



REPÚBLICA DOMINICANA
ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA

**LA CONSTITUCIÓN
DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
COMENTADA
POR JUECES Y JUEZAS DEL PODER JUDICIAL**

1

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
COMENTADA POR JUECES Y JUEZAS DEL PODER JUDICIAL
TOMO 1

Hermógenes Acosta de los Santos

Coordinador

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA COMENTADA POR JUECES Y JUEZAS DEL PODER JUDICIAL

Autores en orden de aparición:

Hermógenes Acosta de los Santos, Franny Ml. González Castillo,
Nassin Eduardo Ovalle Estévez, Wendy S. Martínez Mejía, Manuel R. Herrera Carbuccia,
Maritza Elupina Capellán, María G. Garabito Ramírez, Samuel Arias Arzeno,
Sergio Antonio Ortega, Delio Germán, José Ml. Méndez Cabrera, Bernabel Moricete Fabián,
Aldemaro Muñiz Mena, Ygnacio Camacho, José Alejandro Vargas Guerrero, Rafael Báez, Luis
Henry Molina Peña, Juan Francisco Carvajal Cabrera, Henry V. Domínguez D.,
Eunisis Vásquez Acosta, Julio César Canó Alfau, Mario N. Mariot, José Manuel Glass,
Rafael L. Ciprián Lora, Rafael Vásquez Goico, Yokaurys Morales Castillo,
Alberto A. Moronta G., Francisco Antonio Pérez Lora, Ana Magnolia Méndez Cabrera,
Fidelina Batista, Francisca G. García de Fadul, Jeny Rodríguez, Newton Pérez,
Mery L. Collado Tactuk, Daira Cira Medina Tejeda, Domingo Gil, Miguelina Ureña Núñez,
Manuel A. Ramírez Suzaña, Alba Luisa Beard Marcos, Juan Alfredo Biaggi Lama,
Moisés A. Ferrer Landrón, José R. Ferreira Jimeno, Rafael Frett Mejía, Ysis Muñiz,
Yoaldo Hernández Perera, Fernando Fernández, María Santana,
Franklin Emilio Concepción Acosta, Claudio Aníbal Medrano Mejía,
Nancy I. Salcedo Fernández, Édynson Alarcón, Manuel Ulises Bonnelly Vega,
Radhar Coronado, Napoleón R. Estévez Lavandier, Mildred Inmaculada Hernández Grullón,
Daniel Julio Nolasco Olivo, Estanislao Radhamés Rodríguez Ferreira,
Alexis A. Gómez Geraldino, Onasis E. Pelegrín, Sarah Alt. Veras Almánzar, Yádira De Moya,
Justiniano Montero Montero, Anselmo Bello, Eduardo Baldera, Danilo Caraballo Núñez,
Katia Miguelina Jiménez Martínez, Katty A. Soler Báez, Ernesto Casilla Reyes.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Prólogo

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

Santo Domingo, 2023

La Constitución de la República Dominicana comentada por jueces y juezas del Poder Judicial

342.7293

R426c República Dominicana [Constitución]

2022

La Constitución de la República Dominicana comentada por jueces y juezas del Poder Judicial / coordinación general de la obra Hermógenes Acosta de los Santos ; subcoordinadores de la obra Rawill de Jesús Guzmán Rosario, Amaury Reyes-Torres ; Hermógenes Acosta de los Santos ... [y otros 67]. -- Primera edición. -- Santo Domingo : Escuela Nacional de la Judicatura, 2022.

2 tomos.

Incluye índice.

ISBN : 978-9945-425-79-6 (Tomo 1)

1. República Dominicana – Constitución. 2. Constitución -- República Dominicana – Crítica e interpretación. I. Acosta de los Santos, Hermógenes. II. Guzmán Rosario, Rawill de Jesús. III. Reyes-Torres, Amaury.

© Escuela Nacional de la Judicatura, 2023

Consejo Directivo:

Luis Henry Molina Peña (presidente)

Octavia Fernández Curi (miembro)

Juan de las Nieves Sabino Ramos (miembro)

Octavio Mata Upia (miembro)

Juan Francisco Puello Herrera (miembro)

Miguel Surun Hernández (miembro)

Dariel Alejandro Suárez Adames (secretario)

Coordinación de la obra:

Hermógenes Acosta de los Santos

Subcoordinación de la obra:

Amaury Reyes-Torres

Rawill de Jesús Guzmán Rosario

Coordinación técnica:

Formación y Capacitación:

Ninoska L. Pichardo Bidó

Cuidado de la edición:

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd):

Dilena R. Hernández Fernández

Corrección de texto:

Ruth Ruiz

Diseño y diagramación:

Pía Menicucci & Asoc., S.R.L

Impresión:

Imprenta Amigo del Hogar

Año 2023

Hechos los depósitos de ley.



La edición virtual de esta obra ha sido publicada bajo licencia Creative Commons Atribucion -NoComercial- SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), lo cual indica que usted es libre de copiar y compartir el material por cualquier medio o formato y que su uso está sujeto a la condición de citar apropiadamente a los autores de la obra, así como de no alterarla, ni hacer obras derivadas, ni hacer uso comercial de la misma. Detalles de licenciamiento: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>



REPÚBLICA DOMINICANA
**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**

Calle César Nicolás Penson núm. 59, Gascue
Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana

Tel.: (809) 686-0672

info@enj.org / www.enj.org

ÍNDICE

Presentación	11
Prólogo	13
Notas del Coordinador: Importancia de la Obra	17
Comentario al Preámbulo	25
Artículo 1. Organización del Estado	35
Artículo 2. Soberanía popular	46
Artículo 3. Inviolabilidad de la soberanía y principio de no intervención	50
Artículo 4. Gobierno de la nación y separación de poderes	55
Artículo 5. Fundamento de la Constitución	79
Artículo 6. Supremacía de la Constitución	92
Artículo 7. Estado Social y Democrático de Derecho	111
Artículo 8. Función esencial del Estado	133
Artículo 9. Territorio nacional	137
Artículo 10. Régimen fronterizo	143
Artículo 11. Tratados fronterizos	148
Artículo 12. División político administrativa	152
Artículo 13. Distrito Nacional	157
Artículo 14. Recursos naturales	161
Artículo 15. Recursos hídricos	162
Artículo 16. Áreas protegidas	165
Artículo 17. Aprovechamiento de los recursos naturales	171
Artículo 18. Nacionalidad	175
Artículo 19. Naturalización	186
Artículo 20. Doble nacionalidad	187
Artículo 21. Adquisición de la ciudadanía	189
Artículo 22. Derechos de ciudadanía	194
Artículo 23. Pérdida de los derechos de ciudadanía	196
Artículo 24. Suspensión de los derechos de ciudadanía	197
Artículo 25. Régimen de extranjería	198
Artículo 26. Relaciones internacionales y derecho internacional	201

Artículo 27. Representantes	202
Artículo 28. Requisitos	202
Artículo 29. Idioma oficial	225
Artículo 30. Símbolos patrios	227
Artículo 31. Bandera Nacional	229
Artículo 32. Escudo Nacional	230
Artículo 33. Himno Nacional	231
Artículo 34. Lema Nacional	233
Artículo 35. Días de fiesta nacional	234
Artículo 36. Reglamentación de los símbolos patrios	237
Artículo 37. Derecho a la vida	239
Artículo 38. Dignidad humana	253
Artículo 39. Derecho a la igualdad	263
Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal	283
Numeral 1	283
Numeral 2	289
Numeral 3	290
Numeral 4	291
Numeral 5	292
Numeral 6	293
Numeral 7	294
Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal	297
Numeral 8	301
Numeral 9	305
Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal	309
Numeral 10	309
Numeral 11	315
Numeral 12	317
Numeral 13	319
Numeral 14	321
Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal	325

Numeral 15	325
Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal.	335
Numeral 16	335
Numeral 17	348
Artículo 41. Prohibición de la esclavitud	361
Artículo 42. Derecho a la integridad personal	376
Artículo 43. Derecho al libre desarrollo de la personalidad	389
Artículo 44. Derecho a la intimidad y el honor personal	399
Artículo 45. Libertad de conciencia y de cultos	415
Artículo 46. Libertad de tránsito	429
Artículo 47. Libertad de asociación	447
Artículo 48. Libertad de reunión	451
Artículo 49. Libertad de expresión e información	465
Artículo 50. Libertad de empresa	483
Artículo 51. Derecho de propiedad	507
Artículo 52. Derecho a la propiedad intelectual	521
Artículo 53. Derechos del consumidor	535
Artículo 54. Seguridad alimentaria	549
Artículo 55. Derechos de la familia	561
Numeral 1 y 10	564
Numeral 2	566
Numeral 3	567
Numeral 4	572
Numeral 5	573
Numeral 6	578
Numeral 7 y 8	579
Numeral 9	581
Numeral 11	582
Numeral 12	583
Numeral 13	585
Artículo 56. Protección de las personas menores de edad	587

Artículo 57. Protección de las personas de la tercera edad	587
Artículo 58. Protección de las personas con discapacidad	587
Artículo 59. Derecho a la vivienda	617
Artículo 60. Derecho a la seguridad social	633
Artículo 61. Derecho a la salud	667
Artículo 62. Derecho al trabajo	683
Artículo 63. Derecho a la educación	717
Artículo 64. Derecho a la cultura	735
Artículo 65. Derecho al deporte	745
Artículo 66. Derechos colectivos y difusos	750
Artículo 67. Protección del medio ambiente	755
Artículo 68. Garantías de los derechos fundamentales	779
Artículo 69. Tutela judicial efectiva y debido proceso	782
Artículo 70. Hábeas data	817
Artículo 71. Acción de hábeas corpus	825
Artículo 72. Acción de amparo	835
Artículo 73. Nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional	847
Artículo 74. Principios de reglamentación e interpretación	847

PRESENTACIÓN

Comentarios judiciales a la Constitución: fuente de garantías

Las constituciones modernas articulan derechos y dibujan las aspiraciones de un pueblo en cuanto se trata de la organización del Estado, las prerrogativas de sus organismos, la limitación de los poderes y facultades frente a las personas y los derechos fundamentales de estas. Cada momento toca calibrar en qué medida las aspiraciones recogidas en estos grandes instrumentos constitucionales se traducen en realidad, cuán cerca estamos de su plena realización, qué brechas permitimos entre los derechos que las constituciones articulan y la realidad de vida de nuestras comunidades. Este libro abre nuevas oportunidades para celebrar la Constitución, así como para entender mejor la dimensión de los derechos que ella articula. Aportamos con todo ello a su crecimiento y a su plena realización.

En nuestro país ha costado mucho sacrificio mantener la efectiva constitucionalidad. Hemos vivido tiempos de radical divorcio entre los textos y la realidad. Hoy nos instalamos en un marco constitucional noble que, como fuente de sentido legal y social, constituye el pacto principal de convivencia de ciudadanos y ciudadanas. Es ahí donde adquiere importancia el texto de la Constitución: en la posibilidad de traducir en cada ciudadano y ciudadana los principios y aspiraciones de vida que el texto describe.

Nuestra Constitución reconoce prerrogativas de gran valor. A la hora de impartir justicia deben ser observadas y animadas en toda su dimensión. Porque es en ella donde se plasman las razones para compartir, para trabajar, para crecer en mejor democracia, en mejor humanidad.

Por eso es tan importante este libro en el que jueces y juezas eligen un artículo de la Constitución y comentan sobre su contenido. La doctrina dominicana se ha desarrollado saludablemente en materia constitucional desde las buenas semillas que plantó Eugenio María de Hostos. Hemos avanzado extraordinariamente en la concepción de las garantías, cada vez más asentadas y dejando atrás, cada día más, las tradiciones que vulne-

raban derechos aún bajo textos que los protegían. Hoy damos un paso de avance en esa dirección.

El precedente constitucional hace que nuestro sistema jurídico se robustezca. Cada juez, en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, aplica día tras día las disposiciones de nuestra Constitución, resaltando su valor normativo y su carácter supremo en el ordenamiento jurídico. Así se hace realidad una aspiración; así se consolida un verdadero estado de derecho.

¡Conozcamos mejor nuestra Constitución! Enarbolemos nuestra adhesión a sus normas y principios. Mirémosla como escudo de la ciudadanía, como instrumento para lograr los objetivos de dignidad de las personas en nuestra sociedad. Es esa carta de derechos y deberes fundantes, el aval democrático del pacto republicano. Donde todo comienza en el Derecho y donde todo debe terminar.

LUIS HENRY MOLINA PEÑA

Presidente de la Suprema Corte de Justicia
y del Consejo del Poder Judicial

PRÓLOGO

Un alto honor me confieren el Poder Judicial y la Escuela Nacional de la Judicatura por permitirme prologar esta importante obra colectiva, en la que participan más de 60 juezas y jueces, la mayoría activos en la carrera judicial. Asumen el gran desafío de comentar, artículo por artículo, la Constitución vigente de la República Dominicana, a pesar de sus absorbentes actividades jurisdiccionales.

Este solo elemento es suficiente para colocar esta obra en un sitial privilegiado, ya que son los propios juzgadores quienes comentan la obra. En este sentido, no debe pasar inadvertido que, si bien la República Dominicana es uno de los países de la región en que de manera más reciente se instauró un Tribunal Constitucional, existe en realidad un sistema de justicia constitucional mixto, ya que el control concentrado de constitucionalidad coexiste con el control difuso de constitucionalidad¹. De manera que los juzgadores del Poder Judicial son también juezas y jueces constitucionales —y también convencionales—, calidad que deriva, además, del hecho de que conocen de los demás procesos constitucionales, como son el amparo ordinario y los amparos especiales.

Lo anterior dota a los juzgadores del Poder Judicial dominicano de una calidad incuestionable para comentar la Constitución, porque en ellos se conjugan la formación jurídica y una sólida pericia en la interpretación constitucional, labor *sine qua non* para decidir las excepciones de inconstitucionalidad y los demás procesos constitucionales consagrados en el ordenamiento jurídico.

Otro aspecto que debe destacarse es la figura del coordinador de la obra, que sin lugar a dudas influyó en su calidad. El doctor Hermógenes Acosta de los Santos se desempeñó durante muchos años como juez y magistrado del Poder Judicial, además de juez del nuevo Tribunal Constitucional desde su creación hasta tiempos recientes. También tiene una sólida formación jurídica, siendo doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Santo

1 El Tribunal Constitucional de la República Dominicana se consagró en la reforma constitucional del 26 de enero de 2010. Antes el control concentrado de constitucionalidad le correspondía a la Suprema Corte de Justicia.

Domingo, y cuenta con varias maestrías, entre las que destaca la de la Universidad Panteón Asas, Paris II, en Francia, así como la maestría en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha, en Toledo, España; es profesor en los importantes cursos anuales de dicha Universidad, coordinados por el doctor Francisco Javier Díaz Revorio, destacado catedrático de derecho constitucional.

Conocí al doctor Acosta de los Santos, en México, en el año 2009, por la mediación de Umberto Suárez Camacho, magistrado mexicano, ocasión en que surgió la idea de que la República Dominicana fuera la sede del VIII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, como efectivamente ocurrió, pues dicho evento académico se celebró en tierra dominicana durante los días 2, 3 y 4 de marzo de 2011. El doctor Acosta de los Santos ha realizado una labor académica muy importante, como lo demuestran sus obras publicadas, así como por haber fundado y ser director de la *Revista de Derecho Procesal Constitucional* de su país. He tenido el privilegio de coincidir en distintos congresos y seminarios en su calidad de profesor internacional y presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional. Esa conjunción de la experiencia jurisdiccional y prestigio académico del coordinador de la obra, fueron relevantes para garantizar la solidez y calidad del libro que hoy se presenta.

Asimismo, debe destacarse que las autoras y los autores de esta obra no se limitan a describir las disposiciones de cada artículo de la Constitución, sino que en sus comentarios integran y analizan la posición actual de la doctrina y los precedentes vinculados a las cuestiones que se consagran en los textos constitucionales objeto de comentario. De manera que estamos en presencia de un trabajo de investigación académico hecho con rigor y que de seguro proporcionará solución o, al menos, orientación precisa y clara a los problemas que con frecuencia afronta el intérprete de la Constitución.

No podemos soslayar que la bibliografía dominicana cuenta con trabajos similares en la materia, tal y como nos lo indica el doctor Hermógenes Acosta de los Santos. Así, en 1987 la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) publicó *La Constitución comentada de la República Dominicana*, de la autoría de los profesores Adriano Miguel Tejada y José Darío Suárez. En 2006 el Poder Judicial y la Suprema Corte de Justicia, publicaron *La Constitución de la República Dominicana comentada por los jueces del*

Poder Judicial (antecedente de la actual publicación). En 2010 la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS) publicó la *Constitución comentada*, con varias ediciones. Y en 2012 la Universidad Rey Juan Carlos de España publicó *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, obra colectiva cuyos directores son los actuales magistrados del Tribunal Constitucional español, los doctores y catedráticos de derecho constitucional Pedro González Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla.

Las dos primeras publicaciones aparecieron antes de la reforma constitucional de 2010, que fue extensa, como lo revela el hecho de que el número de los artículos aumentó de 124 a 277, lo cual supuso el surgimiento de nuevas e importantes instituciones como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Superior Administrativo, el Consejo del Poder Judicial y también la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y garantías. Por otro lado, los otros dos libros referidos se publicaron antes de que el Tribunal Constitucional comenzara a funcionar, pues este órgano dictó su primera sentencia el 6 de febrero de 2012. De ahí la pertinencia, importancia y utilidad de la presente obra.

En definitiva, con la aparición de esta obra el Poder Judicial y la Escuela Nacional de la Judicatura actualizan su anterior publicación de 2006, la cual constituyó un importante aporte doctrinal, pero que quedó desactualizada con la señalada reforma de 2010 y la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional, cuya labor interpretativa ha sido fundamental. Estamos seguros de que la presente obra se convertirá en un libro de referencia obligada y un aporte invaluable para la doctrina jurídica dominicana, especialmente útil para juzgadores, fiscales, abogados, profesores, estudiantes y estudiosos del derecho constitucional dominicano, quienes tienen como tarea esencial la interpretación del derecho y, en particular, la interpretación de la norma suprema.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal Constitucional

NOTAS DEL COORDINADOR: IMPORTANCIA DE LA OBRA

Cuando recibí la solicitud de parte de la Escuela Nacional de la Judicatura para que coordinara esta obra, no dudé en aceptarla. Advertí de inmediato la trascendencia y relevancia de este proyecto. Desde hace muchos años tengo el convencimiento de que los libros en los que se comenta y anota la Constitución, así como cualquier ley o un código, tienen una innegable importancia para los abogados, los juristas y los estudiantes en la medida en que facilitan la interpretación y comprensión de la norma comentada.

Un proyecto como este, en que los autores son o fueron jueces del Poder Judicial, presenta una importante característica de clase mundial, dado que los comentarios son realizados por los operadores jurídicos por excelencia en la aplicación de la Constitución, por lo que constituye, en consecuencia, un instrumento útil en la mano de cualquier jurista sin importar su ubicación geográfica.

La pertinencia de este proyecto adquiere mayor fuerza en países en los que, como el nuestro, la justicia constitucional fue ejercida por el Poder Judicial de manera exclusiva durante casi dos siglos. Oportuno es recordar que el sistema de justicia constitucional dominicano existe desde la fundación de la República, en 1844, y, sin embargo, el Tribunal Constitucional fue instituido en la reforma constitucional del 26 de enero de 2010¹.

En efecto, desde la primera Constitución, proclamada el 6 de noviembre de 1844, en la República Dominicana existe justicia constitucional, porque el artículo 125 de dicha Constitución prohibía, de manera expresa, a los jueces aplicar leyes contrarias a la Constitución. Este texto constituye, sin duda, la génesis del control difuso de constitucionalidad que, como se sabe, fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la muy conocida sentencia *Marbury vs. Madison*, en 1803.

El señalado texto constitucional convirtió a todos los jueces del país en jueces constitucionales, lo cual se ha mantenido a lo largo de toda nuestra historia republicana, ya que, si bien es cierto que con el surgimiento del

1 Los primeros jueces del Tribunal Constitucional fueron designados el 23 de diciembre de 2011, porque la Constitución estableció una *vacatio legis* de un año.

Tribunal Constitucional el sistema de justicia constitucional se especializó, también es cierto que los jueces del Poder Judicial continuaron siendo jueces constitucionales en la medida en que se mantuvo el control difuso de constitucionalidad en cohabitación con el control concentrado. Por ello, el modelo de control de constitucionalidad en la República Dominicana es mixto.

Pero esta calidad de los jueces del Poder Judicial no deriva solo del hecho de que conozcan de las excepciones de inconstitucionalidad, sino también de que conocen de las acciones de amparo ordinario y de los amparos especiales. Esto es así porque no debe considerarse, como ocurre con frecuencia, que la justicia constitucional se agota en el solo hecho de juzgar la compatibilidad de actos y normas con la Constitución. En realidad, la justicia constitucional comprende todos los procesos y procedimientos constitucionales donde la interpretación, aplicación y garantía de la Constitución esté envuelta directa o indirectamente.

No puedo dejar de mencionar un aspecto que me parece importante sobre los procesos constitucionales, en particular en relación con la protección de los derechos fundamentales. Si bien la justicia constitucional tiene casi dos siglos, porque existe desde la fundación de la República, no menos cierto es que hasta 1999 no existía una norma que regulara la acción de amparo. Este procedimiento se estableció en la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia en el indicado año, norma que constituyó un instrumento procesal que fue elogiado efusivamente en eventos académicos nacionales e internacionales.

En el mismo orden anterior debemos destacar que, hasta el 13 de junio de 2011, fecha en que se promulgó la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales, no existía procedimiento alguno para conocer de las acciones directas en inconstitucionalidad, salvo una lacónica previsión constitucional y la jurisprudencia articulada por la Suprema Corte de Justicia, que de esta forma fue perfilando las bases del derecho procesal constitucional dominicano.

La modalidad concentrada de control de constitucionalidad fue introducida en nuestro sistema en la reforma constitucional de 1924, suprimida en la reforma de 1927 e introducida de nuevo en la reforma de 1994. Es decir que, durante aproximadamente dieciocho años, la Suprema Corte de Justicia conoció de esta en ausencia de norma procesales, ya que, como se

indicó anteriormente, la referida Ley núm. 137-11 fue promulgada el 13 de junio de 2011.

En torno a la pertinencia y oportunidad de la obra, recordamos que en el año 2006 fue publicada la obra titulada *La Constitución de la República Dominicana comentada por los jueces del Poder Judicial*, en la cual setenta y cinco jueces comentaron los artículos de la Constitución vigente para la fecha. Esta importante obra perdió vigencia a consecuencia de la profunda y amplia reforma constitucional del 26 de enero de 2010.

En dicha reforma, como se sabe, se introdujeron numerosas y trascendentes novedades. Así, por ejemplo, se creó el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Tribunal Superior Administrativo, el Tribunal Superior Electoral y, además, el catálogo de derechos fundamentales y las garantías de estos fueron aumentados considerablemente. Ante estos cuantitativos y significativos cambios, la actualización de la vieja obra era una tarea imperiosa.

Hay otro elemento no menos relevante que justifica la aparición de esta obra. Me refiero al hecho de que, a la fecha, el Tribunal Constitucional tiene once años funcionando, durante los cuales ha interpretado una parte importante de los textos de la Constitución, estableciendo precedentes que fueron de mucha utilidad para los autores de esta obra.

Oportuno es destacar que la doctrina dominicana cuenta con otras valiosas obras en las que se comenta la Constitución dominicana. Ciertamente, en 1987, la Pontificia Universidad Católica Madre Maestra (PUCMM) publicó la obra titulada *Constitución comentada de la República Dominicana*, de la autoría de los profesores Adriano Miguel Tejada y José Darío Suárez. En 2010, la Fundación Institucionalidad y Justicia publicó la obra titulada *Constitución comentada*, en la que participaron veintiún connotados juristas. Por último, la Universidad Rey Juan Carlos, de España, publicó en 2012 la obra titulada *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, en la cual participaron diez autores españoles y dos autores dominicanos.

Con esta publicación, la Escuela Nacional de la Judicatura y el Poder Judicial ponen a disposición de la comunidad jurídica una obra actualizada, en la que participan setenta y un autores, de los cuales sesenta son juezas o jueces de carrera activos, once exmagistrados de carrera —entre ellos dos que fueron magistrados del Tribunal Constitucional—, seis que actualmente

son magistrados del Tribunal Constitucional y tres jueces titulares del Tribunal Superior Electoral.

Para la asignación y distribución de los artículos objeto de comentarios, tuvimos en cuenta varios criterios. Así, por ejemplo, a algunos de los jueces se les asignaron artículos que abordan los mismos temas trabajados por ellos en la obra publicada en 2006; otras asignaciones se hicieron tomando en cuenta los temas sobre los cuales los magistrados habían escrito artículos o monografías. Igualmente, se tomó en cuenta la jurisdicción en la cual los magistrados realizan o realizaron sus funciones, de suerte que, en este último caso, a los jueces penales o de la jurisdicción contenciosa administrativa, por ejemplo, se les asignaron artículos que regulaban temas relacionados directa o indirectamente con dichas materias. Aplicamos este criterio con la finalidad de que cada autor pudiera realizar sus comentarios en un tiempo relativamente breve, sin perjuicio de la calidad.

A todos los magistrados que participan en este esfuerzo académico, mi agradecimiento y reconocimiento. No ignoro el enorme sacrificio que supone escribir cuando se tiene la obligación de instruir y fallar cantidades considerables de expedientes.

En un proyecto de esta naturaleza, la experiencia indica que casi siempre se presentan imprevistos que impiden que uno o varios autores entreguen sus trabajos. Este proyecto no fue la excepción, aunque, afortunadamente, solo un magistrado no pudo entregar su trabajo, mientras que otro no pudo comentar todos los artículos asignados, no por falta de interés, sino por causas ajenas a su voluntad.

Esto supuso que otros magistrados tuvieron que hacer un esfuerzo adicional. Por ello pido me permitan hacer una mención especial de la magistrada Wendy Martínez y del magistrado Franny González, quienes no solo comentaron y entregaron a tiempo los artículos asignados originalmente, sino también los artículos asignados posteriormente, por la razón ya indicada. Solo el que ha tenido la experiencia de coordinar una obra colectiva entiende lo mucho que significa contar con coautores que estén dispuestos a asumir un compromiso adicional en el proyecto. Nuevamente, muchas gracias, magistrados, por su disposición para colaborar.

Este proyecto académico se inició el 11 de marzo de 2021 y culminó el 9 de diciembre del año 2022, es decir, en un año y ocho meses, tiempo que se considera relativamente breve en proyectos académicos de esta naturaleza.

Pensamos que esto fue posible, por una parte, por el entusiasmo y la disposición de colaboración del equipo de trabajo que fue integrado por la Escuela Nacional de la Judicatura, así como por el método de trabajo implementado, porque desde que fue posible, trabajamos de manera simultánea las tres fases del proyecto, a saber: a) revisión de los trabajos recibidos; b) corrección de estilo; y c) diagramación. Esto nos permitió tener el libro diagramado y listo para la imprenta en fecha 9 de diciembre de 2022, aunque el último trabajo fue recibido el 23 de agosto de ese mismo año. Es decir que, entre estas dos fechas, solo hubo una diferencia de tres meses. Muy distintos habrían sido los resultados, obviamente, si hubiéramos esperado tener todos los trabajos para enviarlos a corrección de estilo y, luego, a diagramación.

La concreción de un proyecto de investigación de estas dimensiones no puede lograrse sin la constancia, la disciplina y el entusiasmo de un equipo de trabajo. Así, esta obra es el resultado del sacrificio de muchas personas, de las cuales, me permito mencionar a quienes jugaron un papel determinante e imprescindible. Son ellos Amaury Reyes-Torres, Rawill Guzmán, Ninoska Pichardo, Dilenia Hernández, Magui Rosado, Diana Núñez, Ámbar López, Dilenia Lorenzo y Nixon Salomón. A Todos ellos mi agradecimiento y reconocimiento.

También, mi agradecimiento para el prologuista de la obra, el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, expresidente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y actual juez miembro de dicha Corte, así como presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional quien, a pesar de su compleja agenda de trabajo, asumió dicha responsabilidad.

No puedo terminar estas palabras sin agradecer profundamente al presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo del Poder Judicial, Magistrado Luis Henry Molina, y al director de la Escuela Nacional de la Judicatura, Doctor Dariel Suárez, por haber tenido la certera visión de concebir e impulsar este proyecto académico. Sentidas gracias, igualmente, por la confianza depositada y el apoyo brindado durante todo el proceso.

HERMÓGENES ACOSTA DE LOS SANTOS

Juez emérito del Tribunal Constitucional

COMENTARIO AL PREÁMBULO

POR HERMÓGENES ACOSTA DE LOS SANTOS

Preámbulo

Nosotros, representantes del pueblo dominicano, libre y democráticamente elegidos, reunidos en Asamblea Nacional Revisora; invocando el nombre de Dios; guiados por el ideario de nuestros Padres de la Patria, Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez, y de los próceres de la Restauración de establecer una República libre, independiente, soberana y democrática; inspirados en los ejemplos de luchas y sacrificios de nuestros héroes y heroínas inmortales; estimulados por el trabajo abnegado de nuestros hombres y mujeres; regidos por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social; declaramos nuestra voluntad de promover la unidad de la Nación dominicana, por lo que en ejercicio de nuestra libre determinación adoptamos y proclamamos la siguiente

Comentario

La palabra *preámbulo* viene, según el *Diccionario de la lengua española*, del término latino *praeambulus*, que significa ‘lo que va delante’. Es sinónimo de *exordio* y de *prefacio*, aquello que se dice antes de dar principio a lo que se trata de narrar, probar, mandar, pedir, etc. El preámbulo también significa rodeo o digresión antes de entrar en materia, antes de decir claramente algo. La introducción o exordio de una obra literaria, escrita o verbal, pretende orientar al lector y darle una idea de su contenido, con el objetivo de que este se interese.

Con el preámbulo constitucional se busca precisamente eso: facilitar la comprensión del texto constitucional y sobre todo entusiasmar y motivar al ciudadano para que ame su Constitución, la defienda y la haga suya. Los

contenidos de los preámbulos constitucionales de todos los países donde impera un Estado constitucional tienen un contenido similar, pero no igual. He aquí una primera cuestión que destacaremos en este comentario. Una segunda cuestión concierne a la importancia del preámbulo y una tercera y última concierne a su naturaleza.

I. El contenido del preámbulo

1. Identificación del autor del preámbulo

La Constitución dominicana, como muchas otras constituciones, inicia con los términos siguientes: “Nosotros, representantes del pueblo dominicano, libre y democráticamente elegidos reunidos en Asamblea Nacional Revisora [...] adoptamos y proclamamos lo siguiente...”. Según estas expresiones, la Constitución es la obra del poder constituyente, quién actúa en calidad de depositario de la soberanía popular. Olzaga Villamil¹ considera que la parte capital del preámbulo es aquella en la que se identifica al autor de las decisiones trascendentales de la Constitución y de su articulado. Para este autor la legitimidad del sistema político, la definición del rango de la propia Constitución, su carácter de norma suprema y fuente del resto del ordenamiento derivan del hecho de que se trata de la obra del pueblo que actúa a través de sus representantes. Ciertamente, los procesos de creación de una Constitución o de la reformación o revisión de una existente son singulares, especiales y distinto a aquellos de los cuales resultan las demás normas. Esto es, precisamente, lo que le da categoría de superioridad a la Constitución en relación con las leyes adjetivas.

2. Invocación a Dios

En algunos preámbulos se invoca la figura de Dios. Así, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución dominicana aparece la frase “... invocando el nombre de Dios...”; Costa Rica “... invocando el nombre de Dios...”; Co-

1 ALZAGA VILLAMIL, Óscar. “La nación en el preámbulo de las leyes superiores, el Estatuto de 2006 y la STC 31/2010”. En Palomino Manchego, José F. (coordinador). *El preámbulo constitucional dialogado*: Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, pp. 253-254.

lombia “... invocando la protección de Dios...”; Ecuador “... invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad...”; Perú “... invocando a Dios todo poderoso...”. La mención de Dios en el preámbulo de las señaladas constituciones supone, por una parte, una evidencia del sentimiento y de la tradición cristiana de nuestros pueblos y, por otra parte, la conexión y vinculación del constituyente con las creencias y sentimientos del pueblo al que representa.

El sentimiento religioso reflejado en los preámbulos de las constituciones de los países del continente americano y de otros continentes tiene gran relevancia. En el caso de la República Dominicana, este sentimiento tiene hondas raíces. Efectivamente, en el manifiesto del 16 de agosto de 1838, obra de la sociedad secreta La Trinitaria, y en el que se expresan las razones de la separación de Haití, se consagra que “la religión católica, apostólica y romana será, como religión del Estado, protegida en todo su esplendor...”. El escudo nacional lleva en el centro la Biblia abierta en el Evangelio de San Juan, capítulo 8, versículo 32, y encima de la Biblia una cruz y el lema “Dios, patria y libertad”². El presidente y el vicepresidente de la República, al tomar posesión de sus cargos, presentan el siguiente juramento: “Juro ante Dios, el Pueblo y la patria...”³. El juramento anterior fue previsto exclusivamente para los titulares del Poder Ejecutivo, lo que no ha sido óbice para que los demás funcionarios lo asuman, así como las organizaciones no gubernamentales en ocasión de la juramentación de sus directivas y consejos de dirección.

Sin embargo, no sería ocioso que nos preguntáramos si la invocación a Dios en el preámbulo es compatible con la tendencia secular del Estado y la libertad religiosa. La cuestión no fue tratada en las obras que comentan la Constitución dominicana⁴. En cambio, Peter Haberle pone mucha atención al tema. Según este autor, la invocación a Dios no constituye una etapa superada, anacrónica o atípica, sino una posible variante cultural del Estado constitucional⁵. Se trata de una expresión del “derecho constitucional de la

2 Artículo 32 de la Constitución. Según el artículo 34 de la Constitución el lema nacional es *Dios patria y libertad*.

3 Artículo 127 de la Constitución.

4 Véase *Constitución comentada*: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJU), 2011 y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (directores). *Comentario a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, La Ley y Universidad Rey Juan Carlos, 2012.

