de Personal, con atribuciones de conciliación en su ámbito de competencia, sin menoscabo de los recursos administrativos y contencioso-administrativos que puedan ejercer los servidores públicos. (...)”.

Esta es una instancia de conciliación establecida en la ley para conocer de los conflictos que surgen en las distintas ramas de la Administración pública antes de iniciar cualquier otro de los recursos que la ley acuerda a los trabajadores, al igual que lo hiciera el Código de Trabajo.

Contrario a lo que establecía la Ley 14-91, donde los acuerdos alcanzados en las comisiones de personal no eran vinculante, para la parte, esta Ley 41-08, establece en el artículo 17 que: “Los acuerdos de conciliación de las comisiones de personal se decidirán por unanimidad y serán de obligatorio cumplimiento

por las partes. En caso de incumplimiento de lo pactado, podrá solicitarse su ejecución forzosa a la jurisdicción contenciosa administrativa”.

## **RECURSOS**

Los recursos que la ley pone en manos de los trabajadores para tutelar sus derechos son los siguientes: artículo 72: Los servidores públicos tendrán derecho a interponer los recursos administrativos de reconsideración y jerárquico, con el objetivo de producir la revocación del acto administrativo que les haya producido un perjuicio, agotados los cuales podrán interponer el recurso contencioso-administrativo por ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Los recursos de reconsideración y jerárquico se pueden considerar como una especie de apelación, interpuestos según el procedimiento y los plazos que establece la Ley 41-08, en sus artículos del 73 al 75, que transcribimos a continuación:

**Artículo 73:** El recurso de reconsideración deberá interponerse por escrito, por ante la misma autoridad administrativa que haya adoptado la decisión considerada injusta, en un plazo de quince (15) días francos contados a partir de la fecha de recepción de la notificación de dicha decisión. Este recurso podrá ser interpuesto directamente por el servidor público afectado, o por un apoderado de éste. El plazo de quince (15) días francos otorgado para el ejercicio de este recurso de reconsideración se interrumpe si el servidor público somete su caso a un procedimiento de conciliación ante la Comisión de Personal correspondiente, hasta que ésta haya comunicado al servidor público el Acta de Acuerdo o de No Acuerdo. Transcurridos treinta (30) días sin que la autoridad responsable de conocer del recurso de reconsideración se haya pronunciado sobre el mismo, se considerará confirmada la decisión recurrida y podrá interponerse el recurso jerárquico contra la misma.

**Artículo 74:** El recurso jerárquico deberá ejercerse ante el órgano de la administración pública de jerarquía inmediatamente superior al órgano que haya tomado la decisión controvertida, dentro de los quince (15) días francos contados a partir de la fecha de recepción de la resolución que resuelva el recurso de reconsideración, o de la fecha en que se considere confirmada la decisión recurrida. Transcurridos treinta (30) días sin que la autoridad responsable de conocer del recurso jerárquico se haya pronunciado sobre el mismo, se considerará confirmada la decisión recurrida y podrá interponerse el recurso contencioso-administrativo por ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Después de agotado todos los recursos en el ámbito de la Administración, el servidor público tiene otra instancia y medio de tutela de sus derechos, que lo es la jurisdicción contenciosa administrativa, ante la cual podrá elevar recurso contencioso administrativo en la forma y plazo que establece la Ley 41-08, en su artículo 75.º.

**Artículo 75:** Después de agotados los recursos administrativos indicados en la presente ley, el servidor público afectado por una decisión administrativa, podrá interponer el recurso contencioso administrativo por ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Este recurso deberá ser interpuesto dentro de los treinta (30) días francos, contados a partir de la fecha de recepción de la decisión que resuelva el recurso jerárquico o de la fecha en que se considere confirmada la decisión recurrida.

Además de los derechos consagrados en la Ley 41-08, hay otros derechos consagrados en la legislación adjetiva dominicana, que le son también atribuible a los servidores públicos, como el que se establece en el artículo 5 de la Ley 87-01 Sobre Sistema Dominicano de Seguridad Social: “Tienen a ser afiliados al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) todos los ciudadanos dominicano y residentes legales en el territorio nacional. La presente ley y sus normas complementarias regularán la inclusión de los dominicanos residentes en el interior”. Asimismo la Ley 379 sobre pensiones y jubilaciones civiles del Estado, establece que todos los trabajadores tienen derecho a disfrutar de una pensión digna.

## **RECURSO DE AMPARO**

Aunque este recurso no está previsto en la Ley 41-08, es nuestra opinión que el servidor público puede acudir al mismo, cuando le son vulnerados derechos que son inherentes a la persona, en virtud de los establecido en la Constitución del 2010, en su artículo 139: “Control de legalidad de la Administración pública. Los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración pública. La ciudadanía puede requerir ese control a través de los procedimientos establecidos por la ley”. Los servidores públicos poseen derechos consagrados constitucionalmente y por convenciones internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales muchas veces son vulnerados en las instituciones donde los servidores públicos prestan sus servicios.