5 HABERLE, Peter. *El Estado constitucional*: Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 420.

religión” que concibe al ser humano y al pueblo, tanto en lo histórico como en la actualidad, insertado en un contexto de responsabilidad más alto⁶. Desde esta óptica, y vista la Constitución como unidad, el autor considera que existe un vínculo entre la invocación a Dios, la dignidad humana y la tolerancia⁷. Este autor afirma, igualmente, que la invocación a Dios en el preámbulo “... no revierte la evolución hacia el Estado secularizado, ya que el derecho constitucional no obliga a nadie al culto religioso”⁸.

Invocar a Dios en el preámbulo de la Constitución de un país con profundo sentimiento cristiano y religioso, como la República Dominicana, es una decisión comprensible y entendible, porque la Constitución es un documento que va más allá de lo jurídico y, en ese orden, no puede ignorar la cultura cristiana de un pueblo. Incluir el nombre de Dios en el preámbulo implica recoger el sentimiento de la mayoría del pueblo dominicano, lo que no afecta en nada el sentimiento de la minoría que no tiene inclinación por ninguna religión. Esta consagración en el preámbulo no constituye, como lo indica Haberle, una involución del proceso de secularización del Estado, porque, como también lo señala este autor, de la referida invocación no se desprende obligación; todo lo contrario: en el articulado de esa misma Constitución se garantiza la libertad religiosa, la libertad de culto y se promueve el paradigma del Estado secular.

3. Referencia a los ideales de los padres de la patria y los restauradores de la República

La referencia a los ideales de los padres de la patria y de los restauradores de la República busca mantener vivo el ideal de libertad, de soberanía y de independencia. Es interés del constituyente que estos ideales sean asumidos por las generaciones que no vivieron aquellos acontecimientos históricos de nuestra vida republicana, ya que, si bien en el presente no se vislumbran escenarios parecidos a los que dieron lugar a las guerras de independencia y de la restauración, en modo alguno podemos descartar la existencia, en modalidades distintas, de amenazas a la libertad, la independencia y la soberanía. Con la consagración del aspecto comentado, el

6 Ídem.

7 *Ibid.*, p. 421.

8 Ídem.

constituyente quiere estimular los sentimientos patrióticos de los trinitarios y los restauradores.

Las referencias a las gestas patrióticas desempeñan una “función de puente en el tiempo”⁹. A través de esta dimensión temporal se destacan hechos positivos del pasado y se rechazan hechos negativos. Esto es, precisamente, lo que persigue el constituyente dominicano: mantener viva en la memoria de los dominicanos el repudio a la intervención extranjera en los asuntos internos y, a la vez, destacar y resaltar el legado de los héroes y heroínas que lucharon denodadamente en procura de reivindicar la soberanía, la independencia y la libertad.

No obstante, cuando el constituyente decide incluir en el preámbulo el nombre de héroes y heroínas o los acontecimientos históricos que considera relevantes asume una tarea que puede generar conflictos. Sobre esta cuestión Haberle afirma que “... puede llegar a haber conflictos en los preámbulos entre los reconocimientos y los conocimientos: así, por ejemplo, el preámbulo de la LF (Ley Fundamental de la República Democrática Alemana) no resiste, en algunas de sus partes, una revisión histórica crítica”¹⁰. Me parece que en lo que concierne al preámbulo de la Constitución dominicana nadie objetaría la inclusión de la gesta de la Independencia y de la Restauración ni tampoco la mención de los nombres de los padres de la patria. Pero pudiera haber sectores de la sociedad aspirando a que se destaquen también los nombres de héroes de la Guerra de la Restauración, así como que se haga referencia a la Revolución de Abril y a sus mártires.

4. Importancia del preámbulo

Para Carl Schmitt, la Constitución, en sentido positivo, surge de un acto del constituyente en el cual se recoge la forma y el modo de la unidad política preexistente¹¹. El valor que tiene la Constitución deriva del hecho de que recoge una voluntad política existente expresada por el constituyente en representación del pueblo¹². Para Schmitt, las decisiones políticas que preceden a la Constitución están consagradas en el preámbulo y no en el

9 *Ibid.*, p. 419.

10 *Ibid.*, p. 420.

11 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*: España, Alianza Editorial, 2011, p. 58.

12 *Ibid.*, p. 59.

articulado, de ahí que este autor considere que la sustancia de la Constitución está sintetizada en este y que el articulado constitucional tiene valor por las decisiones políticas trascendentales que se recogen en él. Tomando como ejemplo la Constitución de Weimar de 1919, destaca que lo relevante de este texto es la decisión política a favor de la democracia, o la declaración de que el Reich alemán es una República¹³.

Para este autor el preámbulo no es una norma, lo que a su juicio no le resta valor, más bien entiende que todo el articulado de la Constitución vale solamente sobre la base de la existencia de las trascendentales decisiones políticas que se recogen en el preámbulo, sin las cuales sería una suma inconexa de prescripciones particulares¹⁴. De ahí que considere un error típico de la teoría del Estado desconocer la esencia de las decisiones políticas contenidas en el preámbulo, considerándolas como “simples proclamaciones”, “simples declaraciones” y hasta “lugares comunes”¹⁵. Para ilustrar la superioridad del preámbulo frente al articulado de la Constitución, Schmitt plantea varias cuestiones prácticas, siempre circunscrita a la realidad alemana y, más particularmente, a la Constitución de Weimar de 1919. Tales cuestiones son las que indicamos a continuación: a. Cuando en el artículo 76 se indica que la Constitución puede reformarse, hay que entender que se hace referencia al articulado de la Constitución y no a las decisiones políticas fundamentales previstas en el preámbulo¹⁶. “El Reich alemán”¹⁷ no puede ser transformado en una monarquía absoluta o en una República soviética, por la mayoría de dos tercios del Reichstag¹⁸; b. Las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante un estado de excepción y violadas por las medidas que se toman en dicho estado de excepción. Los derechos en vigor pueden ponerse temporalmente fuera de vigor. Nada de esto atenta contra las decisiones políticas fundamentales ni contra la sustancia de la Constitución, sino que, por el contrario, garantizan su mantenimiento y subsistencia¹⁹.

13 *Ibid.*, pp. 60-61.

14 *Ibid.*, p. 61.

15 *Ídem.*

16 Schmitt distingue entre Constitución y leyes constitucionales: la primera es el preámbulo y las segundas el articulado de la Constitución.

17 Estado alemán.

18 El Reichstag Parlamento alemán.

19 SCHMITT, Carl, *ob. cit.*, pp. 63-67.

Para este autor, como se aprecia, la importancia del preámbulo no reside en su naturaleza, tema que abordaremos en el párrafo que sigue, sino en que en él se consagran las decisiones políticas trascendentales de un pueblo y que, como tales, son las que le dan sentido a todo el articulado.

5. Naturaleza del preámbulo

Respecto a la naturaleza del preámbulo existe un debate centrado en lo relativo a si este tiene carácter normativo. Sobre el tema, Carl Schmitt considera que, como ya lo indicamos, los fines, valores y principios del preámbulo ni siquiera son leyes de base, lo que a su juicio no le resta importancia, porque su trascendencia reside en que el valor del articulado de la Constitución descansa en las decisiones políticas que se declaran en él.

Mayoritariamente se considera que las disposiciones preambulares por sí solas no son fuente de derecho subjetivo, es decir, que a partir de ellas no pueden constituirse normas. Pero sí se le reconoce valor normativo indirecto en la medida en que intervienen en la determinación del significado del articulado de la Constitución. En este sentido, su valor normativo no es directo, sino indirecto²⁰. Esta tesis mayoritaria no es compartida por una parte de la doctrina nacional, que considera que el preámbulo tiene eficacia jurídica directa²¹.

Me inclino por la tesis mayoritaria, porque me parece que el papel que desempeña el preámbulo está vinculado a la actividad interpretativa en la medida en que para interpretar adecuadamente los textos de la Constitución hay que tomar en cuenta los fines, valores y principios constitucionales que se recogen en él. De no tomarse estos en cuenta, el resultado de la interpretación podría ser errático y desvinculado de la esencia del sistema político asumido por el constituyente en representación del pueblo.

20 Véase TAJADURA TEJADA, *ob. cit.* pp. 326-327.

21 Véase CASTAÑOS GUZMÁN, Servio Tulio. "Preámbulo". En VILLA VERDE GÓMEZ y DÍAZ, María Dolores. *Constitución comentada: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJU)*, 2015, p. 56 y JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional: Santo Domingo, Iusnovum* 2013, vol. I, p. 214.

6. Fines, valores y principios

Castaños Guzmán²² y los profesores españoles Díaz Revorio y Alonso de Antonio²³ explican ampliamente los fines, valores y principios consagrados en el preámbulo de la Constitución dominicana. El primero de los estudios se refiere de manera específica al preámbulo, mientras que el segundo y el tercero abordan el texto completo de la Constitución. A estos estudios me remito, para no incurrir en repeticiones. De manera que me circunscribo a comentar la sistematización y distinción de los conceptos que nos ocupan, tema este que también ha sido abordado por el profesor Alonso de Antonio, pero que no es una cuestión pacífica²⁴.

El constituyente dominicano declara que adopta y proclama la Constitución regido “... por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social...”. De la lectura de este párrafo se advierte que el constituyente no distingue entre fines, valores y principios. En este orden, se afirma, con razón, me parece, que el constituyente considera como principios una serie de conceptos como dignidad humana, libertad e igualdad, que son propiamente valores que presiden el ordenamiento²⁵.

Ante este panorama es de rigor que la doctrina haga una labor de sistematización y distinción de los señalados conceptos, tarea que, como ya indicamos, realizó con mucho rigor el profesor Alonso de Antonio. Para este autor la declaración de “unidad de la nación” es un fin, y al respecto señala que le sorprende que el constituyente haya previsto esta finalidad, en el entendido de que en la República Dominicana no hay una división territorial y política a la que la Constitución quiera poner término²⁶. Visto desde la perspectiva de la unidad territorial, me parece correcto el planteamiento

22 Véase Castaños Guzmán, Servio Tulio, *ob. cit.*, pp. 55-67.

23 Véase ALONSO DE ANTONIO, José Antonio. “Principios, valores y fines de la Constitución dominicana”. En González-Trevijano y Arnaldo Alcubilla, Enrique (directores). *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, 2012, t. I, p. 257. Véase, igualmente, DÍAZ REVORIO, Francisco. “Lineamiento fundamentales de la Constitución dominicana: Sus decisiones básicas”. En González-Trevijano y Arnaldo Alcubilla, Enrique (directores). *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, 2012, t. I, pp. 175-176.

24 Alonso de Antonio, José Antonio, *ob. cit.*, pp. 257-284.

25 *Ibid.*, p. 257. Véase, igualmente, Díaz Revorio, Francisco, *ob. cit.*, pp. 175-176.

26 Véase, ALONSO DE ANTONIO, José Antonio, *ob. cit.*, pp. 280-282.

to. Un anhelo de unidad territorial es más comprensivo en el preámbulo de constituciones de países que han padecido divisiones territoriales que han conllevado sufrimiento humano, como Vietnam, Corea o Alemania, por solo mencionar algunos de los casos más importantes. A propósito del caso alemán, es oportuno destacar que, en el preámbulo de la Constitución de Berlín de 1950, se declara el deseo del constituyente de que Berlín siga siendo la capital de una Alemania unida, lo cual, afortunadamente, hoy es una realidad²⁷.

Ahora bien, la expresión *unidad de la nación* puede verse desde una dimensión distinta, referida a la unidad de la población y no del territorio; esta modalidad de unidad es un imperativo, sobre todo cuando se padece una catástrofe.

El progreso también es considerado como un fin por el profesor Alonso de Antonio, ya que, aunque lo ubica en el grupo de los valores, afirma (refiriéndose a él) que "... este valor debe ser entendido más bien como un fin en sí mismo, no tanto una referencia no jurídica como criterio de interpretación"²⁸. Entendemos que tanto la declaración de unidad de la nación como el progreso son deseos, objetivos y, en consecuencia, están más cerca de la noción de fines. Pienso, igualmente, y por las mismas razones, que las declaraciones relativas a la paz, el equilibrio ecológico, el bienestar social, la cohesión social y la convivencia fraterna se aproximan más a los fines que a los valores.

Respecto a la distinción entre valores y principios, para el profesor Alonso de Antonio en el preámbulo se consagran los valores siguientes: la dignidad humana, la igualdad, la justicia, la libertad y la solidaridad²⁹. En cambio, entiende que se prevén los principios siguientes: principio republicano, soberanía, democracia e imperio de la ley³⁰. Estamos de acuerdo con esta distinción, aunque siempre se trata de una tarea complicada, por la gran similitud que guardan estos conceptos.

A propósito de la distinción entre valores y principios, Robert Alexy afirma que estos son iguales respecto de la estructura, y que la diferencia entre ellos estriba en que los principios se enmarcan en el ámbito deontológico

27 HABERLE, Peter, *ob. cit.*, p. 418.

28 Véase, ALONSO DE ANTONIO, José Antonio, *ob. cit.*, p. 280.

29 *Ibid.*, pp. 257-271.

30 *Ibid.*, 271-280.

(el ámbito del deber ser) y los valores en el ámbito axiológico (el ámbito de lo bueno). Por otra parte, este autor sostiene que los principios tienen la ventaja de que en ellos se expresa claramente el deber ser y que, además, su interpretación es menos problemática que la de los valores³¹. Como se aprecia, para este autor no existe diferencia en el orden estructural entre los referidos conceptos; sin embargo, considera que los conceptos se pueden distinguir atendiendo a otro elemento y señala al respecto que el valor es un concepto más amplio que el principio, lo cual dificulta su comprensión y puede conducir a interpretaciones erróneas.

Ciertamente, los conceptos de dignidad humana, justicia, igualdad, la libertad y la solidaridad son amplios, abiertos y de difícil comprensión. En cambio, cuando nos referimos al principio republicano aludimos a un concepto más preciso y concreto. Así, por ejemplo, el gobierno republicano es el que no es ni militar ni monárquico; el principio de soberanía alude a que cada país tiene derecho a tomar sus decisiones sin interferencia de poderes distintos a los consagrados en su Constitución; el principio del imperio de la ley implica que los actos de los poderes públicos y de las personas deben observar la ley, mientras que el principio democrático significa que todos los poderes emanan del pueblo.

31 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*: Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 147.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 1 A 3

POF FRANNY ML. GONZÁLEZ CASTILLO

Artículo 1. Organización del Estado. El pueblo dominicano constituye una Nación organizada en Estado libre e independiente, con el nombre de República Dominicana.

Comentario

Para comprender la organización del Estado¹ dominicano y esta disposición normativa de la ley fundamental se deben delimitar los conceptos Estado, pueblo y nación para luego abordar la definición del Estado libre e independiente con el nombre de República Dominicana, toda vez que tienen significados diferentes desde los puntos de vista gramatical, filosófico, sociológico, político y jurídico.

1 Engels señala que el Estado tiene su origen y fue concebido en Atenas. Consultar en ENGELS, F. (1997). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, 5.ª edición, Bogotá: Panamericana, pp. 127-140. Asimismo, ha sido fundamentado el surgimiento ateniense del Estado en el sentido de que “Los primeros Estados surgieron en la Grecia antigua, como entidades gubernativas que concentraban el poder de dirección”. Consultar en POTENTINI ADAMES, T. V. (2010). *Manual de derecho constitucional dominicano*, Santo Domingo: Jurídicas Trajano Potentini, p. 35. En igual sentido: AMIAMA, M. A. (2016). *Notas de derecho constitucional*, Santo Domingo: Búho, p. 29. En ese orden, es importante señalar que, aparte de las diferencias conceptuales, filosóficas, políticas, sociológicas y jurídicas, se deben recordar las denominadas ciudades-estados de la Grecia antigua, las cuales implicaban aquellas ciudades que por su naturaleza conformaban la totalidad del territorio para constituirse como Estado en la Grecia antigua. En la época moderna se pueden apreciar varias ciudades-estados. Tales son los casos de Mónaco, Singapur, El Vaticano, Andorra, Liechtenstein, Malta y San Marino. Para ampliar la información en este aspecto, consultar en BOSCH, J. (2005). *El Estado: sus orígenes y desarrollo*, 4.ª edición, Santo Domingo: Alfa & Omega, pp. 24-35. El Estado de San Marino, oficialmente llamado La Serenísima República de San Marino, es considerado el Estado soberano más antiguo del mundo, tal como lo señala el profesor Miller: “The Republic of San Marino, the oldest and smallest in the world... The legendary origin of this tiny state is described in the Acta Sanctorum, the authors of which based their account on two manuscripts and three printed lives of the saint from whom San Marino derives its name... These accounts, even the earliest of which was written some centuries after the events recorded, are a mixture of fables and miracles, but perhaps contain some grains of fact. According to the most probable version, two friends, Marinus and Leo, natives of the Dalmatian island of Arbe, crossed the Adriatic soon after the middle of the fourth century of our era, and settled at Rimini on the Italian coast...”. Consultar en MILLER, W. (julio de 1901). «The Republic of San Marino». *The American Historical Review*, vol. 6, núm. 4 (en línea), Inglaterra: Oxford University Press, pp. 633-649. Asimismo, se debe señalar que es uno de tres Estados modernos a los que se considera como enclavados en el mundo; es decir, que su territorio se encuentra completamente rodeado por un solo país y sin acceso directo al mar. En su caso, está rodeado por la República Italiana, país europeo. Los otros dos casos son El Vaticano, oficialmente llamado Estado de la Ciudad del Vaticano, el cual también está rodeado por la República Italiana, y, finalmente, Lesoto, oficialmente llamado Reino de Lesotho, el cual se encuentra rodeado totalmente por la República de Sudáfrica, un país africano.

La noción de Estado² proviene del latín *status*³, uno de cuyos significados es ‘país⁴ soberano, reconocido como tal en el orden internacional, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios⁵; en esta definición se aprecia el Estado como organización política y persona moral, el cual se encuentra estructurado por un territorio, su población, la soberanía, un orden jurídico y los órganos de gobierno.

Esta palabra es polisémica, debido a que para referirse a la organización política y la persona moral o jurídica se escribe con *E* mayúscula en su inicio, por ejemplo “Estados Unidos de América” y “Estado dominicano”; sin embargo, cuando se describe un territorio autónomo de un Estado federal, para registrar la condición civil y familiar de las personas, para señalar la situación de ánimo o de salud de las personas, para sostener que alguien o algo se encuentra en un lugar y momento determinado, para identificar la característica de algo o una situación, para describir al estado de la naturaleza de las cosas, o para referir al acto que contiene la situación económica, financiera, fiscal y contable de determinada empresa, esta se escribe con *e* minúscula, por ejemplo “estado de Nueva York, Estados Unidos de América”, “Manuel tiene un estado de casado”, “José ha estado enfermo”, “Juan ha estado en San José de Ocoa”, “estado actual de la economía”, “estado sólido, líquido y gaseoso” y “estado de cuenta de la empresa FG”⁶.

- 2 La doctrina clásica y tradicional ha señalado normalmente como elementos esenciales del Estado a la población, territorio y soberanía, o territorio, población y poder; sin embargo, resulta más completa y moderna la estructura propuesta por el profesor Potentini Adames, quien identifica como los elementos esenciales del Estado moderno a la población, el territorio, el orden jurídico, la soberanía y el gobierno. Para el Estado moderno no basta con la existencia de un territorio, población y soberanía, al confundirse con una nación moderna que no ha tenido el reconocimiento como Estado por parte de Naciones Unidas. En tal sentido, consultar en JORGE GARCÍA, J. (2016). *Derecho constitucional dominicano*, 3.ª edición, Santo Domingo: Tribunal Constitucional, pp. 76-78; KELSEN, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*, 1.ª edición, 5.ª reimpresión, trad. Eduardo García Máynez, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 246-247; y, POTENTINI ADAMES, T. V. (2010) ..., p. 44.
- 3 La noción de “país” es distinta a la de “Estado”, pues tiene su origen etimológico en el francés *pays*, y este a su vez proviene del latín *Ager, pagensis*, el cual significa ‘territorio constituido en Estado soberano’. Extraída de la acepción decimotercera de su entrada en el DLE. Consultar en Real Academia Española. (2021). *Diccionario de la lengua española* (22.ª ed.). Recuperado de [https://dle.rae.es/pais? m=form](https://dle.rae.es/pais?m=form).
- 4 La noción “patria” es distinta a la de “país”. La patria es un sentimiento y afecto por determinado territorio, reflejado en las personas, por compartir su historia, las tradiciones, el folclore, su idioma, la música y el paisaje. Proviene del latín *patria*, que significa ‘tierra natal o adoptiva ordenada como nación, a la que se siente ligado el ser humano por vínculos jurídicos, históricos y afectivos’ y ‘lugar, ciudad o país en que se ha nacido’. Consultar en Real Academia Española (2021), *ob. cit.* Recuperado de [https://dle.rae.es/patria? m=form](https://dle.rae.es/patria?m=form).
- 5 De acuerdo con su acepción cinco en Real Academia Española, *ob. cit.* Recuperado de <https://dle.rae.es/estado?m=form>.
- 6 Cuestiones extraídas de las acepciones primera, tercera y decimoquinta de su entrada en el *Diccionario de la lengua española*. Consultar en Real Academia Española, *ob. cit.* Recuperado de <https://dle.rae.es/estado?m=form>.

El profesor Bosch ha tenido tal inquietud sobre la multiplicidad de significados de la palabra *estado*, dependiendo si está escrita con la *E* mayúscula o con la *e* minúscula, y ha señalado que si la palabra se escribe con *e* minúscula tiene significado muy diverso y, aunque *Estado* y *estado* son la misma palabra, son diferentes sus significados⁷.

El filósofo Maquiavelo es quien por primera vez utiliza la palabra “Estado” para referirse a una organización política sin dejar de lado distintas formas de gobierno; además, es el máximo representante de la concepción moderna de la noción “Estado”⁸ para reemplazar los antiguos conceptos de *polis*, *civitas*, *res república*, *imperium* y *auctoritas*, utilizados histórica y sucesivamente en la antigua Grecia y el Imperio romano⁹.

El Estado puede repensarse desde varios puntos de vista: desde el punto de vista filosófico, el Estado es entendido como aquella creación del ser humano cuyo instinto lo lleva a la formación, organización y agrupación con los demás seres humanos y a convivir colectivamente; desde el sociológico, se asimila a una asociación de personas y de fenómenos sociales establecidos en un territorio determinado y dotados de poder; desde el político se le señala como una forma de entidad política que ejerce el poder en un territorio determinado por medio de sus instituciones y de los servidores públicos elegidos y designados; y, desde el punto de vista jurídico¹⁰, se le define como

7 BOSCH, J. (2005)..., pp. 7-11. En igual sentido, el profesor Kelsen se ha referido a la dificultad para definir la palabra “Estado”, debido a la multiplicidad de objetos que designa. Consultar en KELSEN, H. (1995)..., pp. 215-216.

8 Luego del filósofo Maquiavelo, el concepto “Estado” fue utilizado por el profesor Bodin, en diversos escritos, cuando refiere que “Si es provechoso, para gobernar bien un estado, que el poder del príncipe soberano esté por encima del de las leyes, aún resulta más útil para los señores en el estado aristocrático, y del todo necesario al pueblo en el estado popular. Tanto en la monarquía como en la aristocracia, el monarca y los señores están separados del pueblo y de la plebe, respectivamente”. Consultar en BODIN, J. (1997). *Los seis libros de la República*, 3.ª edición, trad. Pedro Bravo Gala. Madrid: Editorial Tecnos, p. 58.

9 BOBBIO, N. (1999). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México: Fondo Cultura Económica, p. 87. En igual sentido: BOSCH, J. (2005)..., p. 25. Es importante señalar que a pesar del uso de la palabra “Estado” y de su influencia en el mundo, por parte Maquiavelo, la generalización del uso de esa palabra se produjo a partir del Tratado de Münster o de Westfalia, o la Paz de Westfalia de 1648, por medio del cual se puso fin a las guerras religiosas europeas y se establecieron límites fronterizos, por lo que los habitantes de Europa, a partir de ese tratado, dependían de unidades políticas territoriales y de un poder único. En tal sentido, consultar en LOPEZ GUERRA, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 29. Es importante señalar que Maquiavelo, por medio de su obra *El príncipe*, escrita en 1513 y publicada póstumamente por primera vez en Roma en 1531, fue víctima de la persecución política y judicial de la época; por ello, producto de su experiencia personal, jurídica, filosófica, política y diplomática, se refiere al Estado como forma de organización política, con una clase dominante y otra sometida, la cual se encuentra constituida de una población, la soberanía, el territorio y el gobierno. En tal sentido BOBBIO, N. (1999)..., p. 87. Asimismo, MAQUIAVELO, N. (1970). *El príncipe*, 3.ª edición, Madrid: Caracas.

10 El Estado puede ser visto como personificación del orden jurídico nacional, como orden, como unidad sociológica, como cuerpo social, como organismo, como dominación, como sociedad políticamente

una comunidad social, más o menos numerosa, con una organización gubernativa propia e independiente, asentada en un territorio propio¹¹.

Visto en el ámbito legal, el Estado es considerado un fenómeno jurídico y sujeto de derecho, toda vez que es la personificación de la comunidad creada por un orden jurídico nacional —por oposición al orden jurídico internacional¹²—, sin perjuicio de que es un sujeto del derecho internacional con la plena capacidad jurídica y política que solo es reconocida a los Estados, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención de Viena de 1969¹³.

El Estado puede ser considerado una persona moral o jurídica, por lo que es un sujeto de derechos, deberes y obligaciones, y tiene plena capacidad legal y jurídica —por medio de su representante legal o por mandatario con poder especial— para demandar y ser demandado, querellarse y que se querellen en su contra, accionar y ser accionado, o perseguir y ser perseguido judicialmente.

El profesor Veras Aybar identifica al Estado como una persona moral o jurídica cuando señala que es un grupo de personas¹⁴ situadas en un territorio determinado y sujeto a la autoridad de un mismo gobierno, al cual se le atribuye personalidad jurídica¹⁵.

Por otra parte, la noción de “pueblo” proviene del latín *popŭlus*¹⁶ y se emplea para referirse a una ‘ciudad o villa’, ‘población de menor categoría’, ‘conjunto de personas¹⁷ de un lugar, región o país’, ‘gente común y humilde

organizada, como poder y como sujeto de derechos y deberes. Consultar en KELSEN, H. (1995)..., pp. 215-245.

11 La definición jurídica es propia del profesor Amiama en AMIAMA, M. A. (2016)..., p. 29.

12 KELSEN, H. (1995)..., pp. 215-216.

13 CASTRO DÍAZ, F. A. (2018). *Derecho internacional público*, 3.ª edición, Santo Domingo de Guzmán: Serigraf, pp. 136-137.

14 El autor habla de un “grupo de individuos”; sin embargo, para hacer uso del lenguaje inclusivo, se prefiere hablar de personas, el cual incluye ambos sexos y edades distintas.

15 VERAS AYBAR, A. (2007). *Estado: Aparición, fusión y extinción*, Santo Domingo de Guzmán: Veras Aybar & Asociados, p. 27.

16 La noción “población”, distinta a la de “pueblo”, proviene del latín *populatio, onis*, que significa ‘saqueo’ y ‘devastación’, y significa ‘acción y efecto de poblar’, ‘conjunto de personas que habitan en un determinado lugar’, ‘conjunto de edificios y espacios de una ciudad’, ‘conjunto de individuos de la misma especie que ocupan determinada área geográfica’. Para el caso de la sociología, la población implica el “conjunto de elementos sometidos a evaluación estadística mediante el muestreo”. Esas cuestiones se extraen de las acepciones primera a quinta en el DLE. Consultar en Real Academia Española, ob. cit. Recuperado de <https://dle.rae.es/población?m=form>.

17 La noción “sociedad” distinta a la de “población”, proviene del latín *societas, -atis*, y significa ‘conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes’, ‘agrupación natural o pactada de personas, organizada para cooperar en la consecución de determinados fines’ y ‘agrupación natural de algunos animales’, sin perjuicio de que en el ámbito comercial significa una empresa o una persona moral o jurídica, debido a la agrupación de personas con capital común y aportes de sus miembros. Esas cuestiones se extraen de sus acepciones primera a cuarta en Real Academia Española, ob. cit. Recuperado de <https://dle.rae.es/sociedad?m=form>.

de una población’ y ‘país con gobierno independiente’¹⁸; en estos significados se puede apreciar que no comprende una organización política y persona moral instaurada por determinada clase social para someter a las demás personas.

Finalmente, el concepto de “nación”¹⁹ va más allá de reunión de personas o población; proviene del latín *natio*, *-onis*, que significa ‘lugar de nacimiento’, ‘pueblo, tribu’, y designa el ‘conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno’²⁰ o ‘conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan el mismo idioma y tiene una tradición común’²¹.

El profesor Amiama entiende que la nación es el conglomerado popular que se forma naturalmente en un territorio determinado con una comunidad religiosa, cultural y jurídica y, por fuerza de la convivencia, para sobrevivir y mantenerse llega a adquirir una obligada solidaridad social²².

Para el profesor Jorge Prats la nación ha sido definida desde tres puntos de vistas, a saber: el subjetivo, el objetivo y el mixto. El primero se refiere a la adhesión voluntaria de personas que desean formar parte de ella; el segundo identifica una comunidad de personas con rasgos comunes, tales como etnia, idioma, cultura, costumbre y tradición; y el tercero concibe una sociedad de personas a quienes la unidad de territorio, origen, costumbre e idioma llevan a una comunidad de vida y de conciencia social²³.

18 Esas cuestiones se extraen de las acepciones primera y quinta de *pueblo* en Real Academia Española, *ob. cit.* Recuperado de <https://dle.rae.es/pueblo?m=form>.

19 Juan Pablo Duarte, padre fundador de la República Dominicana, en su proyecto de ley fundamental (Constitución) para el nuevo Estado proclamado el 27 de febrero de 1844, utiliza mucho la palabra “nación” en el preámbulo y en casi todos los articulados en la expresión “la nación dominicana” para referirse al nuevo Estado. Tales son los casos de los artículos 16, 16 bis, 17, 17 bis, 18, 19 y 20. Incluso, los títulos dos y tres del proyecto se denominan “De la Nación Dominicana y de los Dominicanos” y “De la Nación Dominicana”.

20 La nación no es un pueblo, población, país o un Estado. Por ejemplo, el Reino Unido, oficialmente llamado Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, es un Estado europeo compuesto por la isla de Gran Bretaña, parte de la isla de Irlanda y por pequeñas islas adyacentes. En la actualidad es país rico y desarrollado, identificado como un Estado unitario, conformado por cuatro naciones, a saber: Escocia, Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte. Asimismo, al parecer, esta distinción entre Estado y nación se puede apreciar en las denominaciones de los órganos internacionales que propugnan por la paz internacional, sin perjuicio de sus objetos históricos y los yerros gramaticales, por ejemplo, Organización de las Naciones Unidas (ONU) y Organización de Estados Americanos (OEA); en la primera se identifica y agrupa a las naciones del mundo; en tanto que, en la segunda, se identifica y agrupa a los Estados americanos.

21 Esas cuestiones se extraen de referencias de las acepciones primera y tercera en Real Academia Española, *ob. cit.* Recuperado de <https://dle.rae.es/nacion?m=form>.

22 AMIAMA, M. A. (2016)...., p. 32.

23 JORGE PRATS, E. (2005). *Derecho constitucional*, vol. I, 2.ª edición, Santo Domingo: Gaceta Judicial, pp. 114-116.

Conforme a los conceptos definidos se puede advertir que la República Dominicana es simultáneamente Estado²⁴, pueblo, nación²⁵, población, sociedad, patria y país — reconocido como tal por la Organización de las Naciones Unidas (ONU)—, sin perjuicio de que el primer concepto comprende a los demás por tratarse de una persona moral o jurídica, por identificar a una organización política estructurada de un territorio, población, soberanía y órganos de gobierno, instituida por determinada clase social para someter a las demás personas, así como también por constituirse en sujeto del derecho nacional e internacional, lo que no ocurre a la inversa, pues no siempre un pueblo, nación, población o sociedad es un Estado²⁶.

El constituyente ha sido consecuente con este artículo primero y texto normativo de la Constitución cuando refiere que “El pueblo dominicano constituye una Nación organizada en Estado libre e independiente, con el nombre de República Dominicana”, sosteniendo en esencia que el pueblo dominicano se constituyó en nación, y esta, a su vez, en Estado, país y patria, los cuales tienen como soporte una población, un territorio, la soberanía, sus órganos de gobierno y una sociedad dominicana que comparte su historia, el territorio, las tradiciones, el folclore, el idioma, la música y el paisaje.

La República Dominicana es un Estado soberano, libre e independiente —por oposición a las naciones y territorios colonizados, ocupados y dirigidos por otros Estados— en el que se garantiza, en la medida de sus po-

24 El profesor Duverger habla de Estado-gobierno y Estado-nación. Define el primero como aquel conjunto de gobernantes de una nación; al segundo lo identifica como una agrupación humana y comunidad que se distingue de las demás por diversos criterios. En tal sentido, DUVERGER, M. (1990). *Instituciones políticas y derecho constitucional*, dir. Jorge Solé-Tura, 5.ª edición española, Barcelona: Ariel, pp. 45-46. Por su lado, el profesor Kelsen señala los Estados material y formal. Consultar en KELSEN, H. (1995)..., pp. 230-231. El profesor Potentini Adames habla de Estado unitario, federado, confederado, regional, liberal, social, democrático, entre otros. En tal sentido, v. POTENTINI ADAMES, T. V. (2010)..., pp. 66-70. Maquiavelo habla de tres tipos de principado: el hereditario, el nuevo y el mixto. Consultar en MAQUIAVELO, N. (1970). *El Príncipe*, 3.ª edición, Madrid: Caracas, pp. 17-29.

25 Han sido identificados dos tipos de nación: la política y la cultural. La primera es aquella en la que se señala la titularidad de la soberanía y de quien puede ejercerla legítimamente. La segunda se refiere al grupo humano con características similares que la dotan de rasgos distintivos, tales como el idioma, religión, tradiciones, folclore, etnia, entre otros. En tal sentido, POTENTINI ADAMES, T. V. (2010)..., p. 33.