Esos derechos fundamentales en la Constitución dominicana son tratado en el Título II, Sección I, bajo la denominación *De los Derechos Individuales y Sociales*, establecido en el artículo 8: “Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas: 1.) La inviolabilidad de la vida; 2.) La seguridad individual, 3) La inviolabilidad de domicilio; 4.) La libertad de tránsito; 5.) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe; 6.) Toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento mediante palabras escritas o cualquier otro medio de expresión, gráfico u oral; 7.) La libertad de asociación y de reunión sin armas, con fines políticos, económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole, siempre que por su naturaleza no sean contrarias ni atentatorias al orden público, la seguridad nacional y las buenas costumbres, 8) La libertad de conciencia y de cultos; 9.) La inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, y otros.

Si cualquiera de estos Derechos Fundamentales que la constitución consagra, fuere vulnerado a un servidor público, o cualquier otro consagrado en leyes adjetivas o convenciones internacionales, el servidor tiene derecho como establece el artículo 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos: “Toda persona tiene derecho a que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales mediante el ejercicio de un recurso rápido, sencillo y efectivo”.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El mundo globalizado de hoy, es un mundo de cambios de paradigmas, y el mundo del derecho no escapa a esa realidad. En este campo estamos asistiendo a transformaciones significativas; una de ellas es la constitucionalización del derecho. Esto significa no sólo que la Constitución es la norma suprema, norma de normas, sino también que el ordenamiento jurídico que se comienza a constitucionalizar, va a caracterizarse por una penetración de las normas constitucionales en las diferentes ramas jurídicas de este ordenamiento, y tampoco escapan a esta realidad los elementos jurídicos sociales de la acción administrativa.



## CONCLUSIONES

Las relaciones laborales de los servidores del sector público (Administración centralizada) están reguladas por la Ley 41-08, y el Reglamento de Relaciones Laborales en la Administración Pública, instituido con el Decreto núm. 523-09, del 21 de julio 2009. Sin embargo, la aplicación de esta legislación se ha visto llena de altas y bajas, avanzando de manera zigzagueante; en el sentido de fortalecer la seguridad de permanencia en la labor que se rinde o ejecuta, haciendo que el proceso de instauración de un régimen de servicio civil y carrera administrativa sea hasta cierto punto traumático, fruto de la falta de visión y de voluntad política de los administradores en los diferentes gobiernos desde la promulgación de la ley.

Es necesario que se asegure una verdadera estabilidad laboral a los servidores de carrera, con el objetivo de optimizar los costos de entrenamiento y elevar los niveles de eficiencia y eficacia en una administración pública que responda a los requerimientos de la colectiva a la que sirve. ■

## REFERENCIAS

Constitución de la República Dominicana del 2010. Proclamada el 26 de enero de 2010, Santo Domingo, República Dominicana. Publicación oficial del Congreso de la República Dominicana. 2010.

Ley núm. 41-08 de Función Pública y crea la Secretaría de Estado de Administración Pública. Publicaciones ONAP. Santo Domingo, República Dominicana. 2008.

Ley núm. 87-01 que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, del 9 de mayo del 2001. Publicación oficial de la Secretaría de Estado de Trabajo. 2001.

Ley núm. 13-07 de Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa del Estado, que crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, del 5 de febrero de 2007. Publicación del Comisionado de Justicia. 2007.

Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, del 6 de agosto del 2013.

Ley núm. 4378 Orgánica de Secretarías de Estado de la República Dominicana.

Ley núm. 247-12 Orgánica de la Administración Pública, 10691. G. O. del 14 de agosto de 2012.

Ley núm. 1-12 de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, del 25 de enero de 2012.



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPÚBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

ACCEDA AL ACERVO DEL SISTEMA DE  
BIBLIOTECAS DEL PODER JUDICIAL  
**[HTTPS://CATALOGO.ENJ.ORG](https://CATALOGO.ENJ.ORG)**

DISPONIBLE TAMBIÉN EN LA  
BIBLIOTECA VIRTUAL ENJ  
**[HTTPS://BIBLIOTECA.ENJ.ORG](https://BIBLIOTECA.ENJ.ORG)**





CALLE CÉSAR NICOLEAS PENSON #59, GASCUE, SANTO DOMINGO, D.N. REPÚBLICA DOMINICANA  
TEL. 809-686-0672 | [WWW.ENJ.ORG](http://WWW.ENJ.ORG)