26 Al culminar la Segunda Guerra Mundial fue firmada y aprobada por 51 países la Carta de San Francisco, el 26 de junio de 1945, que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, por medio de la cual fue creada la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Estos países se comprometieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad, promover el progreso social, mejorar el nivel de vida y proteger los derechos humanos. La fecha de admisión de la República Dominicana, como Estado miembro de Naciones Unidas, es el 24 de octubre del año 1945, la misma fecha en la que entra en vigor el instrumento internacional. Consultar en Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2021). Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/member-states#gotoR>.

sibilidades, la libertad, la justicia, la igualdad, la cultura, la educación, la costumbre, el folclore y el bienestar social y económico de sus habitantes; además, puede resolver sus propios asuntos, puede elegir y designar libremente a sus autoridades, desde el cargo más bajo hasta el más alto; tiene su población y territorio, la población tiene plena capacidad para elegir a sus autoridades, formas de gobierno y sus acciones; posee un orden jurídico independiente de cualquier otro Estado o nación, no elige sus autoridades por mandato de Estados o gobiernos extranjeros, tiene sus propias formas de recaudación, así como su propia forma y estructura de gobierno.

Asimismo, las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado; está abierto, en igualdad de condiciones, a la cooperación y al comercio internacional, al respeto de la integridad de los sujetos del derecho internacional, a la resolución amigable de disputas internacionales, y comprometido con la paz mundial y el respeto a los principios y las normas del derecho internacional²⁷.

El Estado libre e independiente no es aquel que pretenda subsistir, abastecerse y convivir de manera aislada, sino aquel que garantice efectivamente la protección de los derechos humanos y fundamentales, que tenga la capacidad de dar soluciones a las cuestiones básicas de la población, que concentre política y jurídicamente su territorio, que sea firme con su idioma, religión, etnia, folclor y costumbres; que pueda resolver sus asuntos de seguridad, civiles, administrativos, políticos, sociales, económicos, financieros o fiscales sin necesidad de autorización previa de otro Estado, nación o poder extranjero, sin perjuicio del sistema de cooperación internacional y del cumplimiento de los convenios, pactos, tratados y principios del derecho internacional.

La República Dominicana es un Estado unitario que propicia su desarrollo integral y equilibrado, con una organización territorial conforme a los principios de unidad, identidad, racionalidad política, administrativa, social y económica. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

Es un Estado social y democrático de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la sobe-

²⁷ Consultar los artículos 4 al 7, 26 y 193 de la Constitución, en Constitución Política de la República Dominicana (13 de junio de 2015). Gaceta Oficial 10805. 10 de julio de 2015, Santo Domingo: Asamblea Nacional Revisora.

ranía popular y la separación e independencia de los poderes públicos. Asimismo, es un Estado social, constitucional y democrático de derecho, en el entendido de que existe protección de los derechos sociales, hay una supremacía constitucional, contiene la sujeción de los órganos públicos a la Constitución y las demás leyes, hay una separación de poderes y existe el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional identifica a la República Dominicana como un Estado social y democrático de derecho:

El fundamento de la vigencia real y concreta del Estado Social y Democrático de Derecho reside en la efectividad y prevalecencia²⁸ de los derechos fundamentales y sus garantías consagrados en la misma Constitución y las leyes, especialmente para el caso concreto, aquellas que regulan el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, de forma que la referida discrecionalidad no se confunde con arbitrariedad²⁹.

El estatus de Estado social y democrático de derecho implica una conquista que ha pasado por tres momentos históricos, a saber: el primero se corresponde con los orígenes del Estado constitucional, la lucha por el Estado de derecho y la limitación del poder por medio de principios jurídicos racionales; el segundo proyecta el futuro de las conquistas, sin dejar de lado que todavía se lucha por el Estado de derecho y la limitación del poder, aunque extendiendo esa limitación del poder al control jurídico de la Administración pública, especialmente las inmunidades del poder; y en el tercero se identifica el constitucionalismo democrático, teniendo como problema del Estado de derecho la legitimación democrática del poder del Estado³⁰.

Puede advertirse que el Estado dominicano está identificado constitucionalmente como un Estado social y democrático de derecho, organizado en forma de República unitaria bajo el régimen político del presidencialis-

28 El Tribunal Constitucional usa el término “prevalecencia”, en vez de “prevalencia”. “Prevalecer” proviene del latín *praevalescere* (‘actuar, agradecer’), y en su primera acepción significa ‘Dicho de una persona o de una cosa: Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras’. Real Academia Española, *ob. cit.* Recuperado de <https://dle.rae.es/prevalecer?m=form>.

29 Tribunal Constitucional, sentencia núm. TC/0559/16, del 8 de noviembre del 2016. Expediente núm. TC-04-2012-0066, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por Rafael Bienvenido Percival Peña contra la Sentencia núm. 15, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 18 de enero de 2012, p. 16.

30 PÉREZ ROYO, J. (2007). *Curso de derecho constitucional*, rev. Manuel Carrasco Duran, 11.ª edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 165-170.

mo y tiene como columna los principios de dignidad humana, supremacía constitucional y separación de los poderes del Estado.

La existencia formal del Estado social y democrático de derecho no significa que se encuentren resueltos los problemas civiles, sociales, culturales, deportivos, medioambientales, económicos, ecológicos o políticos, sino que se debe continuar con el reclamo de la protección efectiva de los derechos fundamentales sobre la base de la dignidad humana, la supremacía constitucional y la separación de los poderes del Estado.

El nombre de República Dominicana³¹ fue instituido por la doctrina duartiana³², bajo una organización política y forma de gobierno³³ que ha

31 El nombre de la República Dominicana fue concebido y propuesto originalmente por Juan Pablo Duarte, padre fundador de la república, antes de la independencia del país, cuando en el artículo 6 del proyecto de su Ley Fundamental, de la que sería la primera Constitución del nuevo Estado, expresó: “La Ley Suprema del pueblo dominicano, es y será siempre su existencia política como nación libre e independiente de toda dominación, protectorado, intervención e influencia extranjera, cual la concibieran los fundadores de nuestra asociación política al decir (el 16 de julio de 1838) “Dios, Patria y Libertad, Republica Dominicana”. El nombre de República Dominicana no figura como tal y expresamente en la independencia efímera de 1821, sustentada en el Acta Constitutiva del Gobierno Provisional del Estado Independiente, de fecha 1 de diciembre de 1821, redactada por el presidente provisional del nuevo Estado, José Núñez de Cáceres. Así que, sucesivamente, el nombre de la República Dominicana surge del padre fundador el 16 de julio de 1838, en el seno de la sociedad “La Trinitaria”, una organización civil, secreta y patriótica, con el objetivo de estructurar los planes, compromisos y las acciones necesarias para la independencia del territorio y formar un Estado libre e independiente al que llamarían República Dominicana, cuando el fundador de la república exclamó “Dios, patria y libertad, Republica Dominicana”. Luego, el nombre fue sostenido por el padre fundador en su proyecto de ley fundamental; a este le sigue su instauración en el Manifiesto del 16 de enero de 1844; después, fue incluido en el Informe de la Comisión Encargada de Redactar la Constitución de 1844; y, finalmente, fue incorporado en el seno de la asamblea constituyente el 6 de noviembre de 1844, cuando en los artículos del 2 al 6 de la aprobada Constitución de 1844 establece que “La parte española de la Isla de Santo Domingo y sus Islas adyacentes, forman el territorio de la Republica Dominicana”, “Los límites de la República Dominicana, son los mismos que en 1793 la dividían por el lado del Occidente de la parte francesa, y estos límites quedan definitivamente fijados”.

32 Tiene su nombre en honor a la doctrina de Juan Pablo Duarte, padre fundador de la República Dominicana, quien el 16 de julio de 1838 junto a sus compatriotas fundaron La Trinitaria, una organización civil, secreta y patriótica, con el objetivo de estructurar los planes, compromisos y las acciones necesarias para la independencia del territorio y formar un Estado libre e independiente al que llamarían República Dominicana. Producto de la persecución política de sus miembros, en 1840 fundaron la sociedad La Filantrópica, la que tenía en esencia los mismos fines, compromisos y objetivos de La Trinitaria, aunque actuaban en público y simulaban en público diversos actos recreativos, distinto a La Trinitaria, que era una asociación secreta. Posteriormente, fundaron La Dramática, una sociedad en la que por medio del teatro buscaban los mismos fines y planes independentistas, aunque en público y con los independentistas como actores en las representaciones de obras teatrales que ellos dirigían. En tal sentido, consultar a MOYA PONS, F. (2008). *Manual de historia dominicana*, 14.ª edición, Santo Domingo: Caribbean Publishers, pp. 255-266.

33 De acuerdo con la Constitución se divide en tres poderes del Estado. El Poder Legislativo se estructura por el Congreso Nacional, compuesto de un sistema bicameral, que a su vez se conforma de 32 senadores —uno por cada provincia y otro por la capital de la República—, y por 190 diputados, de los cuales 178 son elegidos por circunscripciones en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República, y por las provincias; cinco son elegidos a nivel nacional por acumulación de votos, y siete son elegidos por la comunidad dominicana en el exterior. El Poder Ejecutivo, compuesto por el presidente y el vicepresidente de la República, y el Consejo de Ministros, integrado por los ministros del Estado. Además, el Poder Judicial está compuesto por los tribunales que dependen del orden judicial, desglosados en once cortes de apelación de derecho común —una para cada departamento judicial—, que son los tribunales de segundo grado, excepto en los asuntos civiles y comerciales, y di-

llegado a convertirse en esencialmente civil, republicana, democrática y representativa³⁴.

El principio de civilismo se inserta por oposición a los gobiernos militares y policiales, descartando de plano los gobiernos de hechos, las tiranías y las dictaduras. El principio de republicano se refiere a la búsqueda del interés público, la cosa pública o el bien común, no los pertenecientes a determina-

chas cortes comprenden varios tribunales de primera instancia y varios distritos judiciales; 35 tribunales de primera instancia de derecho común, uno por cada distrito judicial y que comprenden en el ámbito civil y comercial a varios juzgados de paz. Lo anterior, independientemente de los juzgados de paz, tribunales de primera instancia y cortes de apelación especiales, y de los órganos judiciales extrajudiciales y especiales, como serían los casos de los juzgados de paz especiales de asuntos de tránsito de vehículos de motor, los juzgados de paz de asuntos municipales, los juzgados y cortes de trabajo, los tribunales y cortes de niños, niñas y adolescentes, las juntas municipales electorales, el tribunal superior electoral, así como el Tribunal Constitucional, respectivamente. Este Estado no cuenta con divisiones territoriales federales ni autonómicas, sino en regiones, lo que indica que se encuentra dividido, en orden jerárquico de territorios y autoridades, de la siguiente manera: regiones, provincias, municipios, distritos municipales, secciones y parajes. Actualmente existen marcadamente tres regiones: la sureste, suroeste y la norte o Cibao, cada una de ellas dividida en varias provincias y solo por cuestiones de desarrollo integral y equitativo, así como por ejecución del presupuesto nacional, no con disposiciones normativas distintas para todo el ordenamiento jurídico. Asimismo, tiene 31 provincias y la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, como Distrito Nacional y capital de la República; estas provincias están divididas en 155 municipios, municipios que a su vez están divididos en 228 distritos municipales. Estos distritos municipales también están divididos en secciones, y estas secciones a su vez se encuentran divididas en parajes. Aparte de tres islotes pertenecientes al Estado, denominados isla Catalina e isla Saona, localizadas en la provincia La Romana, región este del país, y la isla Beata, en la provincia de Pedernales, región sur. Además, cuenta con un total de 155 municipios y 228 distritos municipales. Tiene su cimiento territorial en la isla de Santo Domingo, otrora Quisqueya o La Española, que comprende actualmente el territorio de dos países con las denominaciones oficiales de República Dominicana, en la parte oriental, y República de Haití, en la parte occidental. Está situada en el centro del archipiélago de las Antillas Mayores y es la segunda en tamaño, después de la República de Cuba. Tiene una extensión aproximada de 77,000 km², de los cuales 48,442 km² pertenecen al espacio dominicano y 29,000 km² a la zona haitiana, por lo que ocupa más de dos tercios del territorio de la isla y tiene una población aproximada de 8,562,541 de habitantes. Declaró su independencia el 27 de febrero de 1844, precisamente de la República de Haití. Fue de las últimas naciones de América Latina en lograr tal independencia para convertirse en Estado, con excepción de las actuales Repúblicas de Cuba y Panamá. La población se indica conforme al Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2003, el cual no se corresponde con la realidad poblacional dominicana, de acuerdo con las informaciones públicas, documentos y datos al respecto especificados por expertos entendidos en el tema luego de realizarse dicho censo. Por tal razón, el Poder Ejecutivo decidió realizar un nuevo Censo Nacional de Población y Vivienda, en menos de diez años, a fin de enfrentar esa realidad poblacional y habitacional, puesto que al parecer había considerado inoperante el censo del año 2002. Sin embargo, conforme a la Ley núm. 5096, del 3 de junio de 1959, Gaceta Oficial núm. 9341, de fecha 3 de marzo de 1959, p. 85, sobre Estadísticas y Censos Nacionales, en sus artículos 19 y 20, los censos nacionales se realizarán cada diez años, independientemente de los censos parciales: “Los censos nacionales se levantarán en las siguientes fechas: el de Población y el Agropecuario, Agropecuario, en 1960 y cada diez años a contar de 1960; el de Industria y Comercio, y el de Edificios y Viviendas, en 1965 y cada diez años a contar de 1965”. Así que para 1993, según el censo nacional de población y vivienda la población dominicana era de 7,293,390 de habitantes; sin embargo, para el 2003 era de 8,562,541, un aumento de la población de 1,269,151. El censo actual data del año 2010 y según datos publicados por la Oficina Nacional de Estadística la población dominicana es de 9,378,818 de habitantes, un aumento de 816,277 personas en los últimos nueve años y respecto del censo de 2003. Véase, en tal sentido, GONZÁLEZ CASTILLO, F. M. (2012). *La voluntad del legislador como fuente del intérprete de la Constitución*, Santo Domingo: Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, pp. 116-125; y, MINISTERIO DE ECONOMÍA, PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO. OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (ONE). (2021). IX Censo Nacional de Población y Vivienda 2010. Recuperado el 20 de agosto, desde <http://www.one.gob.do>.

34 El artículo 4 de la Constitución, establece: “... El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo...”.

das familias, clases, grupos religiosos, sindicatos o entidades estatales, por oposición a las monarquías, en las cuales los jefes de Estado dependen del linaje familiar. El principio democrático implica que las decisiones estatales se toman en función de la voluntad de la mayoría, dentro del normal desenvolvimiento del Estado, sin afectar y garantizando el respeto de las minorías y de los derechos fundamentales. El principio de la representación se enmarca en que el poder político originario y la voluntad popular puede ejercerse de manera indirecta y puede ser delegada por medio de las personas e instituciones estatales que actúan en el propio nombre de las demás personas, sin descartar el ejercicio directo por medio de los mecanismos de participación popular y de la democracia directa o participativa³⁵.

35 Desde su fundación e independencia, el Estado dominicano optó por la forma de gobierno republicana, no por la forma monárquica, en el entendido de que quien ejerce la función de máxima representación y dirige el Estado no tiene derecho a ejercer el cargo por sí mismo, por el linaje, por la herencia o de pleno derecho, sino que debe someterse a una elección electoral directa o indirecta, sobre la base del tipo de democracia, forma de gobierno y sistema político. Esa intención legislativa del constituyente se advierte en la página cuatro del Informe de la Comisión Encargada de Redactar la Constitución del 6 de noviembre de 1844, en el que se expresa que la monarquía no era adaptable al nuevo Estado, aunque no argumenta ni justifica por qué no era adaptable esa forma de gobierno, dejando de lado que en ese momento el país se independiza de un país vecino, con un sistema de gobierno semipresidencial o semiparlamentario, en donde existe un presidente, un primer ministro y un gabinete, los cuales conforman la estructura en la dirección del Estado. Previo al Informe de la Comisión Encargada de Redactar la Constitución del 6 de noviembre de 1844, la forma de gobierno republicana fue prevista por el profesor José Núñez de Cáceres en su Independencia Efímera de 1821, estableciéndola en el artículo 1 del Acta Constitutiva del Gobierno Provisional del Estado Independiente, de fecha 1 de diciembre de 1821. Asimismo, fue predicha esta forma de gobierno republicana por el padre fundador de la república, Juan Pablo Duarte, estableciéndola en el correspondiente artículo 26 de su proyecto de ley fundamental (Constitución) para el nuevo Estado proclamado el 27 de febrero de 1844, así como también fue establecida en la parte *in fine* del Manifiesto del 16 de enero de 1844. Luego del Informe de la Comisión Encargada de Redactar la Constitución del 6 de noviembre de 1844, la forma de gobierno republicana fue instituida en el artículo 1 de la Constitución del 6 de noviembre de 1844. Para comprender mejor la voluntad del legislador o la intención legislativa, consultar GONZÁLEZ CASTILLO, F. M., *loc. cit.*

Artículo 2. Soberanía popular. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien³⁶ emanan todos los poderes, los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes.

Comentario

La noción de “soberanía” proviene del concepto “soberano”, el cual emana del latín *superanus*³⁷, derivado de *super*, que se refiere a ‘sobre’ y ‘encima’; significa ‘cualidad de soberano’ y ‘poder político supremo que corresponde a un Estado independiente’³⁸.

Esta palabra puede referirse a la soberanía del Estado, soberanía del pueblo, soberanía nacional, soberanía alimentaria, soberanía democrática, soberanía energética, soberanía de la Constitución, entre otras, las cuales constituyen cualidades propias y poder de decisión y regulación en cada caso.

Para el profesor Capitant, la soberanía³⁹ es un poder político del Estado o del gobierno que no se halla sometido a ningún otro, aunque estén ligados por normas superiores; es decir, una forma de expresión del principio democrático concebida como derecho subjetivo que reside en el pueblo y es personificado en la nación⁴⁰.

36 Debería decir “del que” o “del cual”, no “de quien”, debido a que no se trata de una persona física o natural, sino del “pueblo”, el cual es concepto que —aunque por su naturaleza sociológica, gramatical y lingüística implica población o conjunto de personas, las que pueden constituirse en nación— se refiere a una cosa o un sentimiento de pertenencia a grupo humano, con su cultura, historia, idioma, etnia, folclore, costumbres y tradiciones. Tal cuestión se desprende del artículo 1 de la Constitución, que expresa: “El pueblo dominicano constituye una Nación organizada en Estado libre e independiente, con el nombre de República Dominicana”.

37 Fuera del lenguaje general, regulado por la Real Academia Española, hay quienes entienden que la palabra “soberanía” proviene del latín *super omnes* (‘sobre todo’) y significa ‘un poder sobre el cual no existe otro’. En tal sentido, consultar a ROJAS BERNAL, J. M., *et tal.* (2012). *Diccionario de derecho constitucional contemporáneo*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 454.

38 Véase las acepciones primera y segunda en Real Academia Española, *ob. cit.* Recuperado de <https://dle.rae.es/soberanía?m=form>.

39 La soberanía estatal es propia de la Edad Media, y surge de la lucha de los tres poderes existentes: la Iglesia, el Imperio romano y los señores y corporaciones. Tiene uso a partir del Tratado de Münster o de Westfalia, o la Paz de Westfalia de 1648, por medio del cual se puso fin a las guerras religiosas europeas y se establecieron límites fronterizos; por ello, los habitantes de Europa, a partir de ese tratado, dependían de unidades políticas territoriales y de un poder único. Para ampliar sobre el Tratado de Münster o de Westfalia, consultar en LÓPEZ GUERRA, L. (1994) ..., p. 29. Asimismo, se ha señalado que el Estado ha sido titular de la soberanía externa desde la Paz de Westfalia del año 1648. Hay dos tipos de soberanía: soberanía interna y soberanía externa, dependiendo de si es ejercida dentro de las fronteras de un Estado, tanto para nacionales como extranjeros, o para la relación con otro poder o Estado. En tal sentido, consultar en ROJAS BERNAL, J. M.; *et tal.*, p. 455.

40 CAPITANT, H. (1977). *Vocabulario jurídico*, trad. Aquiles Horacio Guaglianone, Buenos Aires: Depalma, p. 520.

El profesor Bodin es quien por primera vez utiliza la palabra y es el máximo representante de la “soberanía”⁴¹, a la que define como un “poder absoluto y perpetuo de la república” y estructurándola con tres características fundamentales: absoluta, perpetua e indivisible.

Estas tres características se concretan como absoluta, debido a que no está sujeta a imposiciones, aunque está limitada por las leyes de Dios y las leyes naturales, como tampoco es delegable ni alienable; es decir, que no está sujeta a otra condición más que obedecer lo que las leyes de Dios y las leyes naturales mandan; como perpetua, en el sentido de que no tiene limitación temporal por el poder, por la responsabilidad y por el tiempo, aunque quienes la ejerzan en su nombre sí tienen límites temporales, espaciales y de responsabilidades, es decir que la perpetuidad ha de extenderse por la vida de quien tenga y ostente el poder; y como indivisible, toda vez que no se puede compartir, debido a que uno ejerce el poder y otro es un súbdito y depositario de este⁴².

A partir de lo anterior se puede afirmar que la República Dominicana es un Estado soberano, libre e independiente, por oposición a las naciones y territorios colonizados y ocupados, en el que se garantiza, en la medida de sus posibilidades, la libertad, la justicia, la igualdad, la cultura, la educación, la costumbre, el folclore y el bienestar social y económico de sus habitantes.

La soberanía se ejerce por medio de la democracia participativa o directa o por la democracia representativa o indirecta⁴³. Estos tipos de democracias se diferencian por los componentes espacio, tiempo y los mecanismos de participación.

En la democracia participativa o directa el propio pueblo toma directamente las decisiones políticas fundamentales del Estado por medio de los mecanismos aprobados y las instituciones para esos fines; en tanto que, en

41 El mismo Bodin sostiene la paternidad del concepto “soberanía” cuando señala que “ningún jurista ni filósofo político la ha definido todavía”. Consultar en BODIN, J. (1997)..., p. 47. Hobbes suprimió en la soberanía la dependencia de la ley natural que Bodin había establecido, señalando que el soberano es la única forma de poder. Consultar en HOBBS, T. (1980). *Leviatán*, trad. Antonio Escobedo, 2.ª edición, Madrid: Nacional. Por su lado, Rousseau tomó la idea de soberanía de Bodin, pero, distinto a este y a Hobbes, establece que el soberano es la colectividad o pueblo, lo que constituye la denominada *soberanía popular*, toda vez que cada ciudadano es soberano y súbdito al mismo tiempo, al contribuir a instituir la autoridad y a formar parte de ella. Consultar en ROUSSEAU, J. J. (1994). *El Contrato social o principios de derecho político*, 2.ª edición, Bogotá: Panamericana.

42 BODIN, J. (1997)..., pp. 47-50. En igual sentido: JORGE PRATS, E. (2005)..., p. 118.

43 La democracia representativa es la más aceptada y utilizada por los Estados modernos; sin embargo, ha sido muy cuestionada por líderes políticos. En tal sentido, consultar PEÑA GOMEZ, J. F. (2002). *Fracaso de la democracia representativa a la luz del derecho constitucional*, Santo Domingo: Manatí.

la democracia representativa o indirecta, el pueblo, quien ostenta el poder político, elige o designa a sus representantes por medio de elecciones, organismos y mecanismos legales para que actúe en su representación en la toma de decisiones y políticas fundamentales⁴⁴.

La democracia participativa se expresa por medio de referendos, iniciativas populares, consultas populares y plebiscitos, en los cuales se consulta directamente al pueblo sobre qué es lo que quiere sobre determinados asuntos y políticas y derechos fundamentales, por lo que la toma de decisiones se hace según lo aprueba el pueblo en cada momento.

El referendo aprobatorio obliga a que la reforma constitucional que verse sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda y sobre los procedimientos de reforma instituidos en la Constitución, requiera de la ratificación de la mayoría de las personas con derecho electoral.

Para los asuntos municipales se establece el derecho de petición, el referendo municipal, el plebiscito municipal y el presupuesto participativo, dándole el control social a la ciudadanía sobre los asuntos de la administración municipal y local.

Por otra parte, la democracia representativa se expresa por medio de la elección libre, en la que toda persona puede aspirar y llegar a ocupar cualquier función pública, siempre y cuando cumpla con las condiciones, aptitudes y requisitos para ello.

En este tipo de democracia existe un mandato libre y sin influencia en la toma de decisiones, aunque sí se toman en cuenta para los debates, en mayor o menor medida, las opiniones y recomendaciones del pueblo, como también quien ejerza la función estará limitado legal y temporalmente por las políticas fundamentales del Estado, tal como pudiera ocurrir con pretender cambiar la forma de gobierno o la ideología política del país y de sus ciudadanos, o cuando la persona elegida o designada pretenda continuar en el poder por un período distinto al aprobado en su momento.

44 Para ampliar la información sobre la democracia, fundamentos, características y tipos de democracias, consultar en MACPHERSON, C. B. (2009). *La democracia liberal y su época*, trad. Fernando Santos Fontenla, 1.ª edición, 1.ª reimpresión en el área de las ciencias sociales, Madrid: Alianza; y, SARTORI, G. (2009). *La democracia en 30 lecciones*, trad. Alejandro Pradera, Madrid: Taurus.

A pesar de las distinciones entre democracias, la representativa es considerada como la forma usual en los Estados modernos, aunque el pueblo no ejerce directamente el poder, sino que lo hace por medio de personas y órganos, de una manera periódica. Asimismo, la democracia participativa se integra perfectamente con la democracia representativa al mejorar sus condiciones cívicas, y es sostenida por las personas que desconfían de los mecanismos de participación en la representación; es decir, en las elecciones y en el sistema de partidos políticos⁴⁵.

El Tribunal Constitucional se ha referido a la soberanía popular y la democracia representativa al sostener lo siguiente:

Puede afirmarse que la disposición atacada viola el principio de soberanía popular, como alegan los accionantes, si se conviene en que este asegura que el poder para decidir los asuntos públicos dimana del pueblo y que este poder puede ser ejercido de forma directa por el propio pueblo o por medio de sus representantes, bajo los términos que prescriben la Constitución y las leyes. Este principio, tal como está consagrado en el artículo 2 de la Constitución, ha sido limitado irrazonablemente por el párrafo del artículo 2 de la Ley núm. 157-13, debido a que coarta el poder del pueblo a elegir de manera directa a los candidatos a senador y diputados de su preferencia, impidiéndole escoger separadamente entre uno y otros. Al proceder así, es de rigor concluir que esta disposición trasgrede la soberanía popular y, por tanto, el legislador ha excedido, en este caso, los límites de su potestad legislativa⁴⁶.

45 Institucionalidad democrática y cultura electoral en los procesos electorales de las organizaciones sociales. La asistencia técnica de la ONPE, 2008-2009 (coord. Sandra Morales), Serie núm. 21, Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), 2010, p. 28.

46 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0375/19, del 19 de septiembre del 2019. Expedientes núm. TC-01-2014-0030, TC-01-2016-0034, TC-01-2017-0022 y TC-01-2018-0039, relativos a las acciones directas de inconstitucionalidad incoadas por Ángel Lockward, César Nicolás Melo Matos, Partido Fuerza Nacional Progresista (FNP) y Vinicio A. Castillo Semán y los señores Josefina Guerrero, Andrés Nicolás Contreras, Yeralda Nicolasa Contreras, Rosanna Natalie Contreras Guerrero, Juan Isidro Montás Francisco y Rudy Bonaparte, todos contra los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley núm. 157-13, del 27 de noviembre de 2013, que establece el voto preferencial para la elección de diputados y diputadas al Congreso Nacional, regidores y regidoras de los municipios y vocales de los distritos municipales, y de los ordinales segundo y cuarto del dispositivo de la Resolución núm. 11-2015, dictada el 2 de octubre de 2015 por la Junta Central Electoral, sobre la aplicación del método D'Hondt para la asignación de escaños en los niveles congresual y municipal en las elecciones del 15 de mayo de 2016, pp. 73-74.

En esta decisión sobre el control de constitucionalidad de la ley de referencia el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el legislador ha violado el principio de soberanía popular, regulado por el artículo 2 de la Constitución, con el denominado voto de arrastre, en el sentido de que el poder para decidir los asuntos públicos proviene del pueblo y este poder puede ser ejercido de forma directa por el propio pueblo o por medio de sus representantes, por lo que ese poder ha sido limitado irrazonablemente por el legislador al coartar el poder del pueblo a elegir de manera directa a los candidatos a senador y diputados de su preferencia.

Artículo 3. Inviolabilidad de la soberanía y principio de no intervención. La soberanía de la Nación dominicana, Estado libre e independiente de todo poder extranjero, es inviolable. Ninguno de los poderes públicos organizados por la presente Constitución puede realizar o permitir la realización de actos que constituyan una intervención directa o indirecta en los asuntos internos o externos de la República Dominicana o una injerencia que atente contra la personalidad e integridad del Estado y de los atributos que se le reconocen y consagran en esta Constitución. El principio de la no intervención constituye una norma invariable de la política internacional dominicana.

Comentario

El Estado es un sujeto del derecho internacional, por lo que se debe respaldar su independencia, voluntad, libre determinación, apertura a la cooperación internacional, compromiso y representación ante la comunidad internacional para formar parte de los organismos internacionales y de los procesos de celebración, firmas y adopción de declaraciones, convenios, pactos y tratados⁴⁷.

47 El profesor Castro Díaz concibe el Estado sin soberanía cuando señala que “no todos los Estados reúnen la totalidad de los elementos descritos (población, territorio, cultura, gobierno y soberanía)... hay sujetos que carecen de ciertos elementos y ellos se les define como sujetos en condiciones especiales”; además, cuando sostiene que “si el Estado carece de soberanía no es un sujeto de derecho internacional, porque la misma es inherente a la existencia del Estado en la comunidad internacional”; sin embargo, se puede afirmar que no existe Estado sin soberanía, toda vez que es uno de los elementos esenciales, característico, elemental y fundacional de su constitución, como organización política y persona moral, lo que implica que no se necesita fundamentar la soberanía estatal en la comunidad internacional cuando se trata de un Estado. Consultar en CASTRO DÍAZ, F. A. (2018)..., pp. 136 y 141.

La soberanía confiere derechos y obligaciones a los Estados, sin perjuicio del régimen de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos y de la normatividad del principio de supremacía constitucional, lo que implica que los Estados pueden aceptar libremente, sin imposiciones extranjeras y en igualdad de condiciones con la comunidad internacional, compromisos para la convivencia pacífica, el fortalecimiento de las democracias y de la paz internacional, las relaciones de cooperación y las ayudas mutuas.

Cuando se señala que existe el principio de inviolabilidad de la soberanía, en modo alguno se refiere a que en el momento actual la soberanía estatal es absoluta, sino limitada, en el entendido de que se debe compartir con la comunidad y la sociedad internacional, especialmente en los asuntos económicos, de seguridad, de defensa de cooperación internacional y por los delitos transnacionales⁴⁸.

Los Estados aceptan las jurisdicciones y competencias de tribunales internacionales o de organismos internacionales para resolver los conflictos estatales, dirimir los diferendos comerciales, para mantener la cooperación internacional y para alimentar la paz internacional entre los sujetos del derecho internacional, sin que en modo alguno esto signifique que se les haya violado su soberanía, que hayan perdido su independencia y que exista una intervención en los asuntos internos y nacionales. Tales son los casos de la aceptación de la Corte Penal Internacional, la Organización Mundial del Comercio, la Corte Internacional de Justicia, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros.

El principio de inviolabilidad de la soberanía se enmarca en los postulados sostenidos por el profesor Bodin en el entendido de que la soberanía es absoluta debido a que no está sujeta a imposiciones y no es delegable ni alienable; es perpetua, en el sentido de que no tiene limitación temporal por el poder, por la responsabilidad y por el tiempo, aunque quienes la ejerzan en su nombre sí tienen límites temporales, espaciales y de responsabilidades; es decir, que la perpetuidad se ha de entender por la vida de quien tiene y ostente el poder; y es indivisible, toda vez que no se puede compartir, debido a que uno ejerce el poder y otro es un súbdito y depositario del mismo⁴⁹.

48 CASTRO DÍAZ, F. A. (2018)..., p. 132.

49 BODIN, J. (1997)..., pp. 47-50. En igual sentido: JORGE PRATS, E. (2005)..., p. 118.

Puede ocurrir que los Estados pretendan desconocer las competencias y jurisdicciones de los organismos internacionales, previamente aceptadas, lo que traerá como consecuencia la responsabilidad internacional.

Esta responsabilidad internacional significa que un sujeto del derecho internacional ha violado una norma o principio del derecho internacional, cometiendo algún acto ilícito, sujeto a las siguientes condiciones: 1) que se haya violado alguna obligación jurídica internacional mediante acción u omisión; 2) que exista un hecho ilícito constitutivo de acción u omisión internacional imputable al sujeto de derecho internacional; y 3) que se haya producido un daño o perjuicio no necesariamente del orden económico o material, sino que puede ser un daño o perjuicio inmaterial⁵⁰.

Asimismo, cuando se trata de la utilidad del principio de no intervención no se refiere a que los Estados puedan aceptar las jurisdicciones y competencias de tribunales internacionales o de organismos internacionales para resolver los conflictos estatales, aclarar los diferendos comerciales, mantener la cooperación internacional y alimentar la paz internacional entre los sujetos del derecho internacional.

En el siglo XXI resulta absurdo concebir que el Estado pueda existir normalmente sin ser miembro de la comunidad internacional, que no esté abierto a la cooperación internacional y que no propugne por la integración de las naciones y la solidaridad económica internacional, fundamentándose en que se le estaría violando su soberanía e independencia nacional⁵¹.

El Tribunal Constitucional se ha referido a la cooperación internacional del Estado y al cumplimiento de los convenios, pactos, tratados y principios del derecho internacional sin que en modo alguno signifique que no sea soberano e independiente:

En virtud de los principios del derecho internacional, el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los tratados internacionales

50 ARIAS, L. (1985). *Derecho internacional público*, 2.^a edición, Santo Domingo: Universitaria-UASD, pp. 656-657.

51 La República Dominicana forma parte, formal y materialmente, de la comunidad internacional; está abierta a la cooperación internacional y propugna por la integración de las naciones y la solidaridad económica, tal como se advierte de su pertenencia a diversos organismos internacionales y regionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización de Estados Americanos (OEA), Parlamento Centroamericano (PARLACEN), Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), entre otros, así como también de los diversos convenios, pactos y tratados ratificados por el Estado, los cuales son extraídos de las disposiciones normativas de la Constitución, en sus artículos 9, 11, 25, 26, 74.1 y 3, 80.6 y 7, 185.2 y 93.L.

debe llevarse a cabo de buena fe (*pacta sunt servanda*), es decir, sin que se puedan invocar normas del derecho interno para incumplir con la responsabilidad internacional asumida en la convención⁵².

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional se ha referido al principio de soberanía y principio de no intervención:

El Tribunal considera oportuna la ocasión para recordar que, conforme al artículo 3 de la Constitución dominicana, la soberanía de la Nación, como Estado libre e independiente de todo poder extranjero, es inviolable, por lo que ninguno de los poderes públicos puede realizar o permitir la realización de actos que constituyan una intervención directa o indirecta en los asuntos internos o externos de la República Dominicana o una injerencia que atente contra la personalidad e integridad del Estado y de los atributos que se le reconocen y consagran, constituyendo así el principio de no intervención una norma invariable de la política internacional dominicana⁵³.

En esta decisión el tribunal establece que el principio de soberanía y el principio de no intervención permiten que la soberanía de la nación, como Estado⁵⁴ libre e independiente de todo poder extranjero, es inviolable, lo que impide que los poderes y los funcionarios públicos puedan llevar a cabo o permitir actos que impliquen una intervención directa o indirecta en los asuntos de la República Dominicana.

Para el Tribunal Constitucional estos también frenan una posible injerencia en contra de la personalidad e integridad del Estado y de sus atributos, por lo que el principio de no intervención se organiza como una norma invariable de la política internacional dominicana.

52 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0612/19, de fecha 26 de diciembre del 2019. Expediente núm. TC-02-2019-0005, relativo al control preventivo de constitucionalidad de la “Convención sobre la Protección Cultural Subacuático”, intervenido entre el Gobierno de la Republica Dominicana y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), suscrita en París el 2 de noviembre de 2001, p. 40.

53 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0315/15, del 25 de septiembre del 2015. Expediente núm. TC-02-2015-0003, relativo al control preventivo de constitucionalidad del “Acuerdo sobre Estatus del Personal de los Estados Unidos en la República Dominicana”, intervenido entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de los Estados Unidos de América, de fecha 20 de enero de 2015, p. 24.

54 Puede advertirse que el Tribunal Constitucional confunde los conceptos de nación y Estado, conforme a las definiciones de nación y Estado dadas en este ensayo. Consultar las definiciones y nociones dadas en el artículo 1 de este ensayo.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 4

POR NASSÍN EDUARDO OVALLE ESTÉVEZ

Artículo 4.- Gobierno de la nación y separación de poderes. El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes.

Comentario

El objeto del gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen¹.

La separación de poderes tiene por finalidad materializar los fines políticos proclamados por el constituyente, garantía del funcionamiento institucional del Estado dentro del marco jurídico regulatorio de sus competencias.

Introducción

El trabajo que a continuación desarrollaré tiene la finalidad de estudiar la forma de Gobierno de la nación y la separación de funciones conforme al contenido del artículo 4 de la Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015².

En el desarrollo serán tratados los aspectos que considero más relevantes en cuanto a la definición jurídica de los conceptos “nación”, “gobierno” y

1 Constitución de Cádiz, del 19 de marzo del 1812.

2 Mantiene invariable, en esencia, el contenido de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.

“Estado”; además, serán abordados los tipos de gobiernos, orígenes del Estado, y las diferencias entre Estado, país, y nación. También, será desarrollada una breve historia del origen del Estado dominicano.

De igual manera, el trabajo se enfocará en los elementos más destacables relativos a la separación de poderes y sus orígenes, separación y colaboración de poderes, controles y contrapesos³, autonomía presupuestaria, indelegabilidad de funciones, la potestad reglamentaria e iniciativa legislativa de cada uno de los poderes del Estado, así como las posibles patologías propias de la separación de poderes.

Por último, pero no por ello menos importante, se debe hacer la advertencia al lector —necesaria a nuestro entender— de que la Constitución de la República es un todo, y su apropiada interpretación no puede resultar del estudio aislado de ninguno de sus artículos —en la especie, el número 4—.

1. Del gobierno de la nación. Definición de “Estado” y “gobierno”.

Breve historia

El artículo 4 de la Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015), expresa lo siguiente:

Artículo 4. Gobierno de la Nación y separación de poderes. El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes.

Para lograr una mejor comprensión de su contenido estimo necesario tratar de desentrañar el significado de los conceptos “Estado”, “gobierno”, “nación” y “país”, y a partir de ello precisar el sentido material del tipo de gobierno existente en la República Dominicana.

3 *Checks and balances* en el modelo norteamericano.

1.1. Definición de Estado. Orígenes. Tipos de Estados. Diferencias entre “Estado”, “país” y “nación”

Para Vladimiro Naranjo Mesa, el Estado es un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, cuya soberanía es reconocida por otros estados⁴.

Además, conforme a la definición asignada por la Real Academia Española, el Estado es una forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio⁵.

Por otro lado, también es definido como una forma de organización sociopolítica. Se trata de una entidad con poder soberano para gobernar y desempeñar funciones políticas, sociales y económicas dentro de una zona geográfica delimitada⁶. Los elementos que constituyen el Estado son población, territorio y gobierno.

Estamos de acuerdo con las definiciones anteriores, aunque destacando que la concebida por el jurista Vladimiro Naranjo Mesa nos parece más completa y, en consecuencia, más ajustada a la razón de ser de un Estado cualquiera.

Importante también es tener presente —para evitar confusiones— que no es lo mismo Estado que país y nación. País es el territorio controlado por un Estado, mientras que “nación” es un conjunto de personas con algún rasgo en común, sin que necesariamente sean de la misma ciudadanía (por ejemplo, “la nación judía”⁷).

1.1.1. Orígenes del Estado

Muchos autores han escrito sobre las razones y condiciones que dieron surgimiento al Estado como instrumento político y que ha evolucionado hasta ser un ente político, jurídico, económico y social. Entre esos autores

4 NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 13.^a ed.: Bogotá, Editorial Temis, 2018.

5 En línea: <https://dle.rae.es/estado>. 07-07-2021. 04:58 p. m.

6 En línea: <https://www.significados.com/estado/>. 07/07/2021.05:06 p. m.

7 En línea: <https://es.quora.com/Cu%C3%A1l-es-la-diferencia-entre-una-naci%C3%B3n-un-estado-y-un-pa%C3%ADs> (08-07-2021, a las 10:32 p. m.).

podemos citar a Karl Marx⁸ (Carlos Marx), Hans Kelsen⁹ y Maximilian Karl Emil Weber¹⁰. Existen teorías sobre cuestiones de carácter económico, otras de índole sociológico, por la división social del trabajo, y también las hay que se aferran a la política, en el sentido de la existencia de una autoridad en toda actividad humana.

El término “Estado” suele emplearse para referirse a un fenómeno político que surgió en Europa a partir del hundimiento del feudalismo con las características fundamentales de territorialidad, centralización, soberanía, diferenciación e institucionalización¹¹.

Conforme al anterior orden de ideas, es claro que no existe una explicación exacta y única que pueda demostrar de forma concreta cuándo, dónde y por qué surgió el Estado. Por esto que somos de la opinión de que el origen del Estado viene determinado de forma evolutiva a consecuencia de necesidades diversas que van desde lo económico a lo social, ideológico-cultural, político y hasta simplemente de practicismo material, sin que haya sido el producto de un acto único de creación. Lo que sí es posible afirmar es que, a partir de la Revolución francesa y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el concepto de Estado ha sido mucho más tangible y definido.

1.1.2. Origen del Estado dominicano

Resulta casi imposible hablar del Estado dominicano sin antes exponer una breve historia de este, las diferentes modificaciones constitucionales que han sucedido y, finalmente, cómo está estructurada su fisonomía orgánica.

El Estado dominicano proclamó su independencia el 27 de febrero del año 1844, con la ejecución del llamado trabucazo en manos de un grupo de miembros de La Trinitaria (movimiento político ideado por Juan Pablo Duarte y creado el 16 de julio de 1838 con la intención primordial de lograr

8 Tréveris, Prusia occidental, 1818 - Londres, 1883. Filósofo socialista, activista revolucionario y escritor.

9 Praga, 1881 - Berkeley, California, 1973. Pensador jurídico, escritor y político austriaco por muchos considerado el padre de los tribunales constitucionales.

10 Erfurt, Prusia, 1864 - Múnich, Baviera, 1920. Filósofo, economista, jurista, historiador, politólogo y sociólogo.

11 GORDILLO PÉREZ, Luis. “¿Por qué surge el estado?”. Revista *Pensamiento*, vol. 72 (2016), núm. 272, pp. 563-591.

la independencia de la parte este de la isla de Santo Domingo¹²) encabezados por Matías Ramón Mella¹³, hoy uno de los padres de la patria.

La declaración de independencia de la República Dominicana puso fin a la ocupación haitiana que se prolongó desde el año 1822 al 1844, pero no significó la liberación inmediata, sino que provocó el nacimiento de una guerra entre ambos Estados durante la cual se produjeron varias batallas, siendo las más importantes la del 19 de marzo (en Azua) y 30 de marzo (en Santiago).

A los pocos años de proclamada la República Dominicana se iniciaron conflictos entre los propios dominicanos por el control del poder, de manera particular entre Pedro Santana y Buenaventura Báez, los cuales se alternaron la presidencia del país; sin embargo, este aspecto de la historia no será ampliamente desarrollado por no ser el objeto del estudio. No obstante, es inevitable decir que en el año 1861 el entonces presidente Pedro Santana formalizó lo que fue conocido como la anexión a España, por lo que el país perdió su soberanía, la cual sería recuperada el 16 de agosto del año 1863 en la denominada guerra de la Restauración.

Durante los años 1916 al 1924 la República Dominicana vio limitada su vida jurídica como Estado, ya que fue objeto de una intervención militar por los Estados Unidos de Norteamérica; igual situación vivió en el año 1965, aunque por menos tiempo.

Desde el año 1966 hasta la fecha (2021), la vida como Estado se ha desarrollado con relativa normalidad jurídico-política.

1.2. Tipos o formas de Estado

Existen diversos criterios para describir los diferentes tipos o formas de Estado, a saber:

- 1) Por sistema de gobierno: democrático, dictatorial, monárquico;
- 2) Por su estructuración político-jurídica: unitario o federal.

12 <http://www.diariolibre.com/noticias/sociedad-la-trinitaria-el-ms-importante-movimiento-NRDL87870>.

13 Matías Ramón Mella nació en Santo Domingo el 25 de febrero de 1816 y murió en Santiago el 4 de junio de 1864, fue militar, político y activista dominicano, hijo de Antonio Mella Álvarez y Francisca Castillo (en línea: <http://www.educando.edu.do/articulos/estudiante/matias-ramon-mella/>).

En este escrito solo nos interesa la tipología basada en la estructuración político-jurídica; en tal virtud, solo definiremos estos tipos de Estado.

El Estado unitario es aquel que se compone exclusivamente de normas centrales válidas para todo su territorio, mientras que el Estado federal está constituido por esta clase de normas (para todo el territorio) y, además, por normas locales que solo valen para determinadas circunscripciones de ese mismo territorio. En este segundo tipo de Estados a la primera clase de normas se las llama leyes federales, en tanto que a las segundas se las designa como leyes locales¹⁴.

En atención a lo anterior, podemos afirmar que la República Dominicana es un Estado unitario, mientras que Estados Unidos es un típico ejemplo de Estado federal.

Luego de realizadas las precisiones anteriores, resulta apropiado penetrar en el análisis del concepto “Gobierno” y su tipología, para después de ello, avocarnos al estudio de las características del Gobierno de la nación en la República Dominicana.

1.3. Concepto de Gobierno

En una aproximación al concepto de Gobierno diré que, en sentido amplio, el Gobierno es el conjunto de órganos depositarios del poder público, cuyos titulares ejercen, en consecuencia, las funciones públicas respectivas; en sentido restringido, el Gobierno es el órgano o conjunto de órganos depositarios del Poder Ejecutivo. A juicio de Jorge Fernández Ruiz:

En su acepción amplia, el gobierno equivale a todo el aparato gubernamental; es decir, al conjunto de órganos y organismos depositarios de las funciones del poder del Estado y a la actuación de todos ellos. Mas en sentido restringido, se habla de gobierno para aludir sólo a la ejecución de lo legislado o juzgado, o sea, a la actuación del órgano ejecutivo del aparato gubernamental conocido como Poder Ejecutivo¹⁵.

14 BALLADO BERRÓN, Fausto. *Formas de Estado*: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. 08-07-2021. 08:50 p. m.

15 FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Tratado de derecho electoral*: México, UNAM/Porrúa, 2010, p. 84 (citado por María Guadalupe Fernández Ruiz, en el “Marco jurídico estructural de la administración pública federal mexicana”. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4519/14.pdf> (24-07-2021, a las 05:26 p. m.).

Del contenido del artículo 4 de la Constitución dominicana se puede establecer una aproximación a la definición de Gobierno de la siguiente manera:

Conjunto de órganos constitucionales, con atribuciones propias e indelegables, que disponen de autonomía, para diseñar y ejecutar las políticas estatales que permitan administrar las relaciones del Estado con las personas, dentro de un marco jurídico previamente establecido.

1.3.1. Características del Gobierno de la República Dominicana

Antes de establecer cuáles son las características del Gobierno de la República Dominicana lo primero que debemos saber es qué se entiende por “característica”. Esta palabra se define como ‘cualidad o circunstancia que es propia o peculiar de una persona o una cosa y por la cual se define o se distingue de otras de su misma especie’¹⁶.

Una vez hecha la aclaración anterior, pasamos, pues, a describir y analizar las características del Gobierno de la República Dominicana como órgano constitucional:

- a) civil;
- b) republicano;
- c) democrático;
- d) representativo¹⁷.

La naturaleza civil del Gobierno significa que siempre deberá estar formado por personas ajenas al servicio militar activo; es decir, ningún poder militar o miliciano podrá ejercer las funciones de gobernanza dentro de los poderes del Estado, con las excepciones que la misma Constitución de la República le asigna a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el contenido de los artículos 252 al 261, inclusive, en cuanto a la defensa de la in-

¹⁶ En línea: <https://www.rae.es/desen/caracter%C3%ADstica> (24-07-2021, a las 06:12 p. m.).

¹⁷ Estas características son pétreas, es decir, invariables, conforme a las disposiciones del artículo 268 de la propia Constitución, que expresa lo siguiente: Forma de gobierno. Ninguna modificación a la Constitución podrá versar sobre la forma de gobierno que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.

dependencia, soberanía nacional, la integridad de sus espacios geográficos, la Constitución y las instituciones de la República y, además, cuando lo disponga el presidente de la República en programas destinados a promover el desarrollo social y económico del país, mitigar situaciones de desastres y calamidad pública, así como concurrir en auxilio de la Policía Nacional para mantener o restablecer el orden público en casos excepcionales¹⁸.

La condición de “republicana” de la forma de Gobierno de la República Dominicana simboliza que, de forma expresa, se excluye la posibilidad de un gobierno monárquico o eclesiástico, tal y como plantea el destacado jurista Eduardo Jorge Prats en su comentario al mismo artículo 4 de la Constitución de la República Dominicana¹⁹. Además, al ser republicano, se basa en la división de los poderes, por lo que cada uno de ellos tiene atribuciones propias, y se destaca —en el caso dominicano— el presidencialismo²⁰ como figura dominante de la administración estatal.

Asimismo, la forma republicana viene determinada por la elección y por períodos específicos, contrario a las monarquías, en las que el poder es hereditario. También es apropiado destacar que en la forma republicana la elección puede ser por voto directo de los ciudadanos a la figura del presidente o por voto indirecto. En el caso del voto indirecto los ciudadanos eligen los parlamentarios, los cuales, a su vez, por mayoría previamente establecida, eligen al presidente o jefe de Gobierno.

Por su lado, el carácter democrático encarna la necesaria participación de las mayorías en la elección de los representantes cuya designación se hace de manera directa. Esa característica se materializa mediante la celebración de elecciones libres, periódicas y oficiales organizadas por la Junta Central Electoral siguiendo los mandatos de la Constitución de la República, las leyes —electoral y de partidos políticos—, así como las disposiciones reglamentarias establecidas al efecto.

Es importante destacar que esa participación está condicionada al cumplimiento de las disposiciones de los artículos 21 al 24, inclusive, de la Constitución de la República, los cuales, entre otras cosas, disponen que

18 Siempre bajo la dirección del Poder Civil.

19 *Constitución comentada 2015*, 4.ª ed.: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), 2015.

20 Figura del presidente de la República como representante del Estado ante otros Estados, organismos internacionales y dentro del mismo territorio dominicano, a falta de designación expresa de otro representante, como ocurre con determinadas instituciones que poseen personería jurídica propia.

la ciudadanía se adquiere al cumplir 18 años de edad o por matrimonio, y la condición de que estos derechos no se hayan perdido por condena irrevocable en los casos de traición, espionaje o conspiración, así como por tomar las armas y por prestar ayuda o participar en atentados o daños deliberados contra los intereses de la República, ni hayan sido suspendidos por condena irrevocable a pena criminal, hasta el término de la misma, interdicción judicial legalmente pronunciada, mientras esta dure, aceptación en territorio dominicano de cargos o funciones públicas de un Gobierno o Estado extranjero sin previa autorización del Poder Ejecutivo, o violación a las condiciones en que la naturalización fue otorgada.

Resulta útil señalar que el ejercicio de esa mayoría —dentro de un Estado social y democrático de derecho— debe estar sujeto al respeto de los derechos de las minorías, es decir, que no se debe incurrir en el abuso de las mayorías.

La característica de representativo de la forma de Gobierno de la República Dominicana determina que la función pública —como parte de la forma de Gobierno— es realizada en nombre del Estado y en representación de las personas que eligen a sus representantes. Estos representantes, antes de su elección, están llamados a proponer sus ideas, visión política y línea de pensamiento en sentido amplio, para atraer el voto de los electores y futuros representados, y una vez elegidos tienen el deber moral de ser fieles a esas propuestas, lo cual no siempre ocurre y para su “suerte” en nuestro ordenamiento jurídico no existe la figura del referendo revocatorio —incluso está prohibido de forma expresa por el artículo 210 de la Constitución—.

Esa condición de la forma de Gobierno (representativo) no es aséptica, es decir, no está libre de aspectos negativos, pero resulta necesaria porque no hay posibilidad material que cada persona —ni siquiera cada ciudadano²¹— pueda tener participación directa en todos los temas de interés nacional y en el diseño e implementación de las políticas públicas. No obstante, es oportuno precisar que para dar mayor participación a la ciudadanía existen las figuras del referendo —aún pendiente de aprobación de la ley que habrá de regular su ejercicio, por manato expreso del artículo 210 de la Constitución de la República—, las consultas públicas —previo a la aprobación de normas

21 Persona es todo ser nacido vivo y viable, mientras que ciudadano es aquel que cumple con los requisitos constitucionales, siendo el principal la mayoría de edad, 18 años en el caso dominicano.

administrativas, conforme a los artículos 30 y 31 de la Ley núm. 107-13 que regula los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración pública— y también las vistas públicas, previo a la aprobación de determinados proyectos de ley en el Congreso Nacional.

1.4. La separación de los poderes públicos (división del Estado dominicano)

Antes de desarrollar de manera puntual la separación de poderes en la República Dominicana, resulta pertinente señalar que la referida separación tiene su origen de manera formal en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en Francia en el año 1789, la cual en su artículo 16 expresa lo siguiente:

Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución²².

Esa declaración tuvo un gran impacto en las sociedades occidentales, y hoy día lo sigue teniendo, pues ha sido un pilar para luchas políticas —y armadas— en busca de establecer controles al poder estatal o “ejercido arbitrariamente desde y en nombre el Estado”.

La separación de poderes surge como una necesidad de establecer un sistema de frenos y contrapesos al poder. Por ejemplo, Karl Loewenstein señala lo siguiente:

... allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo [...] cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y arbitrario despotismo...²³.

22 En línea: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (26-07-2021, a las 09:12 p. m.).

23 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*: Barcelona, Editorial Ariel, 1986, p. 28. Citado por Eric Cícero Landívar Mosiño, en línea: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100003.

En palabras del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, citando a la Corte Constitucional de Colombia, existen dos modelos básicos de separación de poderes, a saber:

- a) El primero de ellos es un modelo estático que se enfoca primordialmente en la necesidad de limitar el ejercicio del poder en el diseño de los órganos, entidades e instituciones públicas. Concibe la separación de poderes como un sistema que garantiza que el ejercicio del poder pueda limitarse en la medida en que los diversos órganos del poder público tengan funciones diferentes, y que estas se encuentren perfectamente bien definidas en la Constitución y la ley. De tal modo, al definir de manera precisa las funciones del poder público en la Constitución y la ley, y al mantenerlas en cabeza de órganos diferentes, se estaría controlando el poder del Estado. La separación de dicho poder en órganos o entidades diferentes, y su precisa definición en normas jurídicas sería entonces la manera de garantizar que el Estado va a respetar los derechos de los ciudadanos;
- b) El segundo modelo, conocido como el sistema de “balances y contrapesos” o “frenos y contrapesos”, se enfoca en el aspecto dinámico del ejercicio del poder político. Reconoce que para poder garantizar la libertad de los ciudadanos es necesario controlar el ejercicio del poder del Estado, pero que esta función requiere de herramientas que permitan que los órganos del poder público se controlen mutuamente. Reconoce además que para garantizar que exista una medida suficiente de igualdad entre los ciudadanos es fundamental diseñar herramientas de cooperación entre las entidades públicas que permitan fortalecer el poder del Estado, y encauzarlo para el logro de sus objetivos. En esa medida este modelo acepta que tiene que existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales²⁴.

24 Sentencia TC/0286/21, de fecha 14-9-2021.

Los dos modelos coexisten en el sistema constitucional dominicano, que ha establecido, por un lado, la concepción formal de separación de poderes al dividir la administración del Estado en tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), atribuyéndole a cada uno funciones específicas (artículos 93, 128 y 149) sin desmedro del establecimiento de ciertas facultades que permiten el desarrollo del modelo de frenos y contrapesos entre un poder y otro cuando así lo ha autorizado, expresamente, el constituyente. Tal es el caso, por ejemplo, del control de constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional (artículo 185 [control concentrado]) y a los diversos tribunales del orden judicial (artículo 188 [control difuso]) como manera de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, así como cualquier violación al orden constitucional que provenga de cualquiera de los poderes del Estado²⁵.

Las consecuencias para las actuaciones contrarias a la separación de poderes es la declaración de nulidad “de pleno derecho” —como sanción—, conforme a las disposiciones del artículo 73 de la Constitución de la República²⁶; pero no se debe dejar de lado que materialmente la nulidad de pleno derecho es una quimera o utopía, pues, si un órgano estatal dicta una norma, dicho acto administrativo está revestido de una presunción de validez —aun sea usurpando funciones— y tal afirmación puede comprobarse analizando las decisiones del Tribunal Constitucional que acogen acciones directas de inconstitucionalidad por incompetencia del órgano emisor²⁷. En definitiva, la nulidad, por más evidente que sea, debe ser declarada jurisdiccionalmente por el órgano competente.

1.4.1. Base constitucional de las competencias de cada uno de los poderes del Estado

Como ya hemos expresado —y citado— anteriormente, la actual Constitución, que es el instrumento de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico dominicano, consagra en su artículo 4 la división de los órganos de Gobierno

25 *Ibidem*.

26 Artículo 73. Nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional. Son nulos de pleno derecho los actos emanados de autoridad usurpada, las acciones o decisiones de los poderes públicos, instituciones o personas que alteren o subviertan el orden constitucional y toda decisión acordada por requisición de fuerza armada.

27 Ver sentencias TC/0110/13, TC/0446/18, TC/0205/20, TC/0268/20, TC/0286/21, entre otras.

al establecer que este se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes²⁸.

Es menester destacar que cada uno de esos poderes tiene funciones específicas establecidas por la misma Constitución y desarrolladas, además, por las leyes y reglamentos, como más adelante detallaremos, pero antes resulta necesario enunciar los artículos de la Constitución de la República que regulan de manera puntual dichos poderes.

De lo anterior tenemos que las regulaciones propias del Poder Legislativo están contenidas en los artículos 76 al 95, inclusive, de la Constitución, los cuales disponen todo lo relativo a la forma de elección y sustitución tanto de los miembros del Senado de la República como de los de la Cámara de Diputados, así como las atribuciones de cada órgano, y, por último, pero no por ello menos importante, las atribuciones comunes para ambas instituciones. Sobre esos aspectos no abundaremos, ya que serán objeto de estudio más adelante.

Es importante destacar que el Congreso Nacional ejerce el poder legislativo en nombre del pueblo. Este está conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados²⁹, aunque más adelante en los artículos 89, 90 y 91 de la misma Constitución el constituyente habla de las “cámaras”, incluyendo al Senado de la República.

Por su parte, las regulaciones propias del Poder Ejecutivo están contenidas en los artículos 122 al 148, inclusive y sus atribuciones básicas en el artículo 128 de la propia Constitución.

El Poder Ejecutivo está dirigido, en nombre del pueblo, por el presente o la presidenta de la República, quien es constitucionalmente jefe del Estado y de gobierno, de conformidad con lo dispuesto por la misma Constitución y las leyes.

Las regulaciones constitucionales inherentes al Poder Judicial están contenidas en los artículos 149 al 168, inclusive, de la Constitución de la República.

28 Constitución de la República, Santo Domingo, República Dominicana, publicación oficial, 2015.

29 Artículo 76 de la Constitución de la República Dominicana.

De conformidad con las disposiciones del artículo 149, la función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. La administración de la justicia debe ser gratuita.

Por mandato constitucional, el Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria. También es oportuno destacar que el Ministerio Público no forma parte del Poder Judicial³⁰.

En lo adelante me enfocaré en los aspectos que considero más importantes relativos a la separación de poderes:

- a) independencia entre poderes; principios básicos y características de esa separación;
- b) autonomía presupuestaria;
- c) responsabilidad e indelegabilidad de atribuciones o competencias;
- d) delegación de la atribución normativa mediante potestad reglamentaria y reserva de ley;
- e) horizontalidad de poderes, colaboración e iniciativa legislativa.

1.4.2. Independencia de los poderes. Principios y características de la separación de poderes

Como se dijo antes, una característica es una cualidad o circunstancia que es propia o peculiar de una persona o una cosa, y por la cual se define o se distingue de otras.

La separación de poderes, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional de la República Dominicana en su sentencia TC/0001/15, del 28 de enero de 2015, está caracterizada por los siguientes elementos:

... Así pues, este Tribunal considera, haciendo acopio de la jurisprudencia constitucional mexicana, que son tres las prohibiciones dirigidas a los poderes públicos y órganos constitucionales, a fin de asegurar el respeto al principio de separación de poderes; a sa-

³⁰ Esta aclaración resulta interesante porque es común escuchar personas que, al analizar actuaciones del Ministerio Público, se refieren este como si fuera parte del Poder Judicial. Tal confusión podría tener origen en que el Ministerio Público es parte importante en procesos penales de acción pública.

ber: la no intromisión, la no dependencia, y la no subordinación de cualquiera de los órganos o poderes con respecto a los otros. “La intromisión es el grado más leve de violación al principio de división de poderes, pues se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe” (Suprema Corte de Justicia de México. Tesis jurisprudencial P/J. 81/2004 de 31 de agosto de 2004)³¹ (subrayado del autor).

Lo anterior, en palabras llanas, significa que un poder del Estado no debe intervenir ni interferir en las atribuciones que constitucional o legalmente le han sido asignadas a otro. Así las cosas, el Poder Legislativo no debe incurrir en las funciones de administrar justicia ni ejecutar funciones propias del Poder Ejecutivo, mientras que el Poder Ejecutivo no debe incurrir en las funciones de administrar justicia ni asumir funciones legislativas, ni muchos menos regular por decreto aquellos asuntos para los cuales el constituyente ha establecido una reserva de ley (regulación de los derechos fundamentales, por ejemplo). De igual forma, el Poder Judicial no debe asumir función legislativa, pues son propias del Poder Legislativo, ni tampoco puede ni debe asumir funciones propias del Poder Ejecutivo.

31 En línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/8101/sentencia-tc-0001-15-c.pdf> (24-07-2021, a las 07:42 p. m.).

Las prohibiciones enunciadas en el párrafo anterior no deben confundirse con la facultad de iniciativa legislativa que poseen tanto el Poder Ejecutivo —en la figura del presidente de la República— como la Suprema Corte de Justicia, en asuntos de organización judicial, como más adelante detallaremos al tratar el subtema relativo a la colaboración de poderes.

1.4.3. Autonomía presupuestaria

Ya expresamos que uno de los principios básicos de la separación de funciones de los poderes del Estado es la independencia, y no puede válidamente existir independencia con ataduras económicas. De forma expresa, y tal vez como una necesidad de lograr la materialización de esa independencia económica, el constituyente estableció en el artículo 149 de la Constitución que el Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria, lo cual parecería una redundancia porque el artículo 4 lo declara “independiente”.

Ahora bien, el problema con la autonomía presupuestaria radica en que hay varias instituciones que intervienen en la preparación, tramitación y aprobación del presupuesto del Estado, y, en la práctica, no se ha respetado apropiadamente esa constitucionalmente proclamada autonomía. Demos una mirada al contenido normativo y luego pasemos revista a lo que ha sucedido históricamente en los hechos, veamos:

- 1) la Constitución de la República consagra la independencia de los poderes del Estado y con ella la autonomía presupuestaria, incluso de forma expresa para el caso del Poder Judicial, en su artículo 149;
- 2) la Ley núm. 46-97, de fecha 18 de febrero de 1997, estableció que una duodécima parte —el todo dividido en doce partes iguales— del presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos³² de cada año debía ser entregada al Poder Legislativo y al Poder Judicial;
- 3) posteriormente, mediante la Ley núm. 194-04, de fecha 28 de abril de 2004, se estableció una modificación a la Ley núm. 46-97, y en

32 Artículo 1. La Oficina Nacional de Presupuesto asignará una partida global a más tardar el día veinte (20) de cada mes, por la suma mensual correspondiente a la duodécima parte del Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos apropiada cada año en favor del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

los artículos 2 y 3³³ se asignó un 3.10 % del presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos al Poder Legislativo y un 4.10 % para el Poder Judicial y el Ministerio Público, y de ese 4.10 % el 65 % corresponde al Poder Judicial;

- 4) la Ley núm. 423-06, del 17 de noviembre de 2006, dispone que la Dirección General de Presupuesto, dependencia del Ministerio de hacienda, es el órgano rector del Sistema de Presupuesto, formula el anteproyecto de presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos, lo remite al ministro de Hacienda para que este lo presente al Consejo Nacional de Desarrollo, el cual, luego de dar su visto bueno, lo remite el Congreso Nacional a través de uno de sus órganos (Senado de la República o Cámara de Diputados) para su discusión y aprobación.

En el esquema anterior, la autonomía presupuestaria debería estar garantizada con el simple cumplimiento de las disposiciones de la Ley núm. 194-04, pues bastaría que, una vez determinado el monto total del proyecto de presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos, el director general de Presupuesto realice una simple operación aritmética para determinar lo que corresponde tanto al Poder Legislativo como al Poder Judicial.

El Poder Judicial, vía el su órgano máximo de administración³⁴, solo debería estructurar su presupuesto atendiendo a los principios constitucionales y los criterios legales dispuestos por la Ley núm. 423-06, pero el monto no debería ser tema de discusión.

33 Artículo 2. El Poder Legislativo, Poder Judicial, Ministerio Público, Cámara de Cuentas de la República Dominicana, las cuales gozan de autonomía Presupuestaria y administrativa, recibirán los por cientos que se establecen en la presente ley: El Presupuesto del Poder Legislativo (Congreso Nacional) será por lo menos tres punto diez por ciento (3.10%) de los ingresos internos, incluyendo los ingresos adicionales y los recargos establecidos en el Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos, y serán distribuidos de la manera siguiente: El setenta por ciento (70%) del tres punto diez por ciento (3.10%) corresponderá a la Cámara de Diputados y el treinta por ciento (30%) del tres punto diez por ciento (3.10%) corresponderá al Senado de la República.

Artículo 3. El Presupuesto del Poder Judicial (Suprema Corte de Justicia) y del Ministerio Público (Procuraduría General de la República), serán por lo menos un cuatro punto diez por ciento (4.10%) de los ingresos internos, incluyendo los ingresos adicionales y los recargos establecidos en el Presupuesto de Ingresos y Ley de Gastos Públicos, y se distribuyen de la manera siguiente: Un sesenta y cinco por ciento (65%) del cuatro punto diez (4.10%) corresponderá a la Suprema Corte de Justicia y un treinta y cinco por ciento (35%) del cuatro punto diez por ciento (4.10%) corresponderá al Ministerio Público.

34 Consejo del Poder Judicial.

En la práctica el Poder Judicial nunca ha recibido el porcentaje (2.66 %) que le corresponde del presupuesto de ingresos y ley de gastos públicos.

1.4.4. Responsabilidad e indelegabilidad de atribuciones o competencias

La responsabilidad de los miembros de cualquier poder del Estado —la establecida en el artículo 4 de la Constitución— significa que tienen el deber de asumir sus funciones con obligatoriedad y actuar conforme a ellas. Asimismo, el carácter de indelegable de esas atribuciones implica su cumplimiento cabal e inexcusable; tales atribuciones, por mandato expreso de la misma Constitución, son únicamente las determinadas por ella y las leyes. Esto nos refiere al principio de legalidad de la Administración, que no puede ni debe actuar sin habilitación previa.

Conforme a nuestra óptica existe en el ordenamiento jurídico dominicano una disposición legal en la que el legislador ha violentado el principio de indelegabilidad de las atribuciones del Poder Judicial, contenida en el artículo 157³⁵ de la Ley núm. 6186, del 12 de febrero de 1993, que concede al persiguierte la facultad de determinar el día en que se efectuará la subasta de bienes inmuebles embargados, dejando de lado que la facultad de fijar las audiencias es una función jurisdiccional a cargo de los jueces. En todo caso que me ha tocado entrar en contacto con el referido texto legal la he sometido a control difuso, de manera oficiosa, por violentar el artículo 4 de la Constitución en cuanto a la indelegabilidad de atribuciones.

1.4.5. Delegación de la atribución normativa mediante potestad reglamentaria. ¿Es conforme a la Constitución de la República?

Hemos sido reiterativos en afirmar que las atribuciones constitucionales de los poderes del Estado son indelegables y que, por lo tanto, cada uno de esos órganos debe desempeñar sus funciones de forma irrestricta. Sin embar-

35 Artículo 157. Quince días a lo menos después del cumplimiento de estas formalidades, y en la fecha que el banco determine, se procederá a la venta en pública subasta de los inmuebles indicados en el mandamiento, en presencia del deudor o éste debidamente llamado, ante el Tribunal de la situación de los bienes o de la más grande parte de éstos (destacado añadido por el autor).

go, en nuestro ordenamiento constitucional, por mandato del constituyente, existen facultades de reglamentación para ciertos órganos o instituciones³⁶. Tales son los casos del artículo 128, numeral 1, letra *b*, para el Poder Ejecutivo³⁷, y, a modo de ejemplo, las disposiciones del artículo 212 de la Constitución de la República para la Junta Central Electoral³⁸.

Aunque el tema no ha sido pacífico —respecto de si el Poder Legislativo puede legítimamente disponer mediante ley la cesión de su poder normativo a otro poder del Estado mediante atribución de la potestad reglamentaria a ese otro órgano o poder estatal—, el Tribunal Constitucional se ha referido este y en su sentencia TC/0415/15, del fecha 28 de octubre de 2015, estableció lo siguiente:

... 10.3. Entrando al análisis del fondo de la presente acción, es preciso referirse a la potestad reglamentaria y su titularidad. En virtud del principio de separación de los poderes, la potestad normativa es la función que propiamente corresponde al Poder Legislativo; sin embargo, de manera excepcional esta potestad puede resultar atribuida a las otras ramas del poder, incluida aquella en la que se enmarca la Administración, atendiendo a la necesidad de que la misma complete las tareas del legislador a través del establecimiento de una serie de normas complementarias o de desarrollo, en el entendido de que la ley no puede ni debe entrar a regularlo todo. Del universo temático que el legislador tiene que analizar para llevar a cabo la función que la Constitución le encomienda, deriva su imposibilidad práctica de regular todos los detalles que la materialidad de la ley requiera para que se dé cumplimiento efectivo a la norma.

36 Capacidad reglamentaria que se configura como una competencia accesoria e instrumental de su autonomía para el cumplimiento de sus funciones esenciales (TC/0032/12, de fecha 15-8-2012).

37 Artículo 128. Atribuciones del presidente de la República. La o el presidente de la República dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar, y es la autoridad suprema de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los demás cuerpos de seguridad del Estado. 1) En su condición de Jefe de Estado le corresponde:

a) Presidir los actos solemnes de la Nación;

b) Promulgar y hacer publicar las leyes y resoluciones del Congreso Nacional y cuidar de su fiel ejecución. Expedir decretos, reglamentos e instrucciones cuando fuere necesario; (Destacado no es del texto original).

38 Artículo 212. Junta Central Electoral. La Junta Central Electoral es un órgano autónomo con personalidad jurídica e independencia técnica, administrativa, presupuestaria y financiera, cuya finalidad principal será organizar y dirigir las asambleas electorales para la celebración de elecciones y de mecanismos de participación popular establecidos por la presente Constitución y las leyes. Tiene facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia.

De esto surge la denominada potestad reglamentaria, habilitada a la Administración para dictar reglamentos que, en términos generales, se definen como una disposición administrativa de carácter general y de rango inferior a la ley, pero que es auténtico derecho y pasa a integrar el ordenamiento jurídico.

Igual criterio fue asumido de manera inicial en el precedente vinculante³⁹ contenido en la sentencia TC/0032/12 del 15 de agosto de 2012. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha dejado bien claro que, a excepción del poder reglamentario autónomo⁴⁰, la potestad reglamentaria de la Administración debe poseer inequívocamente una habilitación legal y, además, que el reglamento, como instrumento jurídico complementario de la ley y facilitador de su ejecución material, no debe contradecirle ni rebasar su ámbito de aplicación⁴¹. Para mayores detalles sobre el tema resulta útil destacar que, mediante la sentencia TC/0286/21, del 14 de septiembre de 2021, el Tribunal Constitucional ratificó su posición respecto de la necesidad de habilitación legal para cualquier órgano de la Administración poder hacer uso de la potestad reglamentaria, además del necesario respeto, por todos los órganos del Estado, del principio básico relativo a la separación de funciones.

Por todo lo expresado en el presente apartado, y dado el carácter vinculante de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional conforme al artículo 184 de la Constitución de la República, se puede afirmar que la delegación mediante ley por el Congreso Nacional a la Administración para establecer disposiciones normativas es conforme con la Constitución siempre y cuando no se trate de una delegación relativa a la regulación de una cuestión a la que, por su naturaleza, el constituyente le haya establecido una reserva de ley, pues, de ser así, el Congreso Nacional es el único órgano constitucionalmente válido para establecer esa norma⁴².

39 Por aplicación del artículo 184 de la Constitución de la República.

40 Habilitado por el constituyente en la Constitución.

41 Sentencia TC/0032/12 del 15 de agosto de 2012.

42 Ver artículo 74, numeral 2, de la Constitución de la República, y otros que por el espacio limitado aquí no pueden ser tratados, pero que claramente han sido reservados al Poder Legislativo.

1.4.7. Horizontalidad de poderes —ninguno es superior al otro— y colaboración de poderes e iniciativa legislativa

Tal como se ha expuesto, los poderes del Estado son órganos de carácter autónomo en todos los sentidos de la palabra, pero es preciso dejar claramente establecido que —contrario a lo que algunos pregonan⁴³— ninguno de ellos es superior a otro y cada uno desempeña funciones específicas como una forma de poder materializar eficientemente la función del Estado.

Eso sí, la separación de poderes no implica, bajo ningún concepto, la existencia de islas de poder dentro del Estado; muy por el contrario, la dinámica evolutiva ha demostrado la necesidad ineludible de colaboración continua entre todos ellos, a fin de hacer funcionar adecuadamente todo el aparato estatal. Por lo anterior, los poderes del Estado desempeñan funciones compartidas —por ejemplo, al conformar el Consejo Nacional de la Magistratura—, pues, tal como lo estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0032/13 del 15 de marzo de 2013⁴⁴:

Oportuno es destacar que la noción moderna de separación de poderes es totalmente diferente a la que tradicionalmente imperaba, en el sentido de que actualmente dicha separación no es rígida y se admite, además, la colaboración entre ellos...

Es de vital importancia tener presente, en cuanto a la iniciativa legislativa, que es una facultad de cada miembro del Congreso Nacional y del Poder Ejecutivo, mientras que el Poder Judicial posee iniciativa legislativa limitada en dos vertientes, a saber:

- a) solo puede ser ejercida por la Suprema Corte de Justicia;
- b) la iniciativa de la Suprema Corte de Justicia está restringida a asuntos judiciales.

Aunque la expresión “asuntos judiciales” es abierta e indeterminada, eso no impide que sea interpretada como asuntos relativos a la organización de

43 Sin base jurídica lógica, ni siquiera medianamente.

44 En línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7456/sentencia-tc-0032-13-c.pdf>.

los tribunales de la República, sus competencias, la carrera judicial, reglas de procedimiento, entre otros.

1.4.8. Patologías de la separación de poderes

Ninguna obra humana es perfecta, y por lo tanto la separación de poderes del Estado como parte de la forma de gobierno no está exenta de la posibilidad de actuaciones u omisiones deliberadas e ilegítimas que tengan por finalidad afectar la independencia de los otros poderes.

En palabras de Jorge F. Malem Sena y Hugo O. Seleme, las patologías de la separación de poderes del Estado⁴⁵ pueden presentarse, tanto desde el ámbito de los propios poderes como desde el ámbito del sector privado, de las siguientes maneras:

- a) la **invasión** de un poder estatal por otro mediante su obstrucción y desbordando de manera premeditada la idea de balances y contrapesos; por ejemplo, el Poder Judicial declarando contrario a la Constitución leyes válidamente emitidas, solo para imponerse al Congreso Nacional, o el Congreso Nacional dictando leyes con la única finalidad de coartar las facultades del Poder Judicial⁴⁶;
- b) la **inhibición**, no por el respeto a las competencias reservadas a otro poder del Estado, sino como forma de evitar posibles sanciones arbitrarias a consecuencia de actuaciones propias de la función desempeñada. Por ejemplo, jueces que son designados por órganos colegiados de composición mixta, como algunos consejos de la magistratura;
- c) la **conducción**, que está caracterizada por que un poder del Estado actúa de forma determinada, con la finalidad de fijar el contenido de las decisiones que son de la competencia de otro poder. Ejemplo: cuando el Poder Ejecutivo utiliza su poder político partidario para “bajar líneas” a los miembros del Congreso Nacional con el fin de lograr el voto favorable de un proyecto determinado. También hay

45 DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36 (2013) ISSN: 0214-8676 pp. 275-295.

46 Oportuno es recordar que en la República Dominicana el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes recae en un órgano extrapoder denominado Tribunal Constitucional, y no en el Poder Judicial.

- conducción cuando el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo utilizan su poder de designación en los miembros del Poder Judicial para con ello tener control sobre la función jurisdiccional;
- d) el **entorpecimiento**, que tiene las mismas características que la invasión, con la diferencia de que proviene del sector privado. Un ejemplo de ello es cuando a través medios no legítimos u ofrecimiento de incentivos —negativos o positivos— se pretende que el Poder Judicial les haga lugar en determinado proceso en curso;
 - e) la **abstención**, que se presenta cuando el poder privado utiliza sus influencias para impedir la adopción de medidas que sean contrarias a sus intereses. Un típico ejemplo ocurre cuando se impide la creación de determinada ley que afecte los beneficios económicos de grupos que han hecho aportes en las campañas políticas;
 - f) la **colonización**, que posee los mismos matices de la abstención —interferencia de poderes privados—, pero con la finalidad de lograr que un poder del Estado produzca una decisión propia de sus competencias pero bajo la marcada e ilegítima influencia de dichos sectores. Un ejemplo de ello puede ser el llamado mecanismo de “puerta giratoria” mediante la incorporación de empleados de empresas y grupos de presión como funcionarios y miembros de los poderes públicos, y viceversa, o la incorporación de exfuncionarios a empresas privadas para llevar a cabo el denominado *lobbismo*;
 - g) la **adaptación**, que ocurre cuando los poderes del Estado intentan armonizar las decisiones propias de sus funciones con los diferentes sectores de poder privado y dejan de su lado, *motu proprio*, sus obligaciones como órgano de control.

Conclusiones

La separación de los poderes del Estado dominicano busca garantizar el ejercicio efectivo y material de las disposiciones programáticas establecidas por el constituyente en la Constitución de la República. Cada uno de los tres poderes del Estado tiene competencias específicas y bien definidas, a saber: a) lo normativo es competencia del Poder Legislativo; b) la ejecución o materialización de políticas estatales y leyes emitidas por el Congreso Nacional

es competencia del Poder Ejecutivo; y c) la administración de justicia —de forma jurisdiccional— es competencia del Poder Judicial, conforme a disposiciones constitucionales y legales.

La separación de poderes está diseñada no como un privilegio de los miembros de los diferentes poderes del Estado, sino como una garantía para viabilizar la materialización de las funciones atribuidas por el constituyente a cada uno de ellos. Dichos poderes tienen la obligación y el deber moral de someter sus actuaciones al ordenamiento jurídico, por lo que precisan conocer plenamente el alcance de sus competencias para evitar invadir las ajenas.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6

POR WENDY S. MARTÍNEZ MEJÍA

Antes de abordar el análisis de los artículos 5 y 6 de la Constitución dominicana vigente, es preciso hacer una acotación común a ambos. El constituyente dominicano ha diseñado en los artículos 5 y 6 de la Constitución, junto al principio de separación de los poderes, el pilar del ordenamiento jurídico y de la concepción política de la sociedad dominicana, a partir de una visión antropocéntrica, protegida de forma férrea por los postulados constitucionales, que sostienen todo el sistema constitucional, tanto en el orden político como en el orden dogmático, mientras que los demás principios coadyuvan a la materialización de los fines de la Constitución.

Como afirma Díaz Revorio¹, antes de abordar cualquier estudio de los principios fundamentales de la Constitución es necesario el análisis de los parámetros esenciales del constitucionalismo, lo que constituye el marco de legitimidad de una Constitución determinada.

En este sentido, la Constitución dominicana desde sus orígenes puede ser categorizada dentro del constitucionalismo norteamericano, pues ella define la forma de gobierno presidencialista, el control judicial de las leyes, el diseño de un sistema rígido de separación de poderes, sometidos todos al imperio de la Constitución y a la revisión de la constitucionalidad por parte de los tribunales del orden judicial, a través del control difuso en sus orígenes, y del control mixto en el estado actual de la cuestión.

Artículo 5.- Fundamento de la Constitución. La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en la indisoluble unidad de la Nación, patria común de todos los dominicanos y dominicanas

1 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. En *Comentarios a la Constitución de la Republica Dominicana*, tomo I, *Parte general*: Madrid, Editora La Ley, 2012, p. 160.

Comentario

1. Introducción

Este artículo juntamente con el preámbulo de la Constitución sientan los límites del legislador constituyente al establecer los principios y valores esenciales que sirven de inspiración y guía en el accionar del constituyente, pero, además, sientan las bases de la interpretación del texto constitucional, de modo tal que toda disposición contenida en ella debe estar acorde a estas dos disposiciones esenciales.

En una aproximación a un análisis del artículo 5 de la Constitución dominicana, que no tiene pretensión de exhaustividad, se precisa abordar el contenido y significado de cada uno de los elementos o conceptos que dicho artículo establece como parte de su contenido esencial.

1.1. Abordaje teórico filosófico del concepto fundamento

El primer concepto a despejar es el de fundamento. La Real Academia Española contempla cinco acepciones de la palabra *fundamento*, de las cuales citaremos solo la tercera y la cuarta por considerarlas más aproximadas al uso dado por el legislador constituyente. En la tercera acepción encontramos que *fundamento* es ‘Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo’, y en la cuarta, ‘Raíz, principio y origen en que estriba y tiene su fuerza algo no material’. Ambas acepciones son válidas y acordes con la intención constituyente, pues por un lado el preámbulo establece que la dignidad humana es “un valor inspirador” (acepción cuarta) y en el artículo 5 “la Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana” (acepción segunda, razón principal y motivo).

Desde la óptica de la filosofía²:

El término ‘fundamento’ se usa en varios sentidos. A veces equivale a ‘principio’; a veces, a ‘razón’; a veces, a ‘origen’. A su vez, puede

2 FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*, 5.ª ed.: Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1964, pp. 732.

usarse en los distintos sentidos en que son empleados cada uno de los citados vocablos. ...Puede establecerse que las dos principales acepciones de ‘fundamento’ son las siguientes: (1) El fundamento de algo en cuanto algo real. Tal fundamento —llamado a veces fundamento real y también (aunque imprecisamente) fundamento material— es identificado a veces con la noción de causa, especialmente cuando esta última tiene el sentido de ‘la razón de ser de algo’. (2) El fundamento de algo en cuanto algo ideal (de un enunciado o conjunto de enunciados). Tal fundamento es entonces la razón de tal enunciado o enunciados en el sentido de ser la explicación (racional) de ellos. Se ha llamado a veces a este fundamento, fundamento ideal. No pocas veces se ha entendido el fundamento real en el sentido del fundamento ideal. Ello quiere decir que se ha buscado el fundamento de la realidad en algo ideal.

Desde el punto de vista filosófico también se hace referencia al fundamento como causa, principio o razón suficiente, entendida esta como un principio del fundamento que tiene como contrapartida el principio metafísico de la libertad. Entendemos que el constituyente dominicano ha utilizado la noción de *fundamento* para designar un principio último como razón de todos los principios particulares, como puede inferirse de las disposiciones del artículo 38 de la Constitución.

1.2. La dignidad humana

Otro concepto que debe ser despejado es el de dignidad humana. Para Alonso de Antonio³, “los valores son referencias metajurídicas que deben ser utilizados como criterios de interpretación del ordenamiento jurídico conformando las aspiraciones básicas de un Estado democrático”. Por esto ha de concluirse en que no constituyen conceptos de naturaleza estrictamente jurídica, que sirven de guía a los poderes públicos en su labor cotidiana al momento de interpretar la Constitución. En el caso particular de la dignidad humana contemplada en la Constitución, su contenido se

3 ALONSO DE ANTONIO³, “los valores son referencias metajurídicas que deben ser utilizados como criterios de interpretación del ordenamiento jurídico conformando las aspiraciones básicas de un Estado democrático”. En *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, ob. cit., p. 271.

compone de diferentes dimensiones y naturaleza, pues en el Preámbulo constituye un valor, en el artículo 5 un principio fundamental y en el artículo 38 un derecho fundamental.

Aun cuando hoy día resulta evidente que la dignidad humana es un eje transversal sobre el cual se erige la Constitución dominicana⁴, al ser consagrado como uno de los valores supremos y principios fundamentales inspiradores y reguladores de la actividad constituyente, en el Preámbulo de la Constitución del 2010, y como principio o derecho fundamental en el artículo 38 de la misma norma, el principio de la dignidad humana aparece por primera vez en el ordenamiento constitucional dominicano en el artículo 1 de la Constitución revolucionaria del 1963, mediante el cual se declara como finalidad básica de los poderes públicos “a) Proteger la dignidad humana y promover y garantizar su respeto”⁵. No obstante, dado el contexto sociopolítico del momento, la Constitución del 1963 tuvo una vigencia corta: desde abril del 1963 hasta noviembre del 1966, lo que impidió que se interiorizara el concepto de dignidad humana como parte esencial de las obligaciones estatales como lo contemplaba la carta magna. Hasta el año 2010 el concepto de dignidad humana como valor y como derecho fundamental había pasado desapercibido en la práctica del ejercicio del poder público nacional.

El artículo 38 reconoce el respeto a la dignidad de la persona como fundamento del Estado, y atribuye a esta el carácter de pilar sobre el cual se construye la tutela efectiva de los derechos fundamentales, al definirla como sagrada, innata e inviolable, dando a la Constitución un enfoque antropocéntrico⁶ que permea el ordenamiento jurídico nacional en su totalidad. En voz de Ray Guevara⁷, en la reforma constitucional del 2010 “se constitucionaliza el Estado como un instrumento en beneficio de la gente, es decir, se coloca a la persona como centro de todo al reconocer que la

4 Ver *Constitución comentada*, 2.^a ed.: Santo Domingo, FINJUS, 2010.

5 FERNÁNDEZ, Aura Celeste. *Constitución de la nación dominicana de 1963: anotada e indizada, 40 aniversario*: Santo Domingo, Editora Taína, 2003.

6 HERNÁNDEZ ISLAS, Gabriela. “Una visión antropocéntrica. Protección a los derechos del medio ambiente”: “El antropocentrismo es una teoría filosófica en la cual se concibe al ser humano y sus intereses como el centro de todo, por lo que se produce una supeditación de lo “demás” (seres vivos, medio ambiente, etcétera) a las necesidades y bienestar del ser humano”. *Revista Foro Jurídico* (2 de enero del 2020). Consultado en fecha 15 de junio del 2021, en <https://forojuridico.mx/la-vision-antropocentrica-proteccion-y-derechos-del-medio-ambiente/>.

7 República Dominicana, Tribunal Constitucional. *La Constitución dominicana y sus reformas (1844-2015)*, tomo I, 2.^a ed.: Santo Domingo, Editora Búho, 2019, p. 19.

Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana”. Son muchas y muy profundas las consecuencias que a nuestro juicio se desprenden del texto de dicho artículo, a saber:

- a) Toda norma o acto que regule o provenga del Estado debe respetar la dignidad humana; son nulos, por tanto, los actos y normas que la menoscaben, por constituir una infracción a la Constitución⁸.
- b) El Estado está obligado a la materialidad, protección real y efectiva, de la dignidad de la persona, por tanto, la sola inclusión normativa no garantiza el cumplimiento del principio, sino que es necesaria la inclusión de políticas estatales que permitan su concreción por parte de los poderes públicos.
- c) Nadie puede renunciar al derecho fundamental de la dignidad de la persona, por ser sagrada, innata e inviolable; en consecuencia, si no es renunciable por su titular, ni puede ser afectada por terceros o poderes públicos, ella constituye un valor absoluto y se encuentra fuera de cualquier posible disponibilidad, cesión o negociación, tal como se infiere de las disposiciones del artículo 7 numeral 7 de la Ley 137-11, que establece como principio la invalidez al disponer que “la infracción de los valores, principios y reglas constitucionales, está sancionada con la nulidad y se prohíbe su subsanación o convalidación”.

El concepto de dignidad es inmaterial, por lo que su atentado hiere la consideración de cada ser humano por su condición de tal y el sentido de integridad moral y emocional colectiva; por ello se puede asegurar que la dignidad humana constituye un derecho fundamental de carácter difuso o colectivo, al tiempo de ser un derecho fundamental de carácter individual y personal.

Cabe destacar que la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-521-98, citada por el Tribunal Constitucional dominicano, señala lo siguiente:

El reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, exige un trato especial

⁸ Ver artículo 6 de la Constitución del 2010, y artículo 6 de la Ley núm. 137-11.

para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico. De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contra, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la “vida digna” del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales, se hace referencia a aquéllos valores que son ajenos a la dignidad humana⁹.

Si bien se esperarí­a que en la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional respecto a este principio y derecho fundamental se construyera una doctrina propia sobre la interpretación y contenido esencial del principio de dignidad humana —cosa que no ocurrió en la sentencia citada, en la cual esa alta corte se limitó a expresar la visión antropocéntrica de la Corte Constitucional de Colombia y la vinculación del derecho al nombre del padre con la dignidad de la persona—, no deja de ser interesante la cita, pues al estar contenida en una sentencia nacional ha pasado a formar parte de las fuentes del derecho vinculantes para los órganos públicos de nuestro país¹⁰.

Se ha considerado necesaria la crítica antes indicada, pues si bien es cierto que es válida la consulta de la doctrina y la jurisprudencia de otros tribunales de naciones amigas y tribunales internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, donde el concepto de “aldea global” es más visible que en las demás materias, no es ocioso señalar que la construcción de un derecho nacional fuerte y acorde con el ordenamiento jurídico nacional y las características propias del pue-

⁹ Citado por Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0059/13, del 15 de abril del 2013, pp. 16 y 17.

¹⁰ Ver artículo 184 de la Constitución dominicana y artículo 31 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales.

blo dominicano es una labor pendiente para los juristas locales. En este sentido, el Tribunal Constitucional mediante sentencia 0081/14 estableció que “la dignidad humana hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, independientemente de su raza, condición social o económica, edad, sexo, ideas políticas o religiosas. Es el derecho que tiene cada ser humano de ser respetado y valorado como ser individual y social con sus características y condiciones particulares”¹¹. En esta sentencia se observa una labor más depurada y madura de dicho tribunal; en ella vincula implícitamente la dignidad humana a dos valores fundamentales: la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

Mediante sentencia 0070/15 de fecha 16 de abril del 2015 el Tribunal Constitucional dominicano vincula la dignidad humana a los patrones culturales socialmente validados al sostener que “el valor dignidad humana implica que todas las personas, por el solo hecho de ser personas, tienen derecho a ser tratadas, siguiendo los patrones culturales socialmente validados, con respeto y consideración”. Esta sentencia, sin embargo, introduce un ámbito de penumbra, pues parecería contradecir tanto lo decidido por el TC en el caso concreto como el precedente establecido mediante sentencia 081/14 de fecha 12 de diciembre del 2014.

Otra cuestión que amerita mención especial es la cita de la sentencia núm. 291/16 dictada por la Corte constitucional de Colombia, contenida en la sentencia núm. 030/19 dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 2 de abril del 2019:

En desarrollo del mencionado precepto superior, la Corte Constitucional ha señalado que la dignidad humana se debe entender bajo las siguientes dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. 22.1. Respecto al objeto concreto de protección, la Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibi-

11 Tribunal Constitucional TC0081/14, 12 de mayo del 2014, p. 15.

lidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. 22.2. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo. 23. Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

1.3. Alcance y significado de las expresiones “indisoluble unidad de la nación” y “patria común de todos los dominicanos y dominicanas”

Un tercer aspecto para analizar es el contenido de la expresión “indisoluble unidad de la Nación”, utilizada por el constituyente en el artículo 5 de la Constitución. Dicha expresión está compuesta por tres conceptos distintos: un adjetivo calificativo y dos nombres, de los cuales solo el concepto de nación tiene un contenido jurídico-político. Curiosamente, la Constitución del 2010 en su capítulo V, “De la población”, sección I, “De la nacionalidad”, no define ni la población ni la nación, ni la nacionalidad. Se limita a expresar quiénes son nacionales en el artículo 18, el régimen de naturalización en el 19, el de la doble nacionalidad en el artículo 20; la sección III establece el régimen de ciudadanía y la sección IV el régimen de extranjería.

En la cultura constituyente dominicana el régimen de la nación está vinculado al territorio y a la forma de gobierno, definidos usualmente en los artículos 1 y 2 desde la primera Constitución dominicana del 1944 hasta las reformas producidas con anterioridad al 2010. Constituyen excepciones que ameritan mención especial la reforma constitucional del 16 de diciembre del 1854¹², que en su artículo 1 establece: “la nación dominicana es la

12 *La Constitución dominicana y sus reformas (1844-2015)*, *ob. cit.*, p. 105.

reunión de todos los dominicanos asociados bajo un mismo pacto político. La soberanía reside esencialmente en la nación, y no puede ejercerse sino por los poderes que establece esta Constitución”, y la producida en fecha 19 de febrero del 1858, que en su artículo 4 establece que “la nación dominicana es para siempre esencial e irrevocablemente libre, independiente y soberana, y no es ni será nunca propiedad de ninguna familia ni persona. Los funcionarios públicos, investidos de cualquier autoridad, son agentes de la nación y responsables a ella de su conducta pública”¹³.

De esto se puede concluir que dichas disposiciones, aun cuando no se encuentran vigentes en la Constitución modificada del 2015, fueron incorporadas por el constituyente del 2010 apuntando a la identidad del pueblo dominicano unido por la determinación política de permanecer libres, independientes y soberanos, como aparece en las demás reformas constitucionales producidas en nuestra historia republicana.

En apoyo a esta conclusión se puede citar el concepto de nación que desde la doctrina clásica constitucional refiere el profesor Brea Franco¹⁴:

La nación es un concepto étnico, histórico, y psicológico que se refiere a un conjunto de individuos vinculados por lazos comunes de raza, historia, lengua, cultura y conciencia de grupo. En otras palabras, es un sentirse perteneciente a un grupo, un identificarse con el grupo.

Definición que despeja cualquier duda sobre el contenido de la expresión “indisoluble unidad de la Nación”.

Finalmente se dedicará un espacio al estudio de la expresión “patria común de todos los dominicanos y dominicanas”.

Bandieri¹⁵ advierte sobre la complejidad del concepto patria y su cercanía a los conceptos nación y Estado, la cual atribuye, auxiliándose de Sartori¹⁶, a la pertenencia del concepto al lenguaje político y al lenguaje jurídico

13 *Ob. cit.*, p. 136.

14 BREA FRANCO, Julio. *El sistema constitucional dominicano*: Santo Domingo, reeditado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2019, p. 60.

15 BANDIERI, Luis María. «Patria, nación, estado. “et de quisbusdam aliis”». *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Volumen 37, núm. 106, pp. 13-53 (enero-junio 2007), Medellín Colombia, p. 15.

16 Ver a SARTORI, Giovanni. *La política: lógica y método de las ciencias sociales* (Marcos Lara, trad.): México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

a la vez, pero también al hecho inevitable de que dichos conceptos superan los límites disciplinares de estas ciencias, por lo que, en sus palabras:

Son, en nuestro tiempo, expresiones intrínsecamente problemáticas, utilizadas, por otra parte, casi siempre en definiciones del tipo de las que Perelman llama “disociativas”, que importan una elección (“ellos o nosotros”), pudiéndose así reforzar la confusión con el abuso.

Se hace esta reflexión con la intención de mostrar que el legislador constituyente del 2010 no pudo sustraerse a las complejidades de los conceptos, al hacer referencia de forma reiterativa a la “indisoluble unidad de la Nación” y reafirmar “patria común de todos los dominicanos y dominicanas”. Resulta curioso que en la redacción diferenciara en la escritura el concepto nación con letra mayúscula, mientras el concepto patrio fue escrito con letra minúscula, creando una aparente jerarquía entre estos dos conceptos en el referido texto constitucional. Ello se explica si se asume con Baldieri¹⁷ que “referirse a patria, nación, Estado, conduce a toparse tanto con realidades como con constructos, y a ponderar tantas razones como sentimientos”. Este hecho resulta evidente al examinar la literatura de carácter artístico, en la que la voz *patria* es evocada con profundos sentimientos de apego y pertenencia, sin que nos quede duda respecto a su contenido, al margen de cualquier significado jurídico-político atribuible.

Hubeňak¹⁸ ofrece un estudio de los conceptos patria, nación y Estado con miras a esclarecer la confusión intrínseca de sus contenidos desde la perspectiva del historiador. A su juicio, la confusión se ha profundizado a raíz del proceso de globalización en que una gran parte ha dado por sentado la desaparición del Estado-nación frente a un gobierno mundial o un nuevo imperio. Su estudio se basa en seguir los orígenes de estos conceptos que frecuentemente se utilizan de manera indistinta. Hubeňak narra cómo

17 *Ob. cit.*

18 HUBEŇAK, Florencio. “Algunas reflexiones de un historiador sobre los términos Patria-Nación-Estado” [en línea]. Presentado en V Simposio de ADEISE “Patria, Nación, Estado en Europa: teorías y realidades”. Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Filosofía y Letras, abril 21-23, 2010. Argentina: Asociación de Estudios interdisciplinarios sobre Europa. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/algunas-reflexiones-patria-nacion-estado.pdf> [Fecha de consulta: 12 de julio del 2021:11:50 am].

desde la antigüedad hasta nuestros días el uso y construcción del concepto patria pasa desde identificarse con el territorio, con las costumbres, con los sentimientos, con la cultura, con la población, hasta concluir citando un fragmento de la carta remitida por Vincent van Gogh a su hermano Teo, en julio de 1880, y un artículo periodístico anónimo publicado en *La Nación* (Bs. As.) del 10-V-1990, en que se atribuye al concepto patria una ligazón sentimental, que en el artículo señalado se concretiza en cita parafraseada por Hubeñak:

... la patria no se elige, se tiene por nacimiento (se pertenece), es la tradición, es lo que recibimos como herencia de nuestros antepasados, que lo labraron con grandes sacrificios y gozos y nos encomendaron dejarlo a nuestros sucesores para no cortar la cadena de la historia humana. En lo material es la tierra, es la base de nuestras actividades, donde se asientan nuestros campos, nuestros talleres y nuestras fábricas, las tumbas de nuestros mayores, la cuna de nuestros hijos, la mesa de nuestros hogares, los lugares donde combatimos, soñamos, amamos, el suelo que violamos con la reja de nuestros arados, la *terra patrum* regada con la sangre de nuestros héroes, las plegarias de nuestros santos y el sudor de la frente sobre el surco y la espiga.

Aun en la descripción de la patria material, se observa que lo material va vinculado al sentimiento de unidad y pertenencia, que es el sentido de la expresión “indisoluble unidad de la nación”, lo que reafirma, que la “patria común”, es un énfasis fijado por el legislador constituyente como resalutación nacional.

Sin embargo, el contenido jurídico-político del concepto es innegable en el ordenamiento jurídico nacional, no solo por su recurrencia en la redacción del texto constitucional y muchas leyes, sino también por su inclusión en los símbolos patrios a lo largo del desarrollo histórico institucional de la República, como el escudo nacional, que incluye una cinta azul ultramar en la cual se lee el lema “Dios, Patria y Libertad”¹⁹.

Con respecto al uso del gentilicio “dominicanos y dominicanas” en dicha expresión, dos cuestiones ameritan atención. La primera, de orden po-

19 Ver artículos 30, 31, 32,33 y 34 de la Constitución de la República dominicana.

lítico-jurídico, es la determinación de quiénes son considerados dominicanos a los efectos del ejercicio de los derechos de nacionalidad y ciudadanía, y la inclusión del gentilicio en género masculino y femenino.

En este sentido, la sección I del capítulo V del título I de la Constitución dominicana dispone en su artículo 18, sobre la nacionalidad, lo siguiente:

Son dominicanas y dominicanos: 1) Los hijos e hijas de madre o padre dominicanos; 2) Quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución; 3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas; 4) Los nacidos en el extranjero, de padre o madre dominicanos, no obstante haber adquirido, por el lugar de nacimiento, una nacionalidad distinta a la de sus padres. Una vez alcanzada la edad de dieciocho años, podrán manifestar su voluntad, ante la autoridad competente, de asumir la doble nacionalidad o renunciar a una de ellas; 5) Quienes contraigan matrimonio con un dominicano o dominicana, siempre que opten por la nacionalidad de su cónyuge y cumplan con los requisitos establecidos por la ley; 6) Los descendientes directos de dominicanos residentes en el exterior; 7) Las personas naturalizadas, de conformidad con las condiciones y formalidades requeridas por la ley. Párrafo.- Los poderes públicos aplicarán políticas especiales para conservar y fortalecer los vínculos de la Nación dominicana con sus nacionales en el exterior, con la meta esencial de lograr mayor integración.

El artículo 19 de la Constitución establece el derecho a naturalización de los extranjeros de conformidad a lo dispuesto en la ley y con las limitaciones expresamente establecidas en el artículo 19 respecto a los derechos políticos activos y la participación en conflictos armados entre la República Dominicana y sus Estados de origen. De igual manera se establece la posibilidad de disfrutar la doble nacionalidad de conformidad con el artículo

20, salvo las limitaciones y condiciones establecidas en la Constitución y las leyes.

Si bien la cuestión parece claramente definida en la Constitución dominicana, el tema presenta especial relevancia para el país por compartir el territorio de la isla de Santo Domingo con un país vecino, cuyas desigualdades económicas, políticas, sociales y culturales con respecto a la nación dominicana generan permanentes migraciones desde la parte oriental de la isla hacia la parte occidental, tanto de forma legal como de forma ilegal, lo que históricamente ha provocado nacimientos masivos de nacionales extranjeros y descendientes de nacionales extranjeros en suelo dominicano, cuyo estatus jurídico fue decidido por el Tribunal Constitucional dominicano mediante sentencia núm. 168/13, cuya lectura íntegra se recomienda²⁰.

En cuanto al uso del gentilicio en género masculino y femenino, es una práctica legislativa de reciente data en el ordenamiento jurídico dominicano que obedece a la respuesta por parte de los órganos del Estado a los reclamos de inclusión del lenguaje sin sesgo de género en la formulación de las leyes²¹.

Conclusión

Hechas estas observaciones, se puede decir, en conclusión, respecto al fundamento de la Constitución, que: a) Para dar contenido a las disposiciones del artículo 5 de la Constitución es necesario recurrir a la filosofía, y de forma particular a la filosofía del derecho, ya que la ciencia del derecho no ofrece de forma exclusiva una perspectiva idónea para concretar su contenido esencial. b) El fundamento de la Constitución no ha sido abordado en su integridad por el TC, aunque sí se ha pronunciado de manera amplia sobre sus componentes, la dignidad humana, la nación, la patria y el gentilicio dominicano. En cuanto a la dignidad humana, hay que considerar lo siguiente: a) el valor y derecho fundamental de la dignidad humana se introduce por primera vez en el ordenamiento constitucional domini-

20 Ver sentencia del Tribunal Constitucional núm. 0168/13, de fecha 23 de septiembre del 2013.

21 Ver “Con Otra Mirada. Guía para trabajar la comunicación y la publicidad con enfoques no discriminatorios y no sexistas”. Publicado por el Ministerio de la Mujer de la República Dominicana. Julio 2012. Consultado en https://dominicanrepublic.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Comunicacionypublicidadnosexista.web_.pdf en fecha 10 de junio del 2021, a las 4:50 p. m.

cano en el año 1963, pero es en la Constitución del 2010, modificada en el 2015, que dicho valor adquiere amplia difusión en la práctica jurídica nacional; b) el valor y derecho fundamental de la dignidad humana constituye un derecho absoluto, innegociable e intransferible; c) la dignidad humana como principio y valor constituye un derecho de carácter y colectivo, con independencia de su concreción individual. De manera general se puede concluir que los criterios de otros tribunales internacionales y cortes constitucionales, citados por el Tribunal Constitucional dominicano en sus sentencias para fundamentar sus decisiones, pasan a ser precedentes vinculantes para la República Dominicana, por lo que, en el caso concreto de la dignidad humana, su contenido y dimensión se encuentran permeados por la interpretación de la corte constitucional de Colombia, a la cual ha recurrido el Tribunal Constitucional para darle contenido a dicho valor, principio y derecho fundamental.

Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

Comentario

1. Introducción

La supremacía constitucional es uno de los principios que han sido abordados con mayor frecuencia en la historia constitucional de la nación²². Ello se debe a que los tribunales del orden nacional, desde el surgimiento de la república y la adopción de los códigos franceses de la Restauración como legislación nacional, se encuentran en la imposibilidad de negarse a decidir los casos concretos de los cuales están apoderados con el argumento de ausencia, oscuridad o ambigüedad de la norma, por lo que los jueces

22 Ver GARCÍA, Juan Jorge. *Derecho constitucional dominicano*, 3.^a ed.: Santo Domingo, Editora Corripio, 2016, pp. 43-50.

deben recurrir a diferentes métodos de interpretación para determinar la norma aplicable y el sentido de ellas²³.

En ese contexto, la cuestión del lugar que ocupa la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico y su incidencia en la interpretación y aplicación de las leyes es un lugar común en la doctrina nacional, lo que implica —aun cuando no se haya pensado en ello de forma amplia y profunda— un reconocimiento del carácter normativo de la Constitución en los diferentes períodos del constitucionalismo dominicano, y de la discusión del lugar de esta respecto a los tratados internacionales que consagran derechos humanos.

Otra cuestión a resaltar es la que de forma amplia y detallada aborda Perdomo C.²⁴, sobre la relación entre lo político y lo jurídico que obliga a la separación de dos conceptos muy cercanos y parecidos como la supremacía y la supralegalidad constitucional: “Mientras que la primera es la expresión del dominio de una concepción de la organización política de una sociedad, la segunda se refiere a la posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico”. Tanto la supralegalidad como la supremacía constitucional son una manifestación de la superioridad de la Constitución en dos ámbitos distintos, el político y el jurídico. Contrario a lo afirmado por Perdomo, no se trata de dos principios distintos, sino de un mismo principio en el cual se sitúa a la Constitución por encima de cualquier otro instrumento como única forma de mantener un sentido unitario y coherente de un Estado determinado y que se manifiesta en dos ámbitos distintos, que son los que justifican la existencia de la Constitución en el estado actual de la cuestión político-jurídica.

El artículo 6 de la Constitución establece cuatro cuestiones esenciales respecto a la supremacía constitucional: a) los entes de derecho, b) el carácter normativo de la Constitución, c) el lugar que ella ocupa en el sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico dominicano, o supralegalidad constitucional, en sentido preciso, y d) la sanción a las infracciones a las normas de carácter constitucional. Estos aspectos se analizan de forma

23 Artículo 4 del Código Civil: “El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. Disposición incorporada a la legislación procesal penal dominicana en el principio 23 de la Ley 76-02, Código Procesal Penal, “Obligación de decidir. Los jueces no pueden abstenerse de fallar so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, ni demorar indebidamente una decisión”.

24 Ver PERDOMO C., Nassef. *La reforma constitucional en la República Dominicana: estudio sobre el procedimiento y su apertura democrática*. Memoria para optar al grado de doctor. Madrid, 2014.

separada e inmediata, no sin antes advertir que la inclusión de estos cuatro aspectos en un artículo resulta densa, pues aglutina en un solo texto los pilares sobre los cuales se sostiene el régimen constitucional dominicano.

Desde el punto de vista experto de un práctico y estudioso del derecho penal, la técnica legislativa constituyente adecuada implicaría la definición del principio puro de la supremacía constitucional en esta disposición, así como establecer la sanción junto a la infracción constitucional.

1.1. Los entes de derecho

Sobre los entes de derecho, la parte inicial del artículo 6 establece que “todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución”. Para el postulado constitucional el concepto “persona” debe ser entendido desde la concepción clásica del derecho civil como todo “sujeto de derechos y obligaciones”, que dicha disciplina clasifica en personas naturales o físicas y personas jurídicas o morales. Ni la Constitución ni el Código Civil contienen una definición del concepto; sin embargo, parece claro que esta ha sido la intención del constituyente al separar a las personas de los “órganos que ejercen potestades públicas”.

El concepto de persona está íntimamente vinculado con el concepto de personalidad jurídica, siendo la persona el sujeto y la personalidad la condición o característica que le permite el goce, disfrute y explotación de los atributos que ella le confiere²⁵.

Valera Montero²⁶ sostiene que “de acuerdo a las teorías Legalista y Gubernamentalista solo las actuaciones del Poder Público o las entidades de derecho público, por su calidad de tales pueden ser contrarias a la Constitución, y las actuaciones de los particulares solo pueden ser ilegales o contrarias a cualquier otra norma obligatoria inferiros a la Constitución”. Sin embargo, si se considera que las acciones de los particulares contrarias a la Constitución están sujetas al examen de su constitucionalidad a través de un régimen de protección contenido en los procedimientos constitucio-

25 Ver ALARCÓN Polanco, Édynson. “La persona: entre la fragilidad de la vida y la levedad de la ficción”. *Revista Saber y Justicia*, 1 (19), 91-98. Santo Domingo. República Dominicana. 2021. Consultado en fecha 10 de julio del 2021 en <https://saberyjusticia.edu.do>.

26 VALERA MONTERO, Miguel. *Constitución, justicia y Derecho. 20 años de un recorrido personal*, t. I, vol. I, p. 174.

nales como el *habeas data*, el *habeas corpus* y el amparo, es justo concluir que los particulares son sujetos obligados en el ámbito del artículo 6 de la Constitución no solo en su calidad de representantes o detentadores del poder público, sino en sus actuaciones como particulares.

Se debe entender por “los órganos que ejercen potestades públicas”, desde el derecho constitucional y el derecho administrativo actual, sujetos de derechos y obligaciones de carácter particular si se parte de las disposiciones del artículo 141 de la Constitución —que establece una reserva de ley para la creación de los organismos autónomos y descentralizados del Estado con personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera y técnica—, así como de las disposiciones del artículo 148 de la Constitución, que establece el régimen de responsabilidad civil de las entidades públicas, sus funcionarios o agentes.

En cuanto a qué se entiende por “sujetos a la Constitución”²⁷, se precisa el examen del título II de la Constitución sobre “los derechos, garantías, y deberes fundamentales”. El constituyente dominicano del 2010 dedicó al establecimiento del régimen de derechos y garantías fundamentales tres capítulos (artículos 37 al 74), y solo un capítulo, desarrollado en el artículo 75, a los deberes fundamentales.

Existe una diferencia notoria entre la amplitud y minuciosidad con que se tratan los derechos fundamentales y la parquedad en el trato dado a los deberes fundamentales²⁸. Sin embargo, la parte *ad initio* del artículo 75, antes referido, contiene una declaración de carácter general que permite clarificar la expresión “sujetos a la Constitución”, utilizada en el artículo 6 de la carta magna, al fijar lo siguiente: “Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad...”. Aun cuando dicho texto hace referencia expresa a la persona física, al referirse al “hombre y la mujer”, queda claro, por las disposiciones que regulan los tres poderes del Estado, los organismos autónomos y descentralizados, así como el establecimiento de los órganos extrapoder —como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Superior Electoral, la Cámara de Cuentas— y los respectivos funcionarios que los representan

27 Sobre los sujetos obligados en la constitución, ver a VALERA MONTERO, Miguel, *ibid.*, pp. 171-179.

28 Ver ALONSO DE ANTONIO, Luis Ángel, *ob. cit.*, pp. 382-435.

o dirigen, que todos, sin excepción, deben cumplir con el régimen de derechos y obligaciones fijados en la Constitución.

No resulta ocioso resaltar que la parte *ad initio* del artículo 75 constituye un postulado universal del régimen contemplado en el título II de la Constitución, por lo que su ubicación lógica sería justo debajo del título que él regula, pues, como aparece hoy en día, formando parte integral de un artículo que establece deberes fundamentales, sugiere que el constituyente pareciera excusarse por tener que establecer un régimen de deberes, lo cual se entiende dada la personalidad social de la nación dominicana, pero que no se justifica desde la técnica jurídico-política y la obligación de toda Constitución de crear un modelo de sociedad que impulse las mejores prácticas. Un régimen equilibrado de derechos y obligaciones implica necesariamente la promoción de una cultura de difusión y cumplimiento de los deberes fundamentales fijados en la Constitución acorde con la extensión que se ha logrado de los derechos, de la cual ellos son una contrapartida lógica, útil y necesaria.

1.2. El carácter normativo de la Constitución

La doctrina constitucional dominicana del siglo XX aceptó de manera pacífica como un lugar común que la Constitución o carta magna era una Constitución política de la nación. Así afirma Espinal²⁹ al referirse al carácter normativo de la Constitución:

Aunque parezca obvio desde la perspectiva actual, la Constitución no siempre fue entendida de esta manera, pues durante mucho tiempo y en muchas partes del mundo, aún bajo regímenes democráticos, se consideró que la Constitución era un documento político de organización del poder que definía objetivos, aspiraciones y las instituciones del sistema de gobierno, pero no una norma jurídica propiamente hablando aplicable directamente por los tribunales.

29 ESPINAL, Flavio Darío. "La supremacía de la Constitución". *Diario libre*, 16 de octubre del 2014. Consultado el 20 de junio del 2021, a la 8:15 AM, en <https://www.diariolibre.com/opinion/la-supremaca-de-la-constitucion-KDDL839461>.

Sin embargo, es preciso rescatar que esta afirmación es cierta en la medida en que se considere que las constituciones anteriores a las del 2010 establecían un régimen de derechos fundamentales, aun cuando su regulación y materialización estaba referida a normas generales y especiales que integraban el ordenamiento normativo nacional, que dicha regulación es mucho más amplia en la Constitución actual, y que los mecanismos de garantía del carácter normativo de la Constitución, hoy día, están incluidos en la Constitución y en una ley de carácter orgánico que es la ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. De esto se puede concluir que la parte programática de las constituciones anteriores a las del 2010 recibía mayor atención por parte de la comunidad jurídico-política que la dedicada a su parte dogmática, como ha ocurrido en la mayoría de los países occidentales en el proceso de desarrollo constitucional a través de la historia.

Ayuso³⁰, auxiliándose de la distinción de Karl Loewestein respecto a la Constitución nominal de la normativa, concluye que con la Constitución del 2010 el Estado dominicano dio un salto al definir el Estado constitucional de derecho, sin que se haya verificado previamente en el accionar sociopolítico y jurídico nacional un verdadero Estado de derecho donde impere el respeto a la ley, por lo que, a su juicio, la Constitución del 2010 tiene carácter nominal y constituye la piedra angular para propulsar un proceso educativo que permita el tránsito de una Constitución nominal a una Constitución normativa, donde los sujetos se encuentren obligados al respeto de los derechos fundamentales contenidos en ella.

Sin embargo, es preciso observar que, si bien Ayuso apunta a ese distanciamiento entre la norma promulgada y la realidad al momento de su promulgación, no se puede hablar en términos absolutos respecto al estado de los derechos fundamentales en la República Dominicana, pues se puede incurrir en el error de obviar algunas particularidades de nuestro ordenamiento jurídico desde inicios de este siglo en que se observa cada vez más un desplazamiento de las normas de origen francés y la adopción de diversas leyes generales, orgánicas y especiales, por influencia de normativas iberoamericanas o angloamericanas. De estas normas, la que destaca con mayor énfasis es el Código Procesal Penal, Ley 76-02, del 19 de julio de

30 AYUSO, José Alejandro. *La soberanía de la Constitución. El patriotismo constitucional en tiempo de globalización y pluralismo*: Santo Domingo, IUDEX, 2019, pp. 44-46.

2002, modificada por la Ley 10-15 del 10 de febrero de 2015, que constitucionalizó el proceso penal y reformuló las prácticas judiciales resaltando los derechos fundamentales de la libertad, la integridad y el conjunto de garantías que componen el debido proceso de ley, y su precedente, la Resolución núm. 1920-2003, de fecha 13 de noviembre del 2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia para sentar las bases de su implementación.

A la promulgación e implementación del Código Procesal Penal le siguió más de una década de constante evolución de las garantías constitucionales; a partir del 2014 se ha venido experimentando un proceso de involución en la materialidad de los derechos fundamentales en el proceso penal, en la que ha jugado un papel importantísimo la incidencia de los medios de comunicación sobre los procesos y la influencia e intervención de naciones amigas en el accionar de los jueces y en la política criminal del Estado.

Esta cultura de aplicación de los derechos humanos y las normas nacionales e internacionales que los consagran, por parte de los jueces penales del país, resulta evidente en la aplicación de la Ley de Habeas Corpus, núm. 5353, del 22 de octubre de 1914³¹, que es el primer procedimiento constitucional conocido en nuestro país. Esto se ve reflejado en la fluidez con que el legislador al momento de regular los procedimientos constitucionales adopta sin grandes dificultades la regulación de este procedimiento, tal como había sido desarrollado en el Código Procesal Penal, a diferencia de lo ocurrido con el *habeas data* y con el amparo, cuya regulación requirió de un verdadero ejercicio a partir de la experiencia internacional.

También en el ámbito judicial se produjo la primera sentencia en materia de amparo cuando aún no existía en nuestro país una ley que consagrara este procedimiento ni una Constitución que reconociera esta garantía³².

Otros ejemplos que se pueden citar para refutar el carácter estrictamente nominal de la Constitución del 2010 nos vienen dados por el derecho del trabajo y el derecho de familia, los cuales evolucionaron primero en sus prácticas sociales reconocidas en los tribunales a través de la juris-

31 La Ley núm. 5353 fue derogada por el Código Procesal Penal del 2002, que instituyó un procedimiento especial para el conocimiento de la materia.

32 Ver sentencia de fecha 24 de febrero de 1999, mediante la cual la Suprema Corte de Justicia estableció el procedimiento a seguir en materia de amparo y reconoció el derecho de toda persona a un recurso “sencillo y rápido” contra actos u omisiones que violen sus derechos fundamentales. Y BREWER-CARIAS, Alam. “La admisión Jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal, en la República Dominicana”. En *Revista IIDH*, vol. 29, pp. 95-102. Consultado el 17 de julio del 2021, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06838-4.pdf>.

prudencia, luego en leyes especiales y finalmente ascendieron a la Constitución como derechos fundamentales.

Si bien el Estado dominicano ha experimentado indiscutibles momentos oscuros de crisis de institucionalidad, una mirada holística del ordenamiento jurídico permite concluir que la constante interacción con naciones amigas, la entrada y salida de dominicanos a y desde naciones de un mayor desarrollo institucional, político y económico ha impulsado de manera positiva la labor de desarrollo de los derechos fundamentales y su reciente ampliación en la Constitución del 2010, lo que permite seguir esta labor de desarrollo iniciada por Juan Pablo Duarte y los trinitarios y poco a poco se va generando un escenario en el cual la madurez de nuestros actores da paso a una doctrina y ordenamiento jurídico con identidad nacional.

En este proceso de desarrollo de una doctrina y ordenamiento jurídico propio desempeña un papel interesante la labor de los jueces, con la experiencia acumulada a partir de la instauración de la carrera judicial y el sistema de inamovilidad consagrados en la reforma constitucional del año 1994, pues cada vez se observa con mayor frecuencia la inclusión de los giros jurisprudenciales en la modificación de las leyes³³; pero, además, la inclusión de los jueces en comisiones preparatorias de los proyectos de ley permite que los legisladores tengan contacto con la experiencia y experticia jurídica acumulada durante décadas de ejercicio judicial.

El carácter normativo de la Constitución implica necesariamente la concreción de sus postulados en la realidad del Estado que ella está llamada a regir; no se limita a su formulación, sino que se extiende a su materialidad. Pero esta es una labor circular, en la cual la norma impulsa el desarrollo de las prácticas a través de un régimen educativo y de consecuencias, al tiempo que las prácticas estimulan los cambios legislativos y constituyentes, manteniendo la dialéctica del derecho y de la sociedad vinculadas en un espacio tiempo.

La doctrina suele estudiar de forma conjunta el carácter normativo de la Constitución y su lugar en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, son dos temas distintos: el primero implica la obligación de los habitantes, las instituciones, los funcionarios y los jueces de consi-

33 Esto ocurrió de forma significativa en la modificación experimentada por la Ley 76-02, Código Procesal Penal, mediante la Ley 10-15, en el año 2015, que incorporó muchas de las interpretaciones dadas por los jueces al texto del Código durante una década de su implementación.

derar las disposiciones de la Constitución en sus relaciones y conflictos jurídicos, así como en las soluciones a dichos conflictos; la segunda implica que, en caso de fricción, oscuridad o ambigüedad sobre la norma aplicable, siempre primará la Constitución, desplazando cualquier otra norma que le sea contraria. La supremacía de la Constitución es una consecuencia del reconocimiento del carácter normativo de esta.

En lo que respecta al lugar que ocupa la Constitución en el sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico dominicano, lo primero que debe decirse es que, desde el inicio de la vida constitucional, la República Dominicana ha reconocido la supremacía de la Constitución. Así lo establece en el artículo 35 de la Constitución del 1844: “no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer”, y en el artículo 125: “Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración, general, sino en tanto sean conformes con las leyes”.

Brea Franco³⁴ sostiene que “en la legislación dominicana podemos aislar dos categorías de normas jurídicas: las constitucionales y las de derecho adjetivo... La supremacía de las normas constitucionales sobre las de derecho adjetivo puede ser: material o formal. Material, en virtud de su contenido; formal, por haberse dictado en la forma prevista en la Constitución para la ley constitucional”, lo cual resulta válido en el estado actual del derecho constitucional dominicano.

En igual sentido, López Garrido³⁵, refiriéndose a las disposiciones de los artículos 1 y 9, apartado 1, de la Constitución de España, concluye que “la Constitución aparece en esta definición, integrada, desde un punto de vista lógico, en el ordenamiento jurídico y, como hemos dicho, ‘constituye’ su estructura fundamental, entendiéndose por tal aquella parte del ordenamiento que tiene una naturaleza primaria, más exactamente, determinante para la realidad jurídica. De otro lado, la naturaleza de la Constitución formal está montada sobre la super legalidad material –lo que doctrinalmente también fue consagrado por la Stufenbau kelseniana--, es decir, se fundamenta en

34 *Ob. cit.*, p. 417.

35 LÓPEZ GARRIDO, Diego. MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz. GARCÍA GUERRERO, José Luis, y otros. *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea*: Valencia, Tirant le Blanch, 2018, p. 41.

el mayor poderío jerárquico en relación con el resto de las normas, lo cual obedece a necesidades políticas prácticas. Es lo que en Estados Unidos se llamó desde sus orígenes “supremacía constitucional”.

Debe advertirse que no existe identidad de los dos textos de la Constitución de España analizados por López Garrido con la Constitución dominicana; sin embargo, la cita es válida en el análisis de la supremacía constitucional dominicana, pues no cabe duda del lugar otorgado a la Constitución en el ordenamiento jurídico nacional al establecer expresamente en el artículo 6 que es “la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado”. Por esto en la República Dominicana la Constitución no solo integra el ordenamiento jurídico y se ubica en su cúspide, sino que además le da sentido, coherencia e integridad, tanto desde el punto de vista formal como desde la materialidad de sus derechos e instituciones, a tal punto que el presidente del Tribunal Constitucional, Milton Ray Guevara, le ha atribuido el carácter de nuevo derecho común del ordenamiento jurídico nacional³⁶, lugar ocupado tradicionalmente por el derecho civil.

1.3. Mecanismos de garantías de la supremacía constitucional

La Constitución prevé, además, los mecanismos de garantía de la supremacía constitucional³⁷ a través de la acción en inconstitucionalidad por la vía directa, el control difuso de la constitucionalidad por vía de excepción, el control preventivo de la constitucionalidad, el control jurisdiccional de la constitucionalidad (a través de las acciones de amparo, *habeas corpus* y *habeas data*) y la revisión de la constitucionalidad de los actos jurisdiccionales.

Valera Montero³⁸ incluye como garantías la reserva de ley orgánica, el contenido esencial, el principio de razonabilidad, los principios de reglamentación e interpretación y el defensor del pueblo, a los cuales no se hará mayor referencia en el presente escrito.

36 Ver JORGE PRATS, Eduardo. “El derecho constitucional común”. *Hoy*, 2 de octubre del 2020. Consultando el 10 de junio del 2021 en <https://hoy.com.do/el-derecho-constitucional-comun/>, que plantea un análisis de la afirmación hecha por el magistrado Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional dominicano.

37 Ver JORGE PRATS, Eduardo. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*: Santo Domingo, Impresora Amigo del Hogar, 2011.

38 Ver a VALERA MONTERO, Miguel, ob. cit., t. I, vol. 2, pp. 95-112.

A cada uno de estos mecanismos le corresponde un procedimiento que regula los actos, plazos y competencia en cada materia; están contemplados tanto en la Constitución como en leyes orgánicas y especiales, y cada procedimiento atiende a la naturaleza y características propias de la garantía objeto de regulación.

Otro mecanismo que persigue la garantía de la supremacía constitucional es el carácter vinculante de los precedentes dictados por el Tribunal Constitucional, establecido en los artículos 184 de la Constitución dominicana del 2010 —modificada en el 2015— y el artículo 31 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional constituye una cláusula de cierre que impide que las decisiones pierdan relevancia al no ser acatadas por las personas y órganos estatales a quienes van destinadas las normas; al mismo tiempo, armoniza y da unidad y coherencia al accionar de los órganos públicos, incluyendo los tribunales de la nación.

El principio de supremacía constitucional permite la coherencia en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, tal como el recurso de casación da unidad a la jurisprudencia nacional a través de la función nomofiláctica del recurso de casación establecida en el artículo 2 de la Ley núm. 3726 del 29 de diciembre del 1953, publicada en la Gaceta Oficial núm. 7646 del 13 de enero del 1954³⁹. Son dos ámbitos de control que tienden a la unidad: el recurso de casación a la unidad de la jurisprudencia, que controla la legalidad de las decisiones de manera principal y la constitucionalidad de esta por vía de excepción; mientras el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad en todos los casos, a través de las diferentes acciones y procedimientos fijados para tales fines.

La supremacía constitucional obliga a todos los órganos del Estado a estar sometidos al mandato de la Constitución, y esa sumisión implica necesariamente una concepción política de la organización de una sociedad.

Sobre la acción directa de inconstitucionalidad, mediante sentencia núm. 150/13 de fecha 12 de septiembre del 2013, el Tribunal Constitucional estableció:

39 Ver DEVIS ECHANDÍA, H. *Nociones generales de derecho procesal civil*: Bogotá, Temis, 2009. PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*: Madrid, La Ley, 2011.

La acción directa de inconstitucionalidad tiene como objeto sancionar infracciones constitucionales, es decir, la no conformidad por parte de normas infra constitucionales en cuanto a su espíritu y contenido con los valores, principios y reglas establecidos en la Constitución; circunstancia, por demás, que debe quedar claramente acreditada o consignada dentro de los fundamentos o conclusiones del escrito introductivo suscrito por la parte accionante.

Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional establece, como requisito de admisibilidad de la acción directa en inconstitucionalidad, el deber de indicar la infracción constitucional que se alega. Esa indicación debe ser clara, cierta, específica y pertinente, según lo fijado en dicha decisión. De igual manera estableció en la sentencia señalada que “las disposiciones contenidas en la Constitución, al igual que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad constituyen el parámetro de constitucionalidad de todas las normas, actos y actuaciones producidos y realizados por todas las personas, instituciones privadas y órganos de los poderes públicos”.

Otras cuestiones de especial relevancia, pues determinan el nivel de acceso a la justicia constitucional en cuanto a la acción directa de inconstitucionalidad, son la regulación de la legitimación procesal activa, así como las formalidades exigidas para el ejercicio de la acción, que solo se menciona aquí a título de provocación a la inquietud intelectual de los constitucionalistas.

Al hablar de entes de derecho debemos, además, hacer alusión a la legitimación procesal activa en materia constitucional, pues el Tribunal Constitucional dominicano ha desarrollado una verdadera doctrina al respecto al clarificar puntos tan importantes como la determinación de parte interesada para interponer la acción directa de inconstitucionalidad, la determinación de la legitimación activa para el ejercicio de las garantías referentes a derechos difusos y colectivos, la legitimación para el ejercicio de la acción popular, entre otros aspectos.

En este sentido, la sentencia núm. 0226/21 de fecha 30 de julio del año 2021 dispone:

República Dominicana, a partir de la proclamación de la Constitución del veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010), adoptó un control

abstracto y directo de la constitucionalidad de las normas para hacer valer ante este tribunal constitucional los mandatos de la Carta Sustantiva, velar por la vigencia de esta última, defender el orden constitucional y garantizar el interés general o bien común. Lograr este objetivo conllevó la predeterminación de un conjunto de autoridades u órganos estatales que, por su posición institucional, también tienen a su cargo la defensa de la Constitución, legitimándoles para accionar ante este fuero sin condicionamiento alguno, a fin de que este expurgue el ordenamiento jurídico de las normas inconstitucionales. De igual forma, se extendió esta prerrogativa a cualquier persona con un interés legítimo y jurídicamente protegido⁴⁰.

Esta interpretación se amplía de forma considerable por la legitimación procesal activa establecida en el ordenamiento jurídico nacional.

No conforme, el Tribunal Constitucional, mediante la misma sentencia, a) reconoce la acción popular como una acción constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando la misma no se encuentra expresamente contemplada, b) admite que ha atenuado notoriamente la exigencia del interés legítimo y jurídicamente protegido para la acreditación de la calidad o legitimación procesal al dispensar al accionante de probar la afectación directa y personal de un perjuicio en casos de interés colectivo o difuso⁴¹, cuando la norma imponga obligaciones fiscales sobre una empresa beneficiada con un régimen de tributación especial⁴², cuando puede afectar el derecho a elegir de una persona que goza de la condición de ciudadano y le corresponda como votante resguardar que el derecho al sufragio activo sea ejercido acorde a los términos constitucionalmente previstos⁴³ y cuando la norma concierna a la esfera jurídica o al ámbito de intereses del accionante⁴⁴.

Pero el Tribunal Constitucional, en una actividad evidentemente expansionista del alcance de la legitimidad procesal activa, que ha llamado

40 Ver TC/0226/21, 30 de julio del 2021, pp. 14 y 15.

41 Ver TC/048/13 de fecha 9 de abril del 2013, criterios reiterados en sentencias TC0599/15, del 17 de diciembre del 2015; TC/0713 /16 del 23 de diciembre del 2016, y TC/0009/17 del 11 de diciembre del 2017.

42 Ver TC/0148/13 de fecha 12 de septiembre del 2013.

43 Ver TC/0170/13 de fecha 27 de septiembre del 2013.

44 Ver TC/0172/13 de fecha 27 de septiembre del 2013.

“política de moderación del grado de exigencia del interés jurídico y legitimante protegido”⁴⁵, ha admitido “la acción promovida por una asociación cuyos integrantes son personas jurídicas que, en sus actividades cotidianas, podrían resultar afectadas por la norma impugnada”⁴⁶; igualmente, cuando el accionante es la persona encargada de establecer políticas sobre regulación de recursos hidráulicos (como el agua), que comportan un interés difuso⁴⁷; cuando la acción regula a una asociación que congrega a un conjunto de profesionales de un sector, cuyo gremio (a pesar de no ser directamente afectado) se encuentra facultado para procurar la protección de los intereses de sus miembros⁴⁸; cuando la acción concierne a una asociación sin fines de lucro que tiene por misión el estudio de temas ligados a la soberanía del Estado dominicano o actúe en representación de la sociedad⁴⁹; o cuando el accionante es una organización política, cuya función procura garantizar la participación de los ciudadanos en los procesos políticos, ya que esta se encuentra situada entre el Estado y el ciudadano”⁵⁰. Finalmente, encontramos otras matizaciones en los casos en que los efectos de la ejecución de las disposiciones contenidas en la norma o en el acto atacado puedan alcanzarle⁵¹, al igual que cuando extendió el reconocimiento de legitimación procesal activa y la configuración de un interés legítimo y jurídicamente protegido (abriendo aún más el umbral para que cualquier persona accione por la vía directa) al accionante advertir que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la ley o del acto normativo impugnado.

El Tribunal Constitucional, mediante estas sentencias, ha dejado claro que a su juicio la acción de inconstitucionalidad por vía directa o control en abstracto debe estar abierta a cualquier persona con un interés, con independencia de la naturaleza y carácter de este interés, posición que se justifica, en el mejor de los supuestos, por un sano deseo de este órgano de garantizar a toda costa la supremacía de la Constitución. Aun cuando en su

45 Ver TC/0226/21, 30 de julio del 2021, p. 17.

46 Ver TC/0184/14, del 15 de agosto de 2014, pp. 16-17.

47 TC/0234/14, del 25 de septiembre de 2014, pp. 12-14.

48 TC/0110/13, del 4 de julio de 2013, pp. 7-8; TC/0535/15 del 1 de diciembre de 2015, pp. 17-18.

49 TC/0157/15, del 3 de julio del año 2015, pp. 24-25. TC/0207/15, del 6 de agosto del año 2015, pp. 15-16.

50 TC/0224/17, del 2 de mayo del año 2017, pp. 49-51.

51 TC/0200/13, del 7 de noviembre del año 2013, pp. 27-28; TC/0280/14, del 8 de diciembre de 2014, pp. 8-9; TC/0379/14, del 30 de diciembre del 2014, pp. 14-15; TC/0010/15, del 20 de febrero del 2015, pp. 29-30; TC/0334/15, del 8 de octubre del año 2015, pp. 9-10; TC/0075/16, del 4 de abril del 2016, pp. 14-16; TC/0145/16 del 29 de abril del año 2016, pp. 10-11.

apertura se observan peligros sustanciales respecto al desbordamiento del poder del juez de lo constitucional en dicho órgano y la reglas procesales, que persiguen la seguridad jurídica como valor intrínseco llamado a satisfacer una necesidad natural del ser humano en una sociedad organizada, que como la nuestra proclama constituirse en un Estado, social y democrático de derecho.

Mediante la sentencia 0226/21 antes indicada, el Tribunal Constitucional recuerda lo siguiente:

Atendiendo al criterio sentado por la Sentencia TC/0345/19, tanto la legitimación procesal activa o calidad de cualquier persona que interponga una acción directa de inconstitucionalidad, como su interés jurídico y legítimamente protegido, se presumirán en consonancia a lo previsto en los artículos 2, 6, 7 y 185.1 de la Constitución. Esta presunción, para el caso de las personas físicas, estará sujeta a que el Tribunal identifique que la persona goza de sus derechos de ciudadanía⁵².

Se puede concluir que el acceso a la acción directa en inconstitucionalidad es tan amplio, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional dominicano, que hoy día resulta difícil imaginar un supuesto de su ausencia.

Al referirse al control difuso de la constitucionalidad, Medrano Mejía⁵³ advierte:

Este sistema de control constitucional resulta connatural a nuestra vida republicana, por haber nacido con nuestra Constitución de 1844. Pues está en sus artículos 35 y 125, prohibía al legislador votar leyes contrarias a la Constitución y al juez aplicar leyes que fueran inconstitucionales y reglamentos que fueran contrarios a las leyes.

52 Ver TC/0226/21, *loc. cit.*

53 MEDRANO MEJÍA, Claudio Anibal. *Apuntes sobre control de la constitucionalidad dominicana en el contexto latinoamericano*: Santo Domingo, Impresora del Nordeste, 1999, p. 71.

Esta forma de control de la constitucionalidad ha sido aplicada por los tribunales del orden judicial tanto a petición de parte a través de la solicitud de exclusión de una norma en la solución del caso concreto, al plantear por la vía de una excepción del procedimiento, la nulidad de esta, o de manera oficiosa por el juzgador al advertir la inconstitucionalidad de la norma y proceder a justificar su no aplicación en el caso concreto.

Es una forma de control que debe ser observada tanto por los procedimientos administrativos en sede judicial y sede administrativa, como por los jueces del orden judicial y, por supuesto, por el Tribunal Constitucional. En cuanto al control preventivo de la constitucionalidad, por su sentencia núm. 178/13 de fecha 11 de octubre del 2013, el Tribunal Constitucional dominicano fijó el precedente del alcance del principio de supremacía constitucional al establecer:

Este concepto de supremacía constitucional ha quedado fijado como un valor o principio del Derecho Constitucional que superpone la Constitución de un país en un estrato jerárquicamente superior al de todo el sistema jurídico del mismo, considerándola como ley suprema, la cual rige su ordenamiento legal.

Mediante la misma sentencia, el Tribunal estableció:

El control preventivo de constitucionalidad es una derivación lógica del principio de supremacía constitucional, que consecuentemente se convierte en una vía práctica para la aplicación y mantenimiento de dicho principio... El control preventivo de los tratados internacionales tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, y se trata de un procedimiento con el cual se pretende evitar la incorporación de normas internacionales opuestas o contrarias a nuestra Constitución. Las disposiciones de los acuerdos sometidos a control deben estar enmarcadas dentro de los principios de soberanía, legalidad, integridad territorial y no intervención, consagrados como normas fundamentales en la Constitución.

Cabe destacar que mediante sentencia de fecha 7 de septiembre del año 2012, el Tribunal Constitucional consideró que el control preventivo de

la constitucionalidad es una derivación lógica del principio de supremacía constitucional que encuentra fundamento en la República Dominicana en el artículo 6 de la Constitución. En la misma sentencia el Tribunal reconoce en el control preventivo de la constitucionalidad un mecanismo idóneo para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por el Estado dominicano frente a otros Estados extranjeros, en franca aplicación del principio de buena fe o *pacta sunt servanda* que gobierna el derecho internacional y que impediría a un Estado contratante excluir del sistema normativo cualquier tratado internacional, amparándose en las normas internas⁵⁴.

El Tribunal declara que el control preventivo es un mecanismo de armonización entre el derecho internacional y el derecho interno, que permite, de conformidad con las disposiciones del artículo 26 del Constitución, la introducción de normas internacionales al ordenamiento nacional mediante el procedimiento establecido para ello⁵⁵.

Mediante sentencia del 25 de septiembre del 2015 el Tribunal Constitucional reconoce la importancia de esta armonización o diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional, al resaltar la interacción continua de las actividades comerciales entre naciones diferentes para satisfacer las necesidades y objetivos de las naciones en el marco de la globalización. Esta sentencia resulta sumamente interesante, pues en ella el Tribunal Constitucional hace un verdadero ejercicio de defensa del principio de soberanía y, en aplicación del principio de supremacía constitucional, rechaza el convenio o acuerdo que el Estado dominicano pretendía suscribir y ratificar a favor de Estados Unidos de América, que pretendía intervenir a través de su Departamento de Estado en los asuntos internos tanto estatales como de los particulares creando un estado de vigilancia ilegítima continua en territorio nacional⁵⁶.

A modo de cierre, se puede afirmar que un estudio detallado del principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 6 de la Constitución, y de la aplicación, interpretación y alcance dado por el Tribunal Constitucional, implica lo siguiente: a) el legislador constituyente fue abarcador al seleccionar la redacción del postulado constitucional que consagra el principio; b) es un principio superior a los demás principios constitucio-

54 Ver TC/037/2012, de fecha 7 de septiembre del 2012.

55 Ver TC/0014/14 de fecha 14 de enero del año 2014.

56 Ver TC/0363/2015, del 25 de septiembre del 2015.

nales. Él atribuye a la Constitución el carácter unificador y armonizador del ordenamiento jurídico dominicano; c) la República Dominicana conoce, desde el punto de vista de su consagración formal y práctica judicial, el carácter normativo de la Constitución y su supremacía en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, la doctrina local se ha hecho eco de falsas antinomias ampliamente difundidas y válidas en otros contextos histórico-jurídicos y ha perdido de vista el desarrollo histórico del constitucionalismo dominicano; d) la supremacía constitucional está garantizada desde el punto de vista de su materialidad por los mecanismos establecidos en la Constitución, tales como acción directa de inconstitucionalidad, control difuso de la constitucionalidad, acciones de amparo, *habeas corpus* y *habeas data*, control preventivo de la constitucionalidad y carácter vinculante del precedente constitucional.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 7 Y 8

POR MANUEL R. HERRERA CARBUCCIA

CAPÍTULO II DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

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

Comentario

El modelo del Estado social, tal como fue concebido después de la Segunda Guerra Mundial, está presente en numerosos Estados europeos y en la época reciente en varias constituciones latinoamericanas, sobre todo por el efecto expansivo de la Constitución española de 1978.

Heller habló por primera vez del Estado social y fue plasmado en la Constitución de Austria de 1945, en la Constitución Italiana de 1947, la Alemana de 1949 y la mencionada Constitución española de 1978¹, fuente principal de los países latinoamericanos.

El Estado social y democrático de derecho que hoy conocemos es el resultado de grandes luchas que propugnaban por la vigencia de un principio de igualdad, fundamento de un Estado constitucional que rompe con una tradición milenaria², necesitada de fórmulas de equilibrio social y donde primen relaciones más horizontales entre sus miembros.

El término Estado social y democrático sugiere interrogantes sobre sus

1 BATISTA MORA, Patricia. "El modelo constitucional del Estado social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso". *Revista Vía Juris* núm. 9, julio-diciembre 2019, p. 48.
2 Ídem.

pretensiones y que su finalidad en nuestra América no sea mero recurso teórico³. Lo percibimos como una institución en construcción, en transformación; que requiere un cambio gradual de nuestro modelo constitucional anterior y de apertura más creciente a la solidaridad y la justicia social.

Para García Pelayo:

Si por Estado social hemos de entender no sólo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado, es decir, como un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales⁴.

El profesor español nos recuerda:

Cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política, puesto que ha de extenderse a otras dimensiones. Sólo bajo este supuesto tendremos un criterio válido para distinguir el Estado social de conceptos próximos como el Estado de bienestar, el Estado asistencial, el Estado providencia, etc., que aluden a una función, pero no a una configuración global del Estado; sólo mediante la vía democrática la tendencia a la estabilización de la sociedad puede ser neutralizada por un proceso de socialización el Estado⁵, porque no es posible para un verdadero Estado social operar con normas propias de la

3 OLLERO TASSARA, Andrés. "Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica", en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Antonio V. Sempere Navarro (director); Rodrigo Martín Jiménez-coordinador. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 66.

4 GARCÍA PELAYO, Manuel. *El Estado social y sus implicaciones en las transformaciones del Estado contemporáneo*, obras completas: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II, p. 1621, citado por RODRÍGUEZ COARASA, Cristina. "El Estado social: alcance, significado y manifestaciones", en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, ob. cit. p. 1285.

5 Ídem.

democracia política, “concepción esta que incluye la democracia económica y la democracia empresarial”⁶ y; según nuestro discernimiento, es necesario una democracia laboral que implique un equilibrio social de poderes para desarrollar las relaciones sociales y hacer más efectivas las organizaciones de trabajadores.

La Constitución española de 1978 declara en su artículo 1: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

La Constitución peruana de 1979, en su artículo 79, define la República y se basa esta definición en el trabajo⁷ cuando señala: “Perú es una República democrática y social, independiente y soberana basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”. En la Constitución de 1993, título II, “Del Estado y la Nación”, capítulo I, “Del Estado, La Nación y el territorio”, artículo 43 expresa que “la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”.

En esa misma dirección⁸ el artículo 1 de las constituciones colombiana de 1992, boliviana de 2009 y paraguaya de 1992 declaran que se trata de un Estado social de derecho, como definición de su organización.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, expresa en su artículo 2:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

La Constitución de la República del Ecuador del 11 de agosto de 1998, artículo 1, título I, de los principios fundamentales, nos dice que “El Ecu-

6 Ídem.

7 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo”. *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* núm. 36 (1982), p. 12.

8 MURGAS TORRAZZA, Rolando. *El nuevo constitucionalismo social y su protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y con los derechos sociales como derechos humanos*. Versión revisada. Conferencia magistral en el 7.º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 30 de abril al 4 de mayo de 2013, Santo Domingo, República Dominicana, p. 11.

dor es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”.

La Constitución dominicana del 26 de enero de 2010, título I de la Nación, del Estado, de su Gobierno y de sus principios fundamentales; capítulo II, denominado del Estado social y Democrático de Derecho, artículo 7 expresa:

La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Lo anterior demuestra que el concepto Estado social como forma de Estado en el nuevo constitucionalismo social latinoamericano está presente en varias formas como un instituto de construcción, de transformación y de realización en nuestros países.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-1064 de 2001, nos hace un recuento histórico del concepto:

La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la postguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. La teoría del estado del siglo XIX y principios del XX partía de la idea del ciudadano como persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público. Desde esta perspectiva, la sociedad era autónoma para el aseguramiento de su reproducción material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. No obstante, la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras,

así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados. El surgimiento histórico de este modelo de organización, identificado ahora como Estado Social de Derecho, muestra, entonces, la convergencia de las ideas socialistas, de la tradición liberal y del pensamiento social cristiano. En la segunda mitad del siglo XIX, la preocupación por la “cuestión social” llevaría inicialmente a la adopción de leyes sociales de protección a las personas frente a situaciones de grave y urgente necesidad. Pero no sería sino después de las dos guerras mundiales que ella vendría a plasmarse en la propia configuración del Estado. Pese a que el Estado interviene ampliamente en la vida social y económica en las primeras décadas del siglo XX, para corregir las disfunciones originadas en el modelo económico y político, en la Constitución de Weimar (1919), las normas sociales relativas al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la asistencia pública, etc., sólo tendrían un carácter programático. Lo mismo puede decirse en nuestro continente de la Constitución de México (1917) proclamada una vez terminada la revolución. Dentro del mismo espíritu se destaca en nuestra historia constitucional la Reforma de 1936 adoptada como parte de la “revolución en marcha”. En los Estados Unidos, sin reforma al texto constitucional, los cambios jurisprudenciales después de una crisis institucional profunda le abrieron paso al “New Deal”. Ahora, en la tradición romano-germánica, es el teórico alemán Herman Heller quien vendrá a conceptualizar la incidencia de lo social en la teoría del Estado y a acuñar la idea misma del “Estado social de derecho”. Alemania tendría

que superar primero la dictadura nazi para finalmente acoger la forma de Estado social de derecho en la Constitución de Bonn de 1949. Luego sería España quien acogería esta forma de Estado en la Constitución de 1978, en un país cuya Carta Fundamental de 1931 fue también innovadora en lo social.

El artículo 7 de la Constitución dominicana nos da fórmula de Estado social, por un lado, democrático, y por otro, de derecho; la fórmula de esa tríada no deja de ser compleja⁹, pero a la vez es la fórmula que identifica la Constitución dominicana¹⁰ como la expresión ideológica, inspirada en valores¹¹ en el concepto integral del Estado.

El Estado social tiene sus antecedentes iniciales en Querétaro, Weimar y la Constitución Española de 1931 y luego ese grupo de constituciones señaladas, en especial la Constitución alemana de 1949, donde hace constar la denominación Estado social.

Heller utilizó la expresión “Estado social de derecho”, que es un intento de superación de la diferencia entre la formalización jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo de los derechos¹². Para Supiot es “el gran invento institucional del Siglo XX, es porque ha modificado el orden público jurídico liberal en dos puntos esenciales”¹³.

Para el eminente cientista francés, la primera de esas conclusiones es “introducir la consideración de la dimisión física y generacional de la vida humana en la mecánica de alta precisión del derecho de obligaciones. El trabajo es inseparable de quien trabaja, por ello, hasta el advenimiento del capitalismo, su régimen había dependido siempre del *status* personal del trabajador”¹⁴. Recalca Supiot que “para que el trabajo, y no su producto, pudiera ser tratado como el objeto de un contrato, es decir, para instituir un mercado de trabajo, falta separar la pareja psique/soma e introducir así

9 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*: Santo Domingo, Ius novum, vol. I, 2013, p. 640.

10 CANOSA USERA, Raúl. “El Estado social y sus principios fundamentales. El Estado social y democrático de derecho”, en *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, La Ley, Universidad Rey Juan Carlos, 2012, t. II, p. 41.

11 LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*: Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV, pp. 493 y ss., citado por Canosa Usera, Raúl, ob. cit. p. 42.

12 TORRES DEL MORAL, Antonio. “Realización del Estado social y Constitución Económica”, en *El Estado social y sus exigencias constitucionales*: Valencia, editorial Tirand lo Blanck, 2010, p. 29.

13 SUPIOT, Alain. *Grandeza y miseria del Estado social*. Conferencia en el College de France, 29 de noviembre 2012, p. 164.

14 SUPIOT, Alain, ob. cit., p. 164.

la noción de la propiedad de uno sobre su propio cuerpo”¹⁵. Esa noción de mercado de trabajo ya ha sido estudiada con detalles por la doctrina española¹⁶, aunque sigue ausente de la doctrina nacional.

La segunda aportación fundamental, según Supiot¹⁷, del Estado social “ha sido añadir una nueva dimensión al orden jurídico: la autodeterminación colectiva distinta tanto de la dimensión horizontal del derecho privado como de la dimensión vertical del derecho público”. Y puntualiza:

El reconocimiento de esta dimensión colectiva permite poner en práctica la regla del derecho de la libre asociación de los individuos: Los conflictos de intereses que los enfrentan y los acuerdos a los que llegan. En lugar de contentarse con fijar reglas del juego social, el Estado permite que los jugadores modifiquen ciertas reglas a lo largo de la partida, cuyo objetivo es aproximarse lo más posible a un reparto de riqueza¹⁸.

Eso trae siempre una recomposición social que no es fácil en América Latina y que implica la toma de conciencia y la elaboración de un proyecto social de nación con una visión más amplia de una verdadera democracia social.

Esa visión no es solo nacional; había sido proclamada en la declaración de Filadelfia¹⁹, y aparece como una constante en el constitucionalismo social, donde se busca dar materialidad a la igualdad que nos toca tanto en América Latina como en la República Dominicana.

Esa igualdad real²⁰ puede perseguirse a través “de la asignación estatal de mínimos materiales a favor de grupos sociales”, como sería el llamado salario mínimo universal; sin embargo, ese gasto social, el llamado mínimo universal, o la ampliación de la seguridad social y medidas que conllevan un estudio sin pasiones de las necesidades sociales, para no caer en paternalismo o medidas gubernamentales con fines mercantiles políticas o parti-

15 Ídem.

16 Ver especialmente MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del trabajo y mercado de trabajo*: Madrid, Tecnos, 2021, pp. 15-223.

17 SUPIOT, Alain, ob. cit., p. 165.

18 Ídem.

19 Ídem.

20 CASSIO DIAZ, José Ramón, ob. cit., p. 33. GARCÍA PELAYO, Manuel. “El Estado social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*: Madrid, 1980, pp. 33-35.

darias que no cumplen con bajar los niveles de desigualdad, sino “ayudas” que no siempre reciben quienes las merecen y que crean más desigualdad y fragmentación social. En ese tenor, Supiot nos señala un tercer pilar, que es la teoría de los servicios públicos²¹. De esa importancia del Estado uno de los principales arquitectos fue León Duguit, muy influenciado por Dustin’s Duguit, quien verá en la solidaridad social una norma objetiva que se imponía a los gobernantes y de la que el Estado no era más que un modo de realización. Es el francés teórico más importante de la transformación del Estado; su impacto está relacionado con la armonía y convivencia social.

Los textos constitucionales de posguerra, entre los que podemos citar la ley fundamental de Boon, así como la Constitución italiana de 1947 o la de Francia de 1946 y 1958, o, más moderada, la Constitución de la República de Portugal de 1976 o la española de 1978, conforman un Estado marcadamente intervencionista de lo que se ha dado en llamar economía mixta de mercado²², es decir, no se trata de cambiar el Estado de sistema, sino de hacerlo más justo, más igualitario.

El Estado social “reconoce la existencia de profundas diferencias en la sociedad”; sin embargo, persigue “a través de acción, pretende proteger a los grupos de población social y económicamente desfavorecidos”²³ con finalidades claramente establecidas en la Constitución.

Ese intervencionismo estatal en la economía que se produce con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se encuentra indisolublemente unido a una importante producción de legislación social²⁴. Esa dirección del constituyente trata de que esos derechos a una vivienda digna, a una seguridad social plena, de una educación integral, de una alimentación accesible, no sean enunciados literales, sino una realidad.

La Constitución del 26 de enero de 2010, en el título II (De los derechos, garantías y deberes fundamentales), capítulo I, sección II (De los derechos económicos y sociales), establece la libertad de empresa (artículo 50), el derecho de propiedad (artículo 51), el derecho a la propiedad intelectual, el derecho al consumidor (artículo 53), el derecho a la seguridad

21 CASSIO DIAZ, José Ramón, *loc. cit.*

22 DUGUIT, León. *L’etat le droit objectif et la loi positive*: Paris, 1901. Supiot, Alain, *ob. cit.* p. 167.

23 NÚÑEZ RIVERO, Cayetano. “El Estado. Concepto. Elementos. La evolución del Estado”, en *Configuración del Estado constitucional en España*, coord. Juan Manuel Goig Martínez, Unad, editores Dykinson, Madrid 2017, p. 42.

24 CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, *ob. cit.*, p. 33.

alimentaria (artículo 54), derecho de la familia (artículo 55), el derecho a la protección de las personas menores de edad (artículo 56), a la protección de las personas de la tercera edad (artículo 57), a la protección de las personas con discapacidad (artículo 58), al derecho a la vivienda (artículo 59), derecho a la seguridad social (artículo 60), derecho a la salud (artículo 61), derecho al trabajo (artículo 62) y derecho a la educación (artículo 63).

Estos derechos, que para alguna parte de la doctrina española han sido sobredimensionado²⁵, presentan todo un programa con un contenido de valores y de propuestas, algunas de difícil realización en países del llamado tercer mundo, donde el cumplimiento de las prestaciones sociales básicas adquiere una dimensión especial ante las estructuras económicas y sociales y los obstáculos.

El Estado social no significa la sustitución de la representación política por la representación corporativa, ni la sustitución de los partidos por los sindicatos²⁶, sino una manera de ser para lograr una mayor igualdad, como sostiene Aragón. El Estado social, en suma, no significa un modo específico de “ser” del Estado, sino una manera de “actuar” por parte del poder público²⁷.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional sostiene que “en un Estado social y democrático de derecho lograr efectividad constituye una de las funciones esenciales en el cumplimiento y protección de los derechos y las garantías fundamentales a favor de la sociedad”²⁸. Eso implica el disfrute de los derechos de segunda generación.

El mismo Tribunal Constitucional expresa que:

El ejercicio por parte de las autoridades estatales de facultades excepcionales (cláusulas exorbitantes) que, por razones de orden público, supongan la modificación de las condiciones preestablecidas jurídicamente para el acceso de derechos sociales -como el derecho a la vivienda digna- debe estar fuertemente justificada,

25 NÚÑEZ RIVERO, Cayetano, ob. cit., p. 42.

26 Ver diferentes comentarios en GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro; ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, La Ley, Universidad Rey Juan Carlos, 2012, tomos I y II.

27 ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de derecho constitucional*, 3.ª ed.: Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 472.

28 TC/0096/12, 21 de diciembre 2012. PERDOMO CORDERO, Nassef. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano 2015*: Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2017, p. 194.

no sólo en razones de orden público o interés social, sino que no deben restringir, limitar o dificultar gravemente ni el acceso, ni el disfrute de la titularidad o ejercicio de los llamados derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales). Esto último se corresponde con la letra y espíritu de los artículos 2.1 y 5.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) de Naciones Unidas y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), ambos ratificados por el Congreso Nacional el cuatro (4) y el veintiuno (21) de enero de mil novecientos setenta y ocho (1978), respectivamente, y que constituyen normas jurídicas de orden constitucional de conformidad con las disposiciones del artículo 74.3 de la Constitución de la República²⁹.

Discusión

El concepto del Estado social es pacífico con relación a su fundamento. Para una parte es la transición del Estado liberal al Estado social³⁰; para otros, como el profesor Elías Díaz, su tesis principal reside en la superación del Estado de derecho por el Estado social democrático de derecho, que es de signo socialista³¹.

Para Díaz, en el Estado social existe “un claro predominio de la administración sobre la política y de la técnica sobre la ideología. Pero el sistema económico neocapitalista impide ser verdaderamente democrático porque tiene la desigualdad en su base y fundamento”³². El mencionado profesor establece que “el Estado de derecho se alcanzará cuando se dé el paso a un sistema económico socialista³³”.

A lo anterior debemos responder que es preciso dejar claro que el Estado social es propio de la economía de mercado natural, del sistema capitalista; es en este sistema donde se concretiza el Estado social como un pro-

29 TC/0093, 21 de diciembre 2012. PERDOMO CORDERO, Nassef, *loc. cit.*

30 LUCAS VERDU, Pablo. *Estado libertad de derecho y Estado social de derecho*. Acta Salmanticense, Salamanca, 1955, citado por TORRES DEL MORAL, Antonio. “Realización del Estado social y Constitución económica”, en *Constitución del Estado social*. Toral Becera, Manuel, coord.: Valencia, editorial Tirant lo Blanc, 2010, p. 21.

31 DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, 4.ª ed.: Madrid, Edicusa, 1972, pp. 116-120.

32 *Ibid.*, pp. 127-131; TORRES DEL MOREL, Antonio, *ob. cit.*, p. 22.

33 TORRES DEL MOREL, Antonio, *loc. cit.*

ceso donde se pretende disminuir las desigualdades y resaltar los derechos sociales en el marco de un Estado de derecho y una democracia material.

La fortaleza o debilidad de un Estado social tendrá que ver con la fortaleza de sus valores jurídicos sociales y esa relación —libertad e igualdad— en forma horizontal en la eficacia de los derechos sociales, en toda la estructura social.

La izquierda socialista plantea tres objeciones principales al Estado social: 1) el Estado social es ineficiente; 2) es represivo; y 3) condicionador de un enmascaramiento de la realidad social y política dentro de la clase obrera³⁴. Dicha visión contiene verdades a medias ante una realidad y una estructura económica y social que requiere una nueva recomposición, donde exista más igualdad y justicia social, pues, como decía Bobbio, la formación del Estado social es inherente al desarrollo de la democracia³⁵, pero una democracia integral que tenga un carácter expansivo y social.

Para Pérez Luño, el Estado social de derecho y el Estado democrático de derecho son diferentes, lo que le proporciona poco problema a la hora de interpretar la fórmula³⁶, adoptada por el artículo 7 de la Constitución dominicana, es esa unidad que plantea la carta magna; en sí, son tres tipos diferentes de Estado.

Estado de derecho

Para aquellos autores esa fórmula de Estado y derecho no se fusionan³⁷, se complementa entre sí; se trata, en definitiva, de mostrarnos el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de sus ciudadanos³⁸. Se abandona un poco esa visión kelseniana del Estado de derecho que no permite distinguir entre Estado arbitrario y totalitario³⁹, para dar comprensión razonable a una idea acorde a sus valores.

34 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional*: Madrid, Dykinson, 1992, p. 110.

35 Ídem.

36 UPRIMNY, Rodrigo. “Estado de derecho. Economía”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5 (septiembre 2013-febrero 2014), p. 171.

37 GARCÍA COTARELO, Ramón. *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, 2.^a ed.: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 64.

38 Ídem.

39 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 11.

Cuando la Constitución, legislación y administración se relacionan, es ahí donde el Estado social encuentra justificación en derecho, independientemente de que el Estado de derecho es un tipo de estado gobernado por leyes y donde, como dice Bobbio⁴⁰, “un gobierno en donde las autoridades están sometidas al derecho, esto es un gobierno *sub lege*”; sin embargo, a diferencia de algunos autores⁴¹, la fórmula establecida en el artículo 7 de la Constitución dominicana de “Estado social y democrático de derecho” no es “repartir patentes de democracia entre diversos Estados de derecho, sino que lo que se quiere es encajar el término democrático en la tradición igualitaria de occidente, que junto a la liberal son las dos columnas del pensamiento político europeo desde la Revolución francesa. El término democracia hace aquí referencia a un factor de tipo dinámico, progresivo en movimiento perpetuo”⁴², necesario para alcanzar su finalidad.

De la Vega sostiene que “la Constitución no es un puro nombre, sino un código de valores, a los que se pretende dar un contenido histórico y político”⁴³, como serían la división de poderes, la garantía y la protección jurídica del Estado y sus organismos, la dignidad, igualdad, libertad y autonomía de las personas, entre otros.

Para el profesor Ray Guevara la cláusula del Estado social⁴⁴ “no opera en abstracto, su contenido resulta siempre de su conexión sistemática con otras disposiciones constitucionales y de la existencia de un conjunto de órganos e instituciones que asuman el compromiso ineludible de dar vida a sus postulados. El primer eslabón que fundamenta esta concepción de Estado es la asunción de la dignidad humana como principio, derecho y fundamento esencial del Estado mismo, a partir de la cual este despliega su función esencial en el marco de libertad individual y justicia social. Esta constituye, siguiendo a Peter Haberer, la premisa antropológica-cultural del Estado constitucional”. Esa concepción material es protegida por la justicia constitucional.

40 RAY GUEVARA, Milton. *Decisiones del presidente del Tribunal Constitucional*, vol. I, *vivir en Constitución*: Santo Domingo, Editora Búho, 2015, p. 95.

41 CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, ob. cit., p. 38.

42 BASTIDAS MORA, Patricia, ob. cit., p. 48.

43 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 114.

44 RAY GUEVARA, Milton, ob. cit., p. 216.

Ese contenido material tiene un alcance y una justificación. El Tribunal Constitucional de Colombia, en su sentencia T-321 de 1999⁴⁵, citando la sentencia C-479 de 1992 expresa:

Si bien la noción del Estado social de derecho gobierna la actuación de todos los operadores jurídicos, en el caso que nos ocupa ella está dirigida muy específicamente a la relación del Estado con sus servidores, dentro de él, el poder público está sujeto a un marco axiológico completo, establecido por la Constitución, cuyo fundamento es la persona humana. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro, constituyan las consecuencias prácticas de esa filosofía.

En esa misma dirección, el Tribunal Constitucional de Colombia nos señala la filosofía del Estado social en su sentencia C-636 de 2000, cuando plantea:

Es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado social de derecho la de asegurar, como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad. De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado social de derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas.

La justicia constitucional —sea a través de los tribunales ordinarios, representados por la Suprema Corte de Justicia como guardiana de la Cons-

45 BASTIDAS MORA, Patricia, ob. cit., p. 48.

titución y el poder difuso, sea a través del órgano instituido por la Constitución, el Tribunal Constitucional, cuyas decisiones tienen un carácter vinculante— se constituye a partir de la Constitución del 26 de enero de 2010 en una institución con finalidad de preservar el Estado social democrático de derecho.

La institución de los tribunales constitucionales que se adoptaron en Austria en 1945, en Italia en 1948, en España en 1978, luego con ese efecto expansivo en nuestros países y en 2010 en nuestro país, dando un giro copernicano a las relaciones de poder del Estado con la facultad para anular todo tipo de leyes, y que constituyen una garantía de la democracia y un mecanismo de defensa de las libertades públicas⁴⁶, es una pieza clave, necesaria y fundamental para la viabilidad y materialización del Estado social, democrático de derecho.

La Constitución de 2010 le asigna al Tribunal Constitucional el control directo de la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, así como la potestad de decidir los conflictos de competencia entre poderes del Estado y el control preventivo de los tratados internacionales⁴⁷, con lo que se observa una tarea compleja, delicada, relevante, pero sobre todo garante del orden constitucional y de los derechos fundamentales.

Estado democrático

El Estado democrático reposa en la soberanía popular y este debe entenderse como un procedimiento igualitario de formación de poder con base en el predominio del principio de la mayoría⁴⁸. El constituyente de 2010 toma distancia de la traslación de la vieja soberanía absoluta, *legibus solutus*, a la nueva soberanía popular⁴⁹.

Rousseau es el pensador que reintroduce el concepto de democracia o la utilización que de él se hizo en el curso de la revolución. Tan solo vino a operar una nueva transferencia de la soberanía, esta vez del monarca ilus-

46 PRIETO SANCHÍZ, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*: Madrid, editora Trotta, 2009, p. 141.

47 RAY GUEVARA, Milton, *loc. cit.*

48 BASTIDAS MORA, Patricia, *ob. cit.* p. 48. Marquard 2009

49 PRIETO SANCHÍZ, Luis, *ob. cit.* p. 142 y artículo 2 de la Constitución dominicana.

trado a la voluntad general, pero sin alterar sus atributos o cualidades⁵⁰; al contrario, la apelación al pueblo dotaba a esa soberanía de una fuerza aún más granítica e indestructible⁵¹; sin embargo, en la práctica hay disminuciones e influencias de organismos internacionales y grupos hegemónicos sobre nuestros países.

La soberanía de la nación dominicana es inviolable (artículo 4 de la Constitución dominicana) y reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes, por solicitud de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen la Constitución y las leyes⁵².

El profesor Eduardo Jorge Prats⁵³ nos dice que nuestra carta sustantiva admite la existencia de un principio radical, informador de su propia identidad y, en consecuencia, del ordenamiento jurídico por él producido. Ese principio es el principio democrático, columna vertebral de todo sistema constitucional y cuya formulación más abstracta consistiría en sostener que, para la Constitución, el poder pertenece en última instancia al pueblo. Mientras que en el Estado social se persigue la igualdad, en el Estado derecho se busca el pluralismo político; para algunos autores, con los cuales coincido, el pluralismo no como fin, sino como un presupuesto por materializarse⁵⁴.

La democracia queda identificada de un modo específico y peculiar de concebir el poder a una estructura social y a una misma dinámica del sistema político⁵⁵, donde se puede resaltar la concepción plural de la sociedad, la democracia como principio de convivencia y la participación como principio rector de la vida social y política⁵⁶; como hemos manifestado⁵⁷, para dar vida al Estado social debe haber una conjugación y sinergia entre la democracia social y la democracia política: una democracia constitucional.

El Estado social, democrático y de derecho está fundado en el respeto a la dignidad como un principio y valor expansivo, y en el trabajo como fuente

50 PRIETO SANCHÍS, Luis, ob. cit. p. 141.

51 CAPELLA, J. R. Fruta prohibida. *Una aproximación histórico-teorética al Estado del derecho y del Estado*: Madrid, editora Trotta, 2011, p. 111 y ss. y 258 y ss., citado por PRIETO SANCHÍS, Luis, ob. cit. p. 142.

52 CASSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derecho de prestación*: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 35.

53 JORGE PRATS, Eduardo, ob. cit., p. 641.

54 Ibid., p. 643.

55 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. p. 116.

56 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. p. 116-126.

57 HERRERA CARBUCIA, Manuel R. *El valor del trabajo y el constitucionalismo social en España y la República Dominicana*. Tesis doctoral, UCLM, 2022. España.

y soporte del Estado. Los derechos fundamentales están relacionados, como indica Ferrajoli⁵⁸, con la construcción de una nueva sociedad más justa.

Crisis, construcción y notas sobre el Estado social

Para que un análisis jurídico sea productivo no debe cerrarse ni al universo de los hechos ni al paraíso de los valores, ni al mundo de las formas, esto es, no debe confundir la objetividad con la autosuficiencia⁵⁹; un estudio general y abarcador “que sea un enfoque suficientemente amplio para situar esa obra institucional dentro de la historia y la geografía de las solidaridades humanas”⁶⁰. Para Supoit, este concepto goza de una “generalidad y una neutralidad” que tienen otras nociones, como la caridad y la fraternidad.

La solidaridad tiene un valor central en la búsqueda de la igualdad, núcleo duro del Estado social; no es neutral, pues su dinámica es necesaria en el equilibrio de la estructura social, y eso implica una forma que en ningún modo es neutral. La generalidad no la convierte en neutral, pues genera una mayor nivelación; la movilidad requiere variaciones de espacio social y de posiciones ideológicas.

Esa búsqueda de la igualdad, de esa función distributiva y de provisiones de bienes y servicios cobró vigor tras el final de la Segunda Guerra Mundial⁶¹, llevando un proceso de evolución en su construcción, relacionado con “un triple proceso de democratización, socialización y normalización”⁶². Como podrá observarse, ese proceso, a nuestro entender, está en vías de materializarse.

- 1) **Democratización.** El Estado social, como fue concebido por Herman Heller, comporta la democracia social que supone la extensión al ámbito del trabajo y de las mercancías, de los principios del Estado de derecho a través de la idea de estado material de

58 FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto para la igualdad*: Madrid, Editorial Trotta, 2019, pp. 129-167.

59 SUPIOT, Alain, ob. cit. p. 168.

60 Ídem.

61 Ídem.

62 SOLANES CORELLA, Ángeles; AÑÓN ROIG, María José. “Las funciones sociales del derecho”, en *Teoría del derecho*, 2.ª ed.: Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 49.

derecho⁶³, situación lejana de la realidad en nuestro países, pues, si bien existe la llamada democracia política, no se han creado las “bases institucionales necesarias” para no solo llegar a una concertación de los sectores hegemónicos para una mayor participación que propicie menos desigualdad.

- 2) **Socialización.** Eso requiere “la transformación de las funciones del Estado profundiza el proceso de socialización, reduciendo la separación entre la sociedad y el Estado. Este proceso da lugar a la incorporación a la vida pública y política de nuevos grupos sociales que promueven una progresiva intervención del Estado...”⁶⁴; en ese tenor, el derecho aparece como un instrumento de intervención orientado a la compensación de desigualdad y a restaurar equilibrios amenazados a través de derechos universales y derechos especiales o derechos de contrapeso⁶⁵.

Para algunos, esto se logra mediante un capitalismo intervencionista, o el llamado pacto keynesiano⁶⁶; sin embargo, como ha establecido Poulantzas en relación con el Estado social, que históricamente es predominantemente paternalista, “al dejar las decisiones sociales y políticas estratégicas, en manos de tecnocráticas y variar de poder los órganos de poder, los órganos de representación popular”⁶⁷, a través de comisiones de alto nivel o comisiones técnicas que diluyen las problemáticas y que carecen de legitimidad.

Una parte de la doctrina sostiene, con cierta dosis de razón, que los sistemas representativos de los actuales padecen una crisis generalizada, marcada por la brecha entre representantes y representados⁶⁸; es conveniente indicar que en nuestro país hemos avanzado en ese sentido.

Para otros, esa fórmula de lograr la satisfacción de las necesidades sociales y el cumplimiento de esos derechos es “inviabile”, pues, al

63 Ídem.

64 Ídem.

65 Ídem.

66 Ídem.

67 Poulantzas, citado por SOLANES CORELLA, Ángeles; AÑÓN ROIG, María José, ob. cit. p. 49.

68 SOLANES CORELLA, Ángeles; AÑÓN ROIG, María José, loc. cit.

decir de Luhman, el Estado tiene una capacidad limitada⁶⁹. Entiendo que no se puede caer en la búsqueda del absolutismo a ultranza, ni el dejar de hacer por creer que no se pueden lograr cosas mejores, necesarias, que son requeridas por los mismos órganos y la estructura social.

- 3) **Normativización.** Esta condición del proceso del Estado social, que tiene lugar a través de la ampliación del catálogo de derechos. A propósito del Estado de derecho, junto a los derechos civiles y políticos, se incorporan los económicos, sociales y civiles⁷⁰ y estos deben analizarse por su mera existencia en grado y cuantía mínima⁷¹.

La Constitución del 26 de enero de 2010 conlleva una serie de leyes y de cambios normativos, aspiración que se inició con una comisión de alto nivel para redactar las leyes, para lograr las funciones sociales del derecho; sin embargo, esto no se ha alcanzado debido a la falta de voluntad política, los congresos con olvidadas razones y la ineficiencia de los grupos y clases en exigir una necesaria reforma de las leyes laborales y de la seguridad social, de ahí que se insiste en que el Estado social constituye un Estado en vía de construcción.

Para una parte de la doctrina existe un proceso devaluador de la Constitución, la legislación y la jurisprudencia; lo que el maestro Buelga ha denominado desconstitucionalización y desnormalización supone una ruptura de los contenidos del trabajo social⁷². Sin embargo, esa realidad que, puede ser asimilada parcialmente a Europa, no es el caso de la República Dominicana, donde hay un crecimiento de la protección y de las garantías de los derechos fundamentales a través de las garantías y del poder de vigilancia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

Hay que reconocer que el proceso de la creación de normas para la adecuación de la cláusula social está en un proceso casi inexistente; entiendo que existe todo un cambio generacional y social que promoverá la expansión de los derechos sociales.

69 CARCOVA, Carlos María. "Estudio social de derecho y radicalidad democrática". *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año VII, núm. II, 2013, p. 5.

70 Ídem.

71 Ídem.

72 Ídem.

Problemas y reflexiones en el Estado social

El Estado social presenta varios problemas. Para Ernst Forsthoff, “el problema de la formación de la voluntad del Estado, un problema central en el Estado. La conexión de lo esencial con el Estado solo puede resultar bien si se resuelve este problema”⁷³, es el núcleo duro para resolver en la búsqueda de la igualdad, respecto de los derechos fundamentales y la justicia social.

Para el autor mencionado y ratificado por la doctrina latinoamericana⁷⁴, el Estado social presenta dos problemas: 1) la función del Estado; y 2) la formación de la voluntad del Estado. Las funciones del Estado son esencialmente de servicio. La razón de ser de estas funciones es la búsqueda de una existencia digna para cada ciudadano⁷⁵.

De lo anterior se establece que el Estado social se fundamenta en una dimensión social, como la llamaría Ferrajoli⁷⁶, relacionada con “la dignidad humana, los derechos fundamentales y el trabajo” y con una dimensión política y de derecho, que se relaciona con la “soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”⁷⁷. Esa conjunción es una función esencial en la construcción del Estado social.

El segundo problema que se plantea se refiere a la formación de la voluntad del Estado, concretamente, a la creación de las leyes, a través de las cuales se realizan algunas de las más importantes medidas de redistribución de riqueza, como las políticas monetarias y tributarias⁷⁸. Ese es el gran problema del Estado dominicano⁷⁹, con un crecimiento sostenido en los últimos veinte años, pero no se han creado las leyes que faciliten una mayor igualdad.

73 JIMENA QUEZADA, Luis. Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho: Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 8. Maestro Buelga, Gonzalo. El Estado social 40 años después: la desconstitucionalización del programa constitucional. Revista de Derecho Político. UNED, septiembre-diciembre, págs. 774-775.

74 CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, ob. cit. p. 32.

75 CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, ob. cit. p. 34.

76 FERRAJOLI, Luigi, ob. cit. p. 129.

77 Artículo 7 de la Constitución Dominicana.

78 CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, ob. cit. p. 31.

79 HERRERA CARBUCCIA, Manuel R. *Estado social y transparencia*. Conferencia principal. Seminario “Transparencia y Gestión Pública”, Asociación Dominicana contra la Corrupción, ADOCO, 31 de marzo 2022, Santo Domingo, República Dominicana.

A. Igualdad

El derecho a la igualdad es el derecho problemático por excelencia⁸⁰, de ahí que el Tribunal Constitucional español haya sostenido, como hemos dicho, interiormente la modificación por parte del legislador de derechos sociales, opinión que no comparto sobre la base del principio de no regresividad de los derechos o de progresividad.

El artículo 39 de la Constitución dominicana establece el derecho a la igualdad, y, en consecuencia:

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

La cuestión del Estado social no es solo una cuestión europea, ni mucho menos. La construcción de nuevas formas de federalismo social, es

80 PIZARRO NEVADO, Rafael. "Tribunal Constitucional y Estado social: la experiencia española", en *Carta constitucional y Estad social de derecho*, Molina Betancur, Carlos Mario, compilador. Sello editorial. Universidad de Medellín, Colombia, 2007, p. 277. Sentencia 134/1987, 21v de julio, del Tribunal Constitucional de Colombia.

decir, de federalismo democrático girado por objetivos sociales, explícitos y verificables, constituye un reto de todo el planeta⁸¹. Esta opinión sostenida por Piketty viene a reforzar la necesaria reformulación de la cuestión física y la tributación de los ricos⁸², es decir, una recomposición de las finanzas del Estado.

La igualdad material por encima de la igualdad formal tiene que ver con el acceso a la formación y el empleo⁸³, es decir, igualdad de derechos e igualdad de oportunidades, lo cual tiene una relación directa con la educación, como una columna necesaria para la no discriminación, con una política social con vocación general y con aplicación, si fuere necesario, de una “discriminación positiva basada en criterios sociales”⁸⁴, para lograr los fines esenciales del Estado social.

B. Igualdad y transformación

La verdadera construcción del Estado social, democrático y de derecho, es una transformación del Estado como tal, de su función, de su voluntad, pero sobre todo una deconstrucción del equilibrio actual de la composición de los Estados latinoamericanos, que encierra una concentración social y política de las clases dominantes, la clase trabajadora y las fuerzas políticas, en un pacto social que haga viable la gobernanza ante desigualdades que pueden poner en peligro el Estado.

La realidad es que la igualdad es “el símbolo de legitimarse”⁸⁵ al Estado social que encuentra serias dificultades en los equilibrios de poder y sus límites⁸⁶, que no son de fácil resolución, pero de necesaria disminución que requiere una recomposición social y la unificación de la razón política, la razón jurídica y la razón económica en un proyecto constitucional de la igualdad⁸⁷, propio del Estado social, democrático y de derecho.

81 PIKETTY, Thomas. *Una breve historia de la igualdad*: Barcelona, ediciones Deuto Planeta de libros, 2021, p. 264.

82 *Ibid.*, p. 265.

83 *Ibid.*, p. 211.

84 *Ibid.*, p. 216.

85 CATARELO, Ramón, ob. cit., p. 71.

86 PIKETTY, Thomas, ob. cit., p. 22.

87 FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 77.

Reflexiones

- 1) El presente análisis del artículo 7 de la Constitución dominicana no entra en el examen orgánico de la república, ni en los fundamentos de esta, que son el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.
- 2) Estos fundamentos van a ser analizados y cuentan con disposiciones varias que son parte del contenido esencial de la Constitución.
- 3) La expresión Estado social y democrático de derecho encierra grandes desafíos; tiende, por “su propia naturaleza, a su progresiva, profundización para alcanzar cada vez más derechos, dimensiones, nuevos de derechos conocidos y nuevas garantías de estos”⁸⁸ en búsqueda de eliminar en cierta forma la desigualdad material por medio de los derechos sociales.
- 4) Como sostiene Lucas Verdú, “el Estado de derecho descansó sobre las bases económicas individualistas y un mercado basado en la libertad absoluta, sin intervención..., el Estado social de derecho corrige el individualismo mediante una política económico-social intervencionista, planificadora y socializante”⁸⁹; el problema se presenta en la construcción y aplicación de los derechos sociales ante las desigualdades.
- 5) No creo en la posición de Forsthoff, de que el Estado social y el Estado de derecho son incompatibles⁹⁰, pues no puede extenderse la noción de libertad a la garantía y los derechos sociales. Entendemos que las dificultades internas de nuevas formas de equilibrio y participación social que se dan en nuestros países no son un obstáculo para seguir concretizando un Estado donde la dimensión social, política y jurídica trabajen en un proyecto de democracia con derechos sociales.
- 6) La justicia constitucional, sea a través del poder difuso de los tribunales o del Tribunal Constitucional, su carácter vinculante, el ejercicio kelseniano del legislador negativo y de sentencias que anulan

88 TORRES DEL MORAL, Antonio, ob. cit. p. 49.

89 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, ob. cit. p. 70.

90 Ídem.

y proponen y dan plazos, se convierte además en un freno a las arbitrariedades de los órganos de poder.

- 7) Dar eficacia, garantía y protección, a la dignidad, a los derechos fundamentales, al trabajo, a los derechos sociales, a la igualdad material, es un reto de todos en la construcción de un Estado social democrático de derecho.

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

Comentario

Este artículo consagra al Estado como un ente servicial o instrumental que vea por la protección de los derechos fundamentales no solo de sus nacionales, sino de todo aquel que se encuentre en el territorio nacional⁹¹, es decir, tiene un carácter radiactivo o expansivo de aplicación general a toda la sociedad con la finalidad de la protección de los derechos fundamentales; esta debe ser una protección efectiva, es decir, una protección que garantice que en la práctica, en la realidad, los derechos fundamentales sean respetados por todos⁹², que se busca la eficacia y garantía como función esencial.

En ese sentido, el legislador no puede adoptar medidas que reduzcan los niveles de protección social alcanzados⁹³; sin embargo, el Tribunal Constitucional español, en ese momento dominado por un sector conservador, permitió la reducción por ley de la cuantía de las pensiones,

91 JORGE PRATS, Eduardo. *Constitución comentada*: Santo Domingo, FINJUS, 2011, p. 37.

92 Ídem.

93 PIZARRO NEVADO, Rafael. "Tribunal Constitucional y Estado social: la experiencia española", p. 277, en *Corte constitucional y Estado social de derecho*. Molina Betancur, Carlos Mario, compilador: Colombia, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2007.

desestimando los argumentos de invisibilidad de las conquistas sociales⁹⁴, posición que no es pacífica y que no comparto, pues es colocar los derechos sociales a merced de los vaivenes financieros del Estado y a políticas económicas neoliberales.

La discusión inocua que tiene que ver con el control del legislador de los derechos sociales es un terreno complejo, difícil, que para algunos dependerá de la legalidad y de administración en el marco de las posibilidades económicas y de la voluntad política⁹⁵. En la práctica, para un sector este solo debe estar permitido cuando existe una vulneración injustificada del principio de legalidad⁹⁶.

Así, el Tribunal Constitucional español consideró que el principio de igualdad justificaba una medida de protección social establecida por una ley y, en consecuencia, entendió que la ley general de la seguridad social no era constitucional en tanto no preveía la pensión de la viudedad del marido y por ello extendió a los viudos de las trabajadoras el derecho a la pensión en las mismas condiciones que a las mujeres⁹⁷, basados en ese principio de igualdad.

En la República Dominicana, la Constitución del 2010 estableció garantías para su efectividad⁹⁸, como son la tutela judicial efectiva (artículo 69), el *habeas data* (artículo 70), el *habeas corpus* (persistente en el artículo 71), el amparo (artículo 72) y la nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional (artículo 73).

El Tribunal Constitucional dominicano ha jugado un papel de primer orden en la Constitución de un estado social. Así, declaró conforme a la Constitución las disposiciones normativas que prohíben expulsar a los niños del colegio por falta de pago de los padres, no pudiendo suspenderse el servicio durante el transcurso del año escolar⁹⁹, o establecer un canon de protección reforzada a las personas de edad avanzada cuando estén sometidas a discapacidad¹⁰⁰ y necesiten el amparo de la ley de seguridad social.

94 Sentencia Tribunal Constitucional de Colombia núm. 134/1987, 21 de julio; en igual sentido las sentencias núms. 97/1990, del 24 de mayo y 100/1990 del 30 de mayo, Pizarro Nevado, Rafael, ob. cit., p. 277.

95 Pizarro Nevado, Rafael, *loc. cit.*

96 Ídem.

97 Ídem.

98 RAY GUEVARA, Milton, ob. cit., p. 64.

99 *Ibid.*, p. 346. TC/10203/13, TC 10335/16.

100 RAY GUEVARA, Milton, *loc. cit.*

Así como la protección de la propiedad y su función social, heredera de los preceptos de la Constitución de Querétaro, de Weimar, y la Constitución, el Tribunal Constitucional entendió que la labor del Instituto Agrario Dominicano debe estar guiada por el principio de acceso de los parceleros a la propiedad inmobiliaria¹⁰¹, igualmente realizando un acto de justicia material constitucional, protegiendo el derecho de propiedad, condenado las expropiaciones realizadas al margen de la Constitución y de la ley¹⁰² generadas por acciones de política partidista, injusta y que amenazaban a la justicia y derechos fundamentales de la persona.

El Tribunal Constitucional han dado una sentencia exhortativa, relativa a la política social, proponiendo al Ministerio de Educación y a la Oficina Nacional de Estadísticas la realización de los estudios pertinentes para determinar la cantidad de aulas requeridas en cada distrito escolar¹⁰³, a fin de facilitar el acceso de la educación de cada menor en nuestro país.

En esa protección, garantía y defensa de los derechos el Tribunal Constitucional desempeña un papel vigilante de control de los sectores de poder, para que estos no puedan tomar medidas arbitrarias que choquen con la Constitución y los derechos fundamentales, así se ha decidido sobre omisiones legislativas que causan vulneración a los derechos fundamentales. Así, el tribunal ha expresado¹⁰⁴:

TC/0467/15 del 4 de noviembre de 2015. 9.4. Acorde con lo anterior, si bien es cierto que el accionante, señor Edwin Rafael Marte de León, no ha formulado concretamente una infracción constitucional en contra de la norma impugnada, no menos cierto es que ha invocado una omisión legislativa que, conforme a los argumentos desarrollados por la Junta Central Electoral, afecta la administración local del referido distrito municipal, en relación con los artículos 199, 201 y 202 de la Constitución de la República. Conviene señalar en este punto que la omisión legislativa puede vulnerar garantías constitucionales, por lo que el silencio del legislador puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la

101 Ídem.

102 *Ibid.*, p. 347.

103 Ídem.

104 PERDOMO CORDERO, Nassef, ob. cit., p. 193.

acción directa en inconstitucionalidad, motivo por el cual procede la admisibilidad de la presente acción y conocer el fondo de la misma. 9.5. Lo establecido precedentemente en torno a la omisión legislativa, ha sido igualmente reconocido por la corte constitucional de Colombia, afirmando lo siguiente: la demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa impone al actor demostrar lo siguiente: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo, cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo a la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Esa efectividad expansiva, general y vigilante del incumplimiento, respeto y control en relación de los derechos fundamentales, es reforzada en el artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁰⁵ con el compromiso de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos liberales. En ese apoyo de la arquitectura constitucional, el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución dominicana dispone:

Las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional.

105 Jorge Prats, Eduardo. *Constitución...*, ob. cit. p. 38.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 9 A 13

POR MARITZA ELUPINA CAPELLÁN

V

CAPÍTULO III

DEL TERRITORIO NACIONAL

SECCIÓN I

DE LA CONFORMACIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

Artículo 9.- Territorio nacional. El territorio de la República Dominicana es inalienable. Está conformado por:

- 1) La parte oriental de la isla de Santo Domingo, sus islas adyacentes y el conjunto de elementos naturales de su geomorfología marina. Sus límites terrestres irreductibles están fijados por el Tratado Fronterizo de 1929 y su Protocolo de Revisión de 1936. Las autoridades nacionales velan por el cuidado, protección y mantenimiento de los bornes que identifican el trazado de la línea de demarcación fronteriza, de conformidad con lo dispuesto en el tratado fronterizo y en las normas de Derecho Internacional;
- 2) El mar territorial, el suelo y subsuelo marinos correspondientes. La extensión del mar territorial, sus líneas de base, zona contigua, zona económica exclusiva y la plataforma continental serán establecidas y reguladas por la ley orgánica o por acuerdos de delimitación de fronteras marinas, en los términos más favorables permitidos por el Derecho del Mar;
- 3) El espacio aéreo sobre el territorio nacional, el espectro electromagnético y el espacio donde éste actúa. La ley regulará el uso de estos espacios de conformidad con las normas del Derecho Internacional.

Párrafo. - Los poderes públicos procurarán, en el marco de los acuerdos internacionales, la preservación de los derechos e intereses nacionales en el espacio ultraterrestre, con el objetivo de asegurar y mejorar la comunicación y el acceso de la población a los bienes y servicios desarrollados en el mismo.

Comentario

Una nación se conforma físicamente en un espacio geográfico denominado territorio, el cual está determinado por límites naturales, convencionales o artificiales; en esta disposición terrenal se funda un Estado y es donde este ejerce su poder soberano.

El territorio de la isla La Española es compartido por la República Dominicana y Haití, y, tras las luchas históricas que enfrentaban a ambas naciones por el dominio de la isla, en el año 1929 fue suscrito un convenio de paz en el que se definió la composición territorial de cada uno de los dos países, y la vez se delimitó la extensión de su frontera.

El texto constitucional objeto de análisis establece como característica esencial del territorio de la República Dominicana la inalienabilidad concebida como innegociable, es decir, que no es susceptible de ser enajenado, está fuera del comercio y, por tanto, el Estado no lo puede ceder, traspasar, anexionar ni arrendar a ninguna otra nación o potencia extranjera. Toda tratativa que implique enajenación, traspaso, arrendamiento o cesión del territorio y su conformación en su todo o parte, temporal o definitivamente, y que conlleve la pérdida del ejercicio de la soberanía del Estado sobre el bien enajenado será considerada inconstitucional:

La soberanía territorial se caracteriza por su plenitud, exclusividad e inviolabilidad. La soberanía territorial es plena porque el Estado, dentro de su territorio, ejerce todas las competencias que no haya cedido a organizaciones internacionales o supranacionales y es exclusiva porque no se permite la injerencia de otros Estados dentro del territorio...¹.

1 *Constitución comentada*, 4.ª ed.: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2015, p. 77.

El constituyente del 1963, al tiempo de reconocer como propiedad del Estado dominicano la riqueza del subsuelo y de la plataforma marina, dispuso que se podrían otorgar concesiones para su explotación a nacionales y extranjeros, dando carácter de inalienable e imprescriptible al derecho de propiedad del Estado sobre los yacimientos mineros. La actual Constitución establece la posibilidad no solo de explotación, sino también de exploración de los recursos naturales, sean renovables o no, en favor de particulares, siempre que cumplan con las exigencias de la propia Constitución, de los tratados internacionales y de la ley. Para el caso de los yacimientos mineros y de los hidrocarburos, estas actividades serán permitidas en virtud de concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, al amparo del medioambiente y bajo criterios de sostenibilidad. Se trata de una forma de atenuación a esta característica o principio de inalienabilidad.

Si bien la inalienabilidad del territorio dominicano no fue reconocida por la Constitución dominicana de 1844, para esa época nuestra carta magna dispuso que el territorio de la República Dominicana lo constituía la parte española de la isla de Santo Domingo y sus islas adyacentes y que los límites de nuestro país eran los mismos que en el año 1793 la dividían por el lado occidental de la parte francesa, límites definitivamente fijados². Esto es debido a que tanto España como Francia, en su afán de dominio y ejercicio de su poder sobre los territorios de Europa y el Nuevo Mundo, decidieron repartirse la isla La Española tras la firma de varios tratados de paz en procura de dar solución a sus conflictos, para lo cual se suscribieron cuatro convenios: Tratado de Nimega en 1678, Tratado de Rijswijk en 1697, Tratado de Aranjuez en 1777 y Tratado de Basilea en 1795.

No obstante haberse reconocido como definitivos los límites del territorio dominicano en la Constitución de 1844, en el año 1929 se suscribió el tratado fronterizo al que hemos hecho referencia. Luego de las negociaciones y en aplicación de normas de derecho internacional el Estado dominicano, en el ejercicio de su poder soberano, cedió a Haití más de seis mil kilómetros cuadrados, constituyéndose la frontera y quedando compuesto el territorio dominicano por 48,448 kilómetros cuadrados de los 76,480 que conforma la isla.

2 Arts. 2 y 3, Constitución dominicana de 1844.

En atención a lo anterior, los límites del territorio dominicano fueron variados, lo que fue recogido en nuestra Constitución del año 1963 en su artículo 87, que reconoce que estos han sido fijados por el Tratado Fronterizo de 1929 y su Protocolo de Revisión de 1936, lo que se mantiene en la Constitución actual. El texto de 1963 fijó la característica de irreductibles de los límites territoriales, de donde se deduce que para que estos puedan ser reducidos, debe someterse este aspecto a la modificación constitucional correspondiente.

No solo la parte oriental de la isla de Santo Domingo y sus islas adyacentes forman parte del territorio dominicano, también el mar territorial, el suelo y subsuelo marinos, el espacio aéreo sobre el territorio nacional, el espectro electromagnético y el espacio donde este actúa. Todo lo relativo a la extensión del mar territorial, sus líneas de base, zona contigua, zona económica exclusiva y la plataforma continental deberá ser regulado por una ley orgánica o acuerdos internacionales, lo que es entendible por la naturaleza de la materia de que se trata. La exigencia de regulación de estos componentes del territorio por ley orgánica³ o tratados internacionales está prevista en la Constitución del 2010, pues las constituciones anteriores solo la remitían a la ley ordinaria.

En atención a lo anterior, la República Dominicana se ha hecho signataria de diversos tratados internacionales, en el ejercicio de su poder soberano y como forma de preservar el mar territorial y regular su uso y explotación como fuente importantísima para el desarrollo económico y bienestar social, en particular la explotación de los puertos con fines comerciales, industriales y turísticos.

El espectro electromagnético y el espacio ultraterrestre también reciben un tratamiento constitucional especial, garantizando que el pueblo dominicano acceda a sus beneficios, y cuya protección y vigilancia queda a cargo de los poderes públicos. Tratándose de espacios sensibles, en particular el espacio ultraterrestre que va más allá del espacio aéreo, sujetos

3 Así lo dispone el artículo 112 de la Constitución de 2015: “Las leyes orgánicas son aquellas que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales; la estructura y organización de los poderes públicos; la función pública; el régimen electoral; el régimen económico financiero; el presupuesto, planificación e inversión pública; la organización territorial; los procedimientos constitucionales; la seguridad y defensa; las materias expresamente referidas por la Constitución y otras de igual naturaleza. Para su aprobación o modificación requerirán del voto favorable de las dos terceras partes de los presentes en ambas cámaras”.

a exploración y explotación y considerando que no pertenecen a ninguna nación específica, sino a la humanidad, se hace necesaria la intervención de la comunidad internacional para reglamentar cualquier manifestación de su uso, lo que justifica que su tratamiento se estipule en convenios internacionales, atendiendo a principios de libertad, igualdad, paz mundial, solidaridad y cooperación internacional.

A propósito del territorio dominicano, nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado decisiones de importancia trascendental, en las que muestra su atención y vigilancia a las acciones y decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de sus facultades y unciones, y propicia el respeto y sumisión a la Constitución dominicana.

En su decisión TC/0037/2012 relativa al control preventivo del Acuerdo sobre transporte Aéreo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana, de fecha 29 de noviembre de 2011, estableció que dicho convenio incluyó un concepto restringido de territorio que no abarca el reconocimiento de que el Estado tiene soberanía plena en el espacio aéreo situado sobre su territorio, limitando su ejercicio pleno, lo que contradice la Constitución dominicana.

Al respecto reflexionó:

Es propicio acotar también que la definición del territorio dada por las constituciones dominicana y colombiana guardan una estrecha relación, pues en ambos casos el concepto de “espacio aéreo” está integrado a la redacción de los textos dedicados a delimitar su contenido y ámbito constitucional. Además, el artículo 1 de la Convención de Chicago establece que todo Estado tiene soberanía plena de su espacio aéreo, cuando señala: “Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio”, criterio que no fue tomado como referencia en el presente acuerdo sujeto a control de constitucionalidad⁴.

4 Tribunal Constitucional, TC/0037/2012, 7 de septiembre de 2012.

En su sentencia TC0315/2015 del 25 de septiembre de 2015, relativa al control preventivo de constitucionalidad del Acuerdo sobre Estatus del Personal de los Estados Unidos en la República Dominicana, intervenido entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de los Estados Unidos de América, de fecha 20 de enero de 2015, el Tribunal Constitucional, al tiempo de reconocer al espectro radioeléctrico de la República Dominicana su característica de bien del dominio público y por tanto inalienable, inembargable e imprescriptible, establece en cuáles condiciones puede ser habilitado su uso:

... al ser el espectro radioeléctrico un bien de dominio público con carácter de recurso natural limitado [...], su uso debe ser habilitado para fines que no atenten contra la integridad del recurso mismo y del Estado dominicano. En tal sentido, la habilitación del uso de dicho bien en favor de las fuerzas militares estadounidenses para que dispongan- a su discreción- de sistema de telecomunicaciones y tecnología militar, no es explicado en el acuerdo, y, consecuentemente, no encuentra justificación conforme con la Constitución...

Apoderado de un recurso de revisión contra una sentencia de la Suprema Corte de Justicia que rechazó el recurso de casación de la sentencia dictada por la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís que admite la partición del islote de Cayo Levantado, el Tribunal Constitucional afirmó que este inmueble pertenece al dominio público y dispuso:

Respecto de esta cuestión, ante todo debemos resaltar que el patrimonio nacional está constituido por una masa de bienes de los cuales unos son de dominio privado y otros de dominio público. Esta última categoría de bienes no es susceptible de propiedad privada porque les pertenecen a todos los dominicanos⁵.

5 Tribunal Constitucional, TC/0194/2013, 31 de octubre 2013.

SECCIÓN II DEL RÉGIMEN DE SEGURIDAD Y DESARROLLO FRONTERIZO

Artículo 10.- Régimen fronterizo. Se declara de supremo y permanente interés nacional la seguridad, el desarrollo económico, social y turístico de la Zona Fronteriza, su integración vial, comunicacional y productiva, así como la difusión de los valores patrios y culturales del pueblo dominicano.

En consecuencia:

- 1) Los poderes públicos elaborarán, ejecutarán y priorizarán políticas y programas de inversión pública en obras sociales y de infraestructura para asegurar estos objetivos;
- 2) El régimen de adquisición y transferencia de la propiedad inmobiliaria en la Zona Fronteriza estará sometido a requisitos legales específicos que privilegien la propiedad de los dominicanos y dominicanas y el interés nacional.

Comentario

La declaratoria de interés nacional supremo y permanente del desarrollo económico y social del territorio fronterizo de la República Dominicana y la difusión de la cultura y tradiciones del pueblo dominicano se instauró por primera vez en la Constitución de 1963 y en el mismo sentir permaneció en las demás modificaciones realizadas a nuestra carta magna hasta la del año 2010, con algunas diferencias semánticas.

Como podemos observar, con la modificación constitucional del año 2010 se incluyen otros aspectos dentro de este interés supremo y nacional, entre ellos y en primer lugar la seguridad. La preservación de la seguridad fronteriza es de trascendental importancia para toda nación que comparta frontera con otra; constituye una de las manifestaciones del ejercicio pleno de la soberanía de cualquier Estado.

La seguridad fronteriza incide necesariamente en el desarrollo económico, social y turístico de la zona, controlando y previniendo el contrabando de mercancías y todo tipo de productos naturales o industriales, así como el tráfico ilegal de personas, armas, drogas, etc. El contrabando de mercancías impacta negativamente en los aspectos analizados por las razones siguientes:

- a) fomenta la competencia desleal; los productos contrabandeados suelen venderse a un precio inferior, lo que afecta la producción nacional en vista de que sus precios terminan siendo no competitivos;
- b) merma la capacidad de recolección tributaria, pues el contrabando implica la evasión de impuestos;
- c) afecta la salud, pues los productos que llegan en estas condiciones al territorio dominicano no son sometidos a controles de calidad y fitosanitarios;
- d) desincentiva la inversión extranjera al no contar con la seguridad de que recibirá el retorno de su inversión.
- e) deteriora la imagen de nuestro país a nivel internacional, pues se proyecta como un Estado sin control ni seguridad.

Este impacto negativo sobre la economía socaba la función esencial del Estado:

Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas⁶.

Sin recursos económicos el Estado no podrá ofrecer una vida digna a sus ciudadanos; la perfección de la persona, la justicia social y el bienestar general dependen de servicios básicos, que a su vez son derechos fundamentales, tales como salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad social, entre otros.

6 Artículo 8 de la Constitución dominicana.

El Estado no solo es responsable de la seguridad de la frontera desde el punto de vista analizado, sino también desde la protección física de la nación y de sus habitantes, evitando, previniendo y defendiendo situaciones de conflictos como invasiones, destrucción de propiedades, delincuencia, ataques al medioambiente y utilización inadecuada de la explotación de los recursos naturales en la zona. Esta misión corresponde a las Fuerzas Armadas, e incluye la defensa de la independencia y soberanía de la nación, la integridad de la Constitución, del territorio y las instituciones de nuestro país.

Con este propósito también fue creado el Cuerpo Especializado de Seguridad Fronteriza Terrestre (CESFRONT), dependiente de la Secretaría de Estado de las Fuerzas Armadas (hoy Ministerio de Defensa) para “establecer un dispositivo de seguridad y control permanente en los puntos de entrada y salida a lo largo de la frontera terrestre dominicana”⁷.

A pesar de sus diferencias históricas, las que han costado sangre a ambas naciones, la República Dominicana y Haití han recurrido a las relaciones diplomáticas para resolver sus conflictos de forma amigable y sin necesidad de recurrir a mecanismos internacionales (arbitraje); resultado de ello son el Tratado Fronterizo, el Tratado de Paz, Amistad Perpetua y Arbitraje, los dos del 1929, y el Protocolo de Revisión del Tratado de la Frontera de 1936.

El respeto a la identidad dominicana es de los aspectos relevantes del texto analizado; se trata de una isla compartida por dos Estados, que poseen diferencias culturales importantes, religión, raza, idioma, costumbre, entre otros, y por tanto desde la Constitución dominicana se estatuye como prioridad nacional la difusión de los valores patrios y culturales de nuestro pueblo como forma de garantizar su preservación, evitar confusiones y generar sentimientos de pertenencia en las nuevas generaciones.

Del contenido general del texto de este artículo se puede deducir la intención de un desarrollo fronterizo integral ante el llamado de inclusión de la infraestructura vial, comunicacional y productiva.

Queda a cargo de los poderes públicos la creación y ejecución de programas de inversión pública en obras sociales y de infraestructura para garantizar la seguridad y el desarrollo económico fronterizo. En cumpli-

7 Artículo 1 del Decreto núm. 325-06 del 8 de agosto de 2006.

miento de este mandato fue elaborada la Ley 28-01 promulgada el 1 de febrero de 2001, la que crea una zona especial de desarrollo fronterizo, que incluye las provincias de Pedernales, Independencia, Elías Piña, Dajabón, Montecristi, Santiago Rodríguez y Bahoruco. Las empresas industriales, agroindustriales, agropecuarias, metalmecánica, de zona franca, turísticas, metalúrgicas y energéticas, y cualquier tipo de empresa legalmente establecidas, las que existen y las que se instalen en el futuro, gozarán durante veinte años de las exenciones siguientes:

- a) 100% del pago de impuestos internos, de aranceles aduaneros en materias primas, equipos y maquinarias, así como de cualquier otro impuesto;
- b) 50 % en el pago de libertad de tránsito y uso de puertos y aeropuertos;
y
- c) 50 % de cualquier otro impuesto, tasa o contribución vigentes a la fecha o que se establezcan en el futuro.

También fue creado un Consejo de Coordinación, cuyas funciones son, entre otras, las siguientes: 1) conocer, examinar y dar su aprobación a los proyectos que se propongan para ser instalados en la zona, después de verificar que cumplan con los requerimientos establecidos, para la protección del medioambiente y los reglamentos operacionales de la región; 2) dar apoyo y gestionar para dichas empresas todas las facilidades y exenciones otorgadas por la presente ley; 3) gestionar ante el Poder Ejecutivo las obras de infraestructura que considere necesarias o convenientes para el mejor desenvolvimiento de los proyectos de la zona; y 4) promover y gestionar en el país y en el exterior las inversiones y las zonas de exención.

Al vencimiento del plazo de veinte años establecido para las exenciones que favorecían a las empresas ubicadas en la zona especial de desarrollo fronterizo, surge la Ley núm. 12-21 de febrero de 2021, la que amplía a treinta años las facilidades de exención y a su vez aumenta la base impositiva favorecida, incluyendo en esta ocasión el Itebis, entre otros. También exige a las empresas sujetas a este régimen estar legalmente constituidas y la sujeción a las normas como el Código de Trabajo y la Ley de Seguridad Social. Quedan obligadas a presentar un estudio de factibilidad que per-

mita establecer la relación de los beneficios económicos que aportará la inversión y el gasto tributario que generará. Las funciones del Consejo de Coordinación fueron ampliadas y se estableció un régimen sancionador y de recursos administrativos.

Fuente importante del desarrollo económico fronterizo son los mercados binacionales, relación comercial que ha sido objeto de legislación ordinaria en nuestro territorio mediante la Ley núm. 216-11 del 14 de septiembre de 2011, la que tiene por objeto regular el sistema de mercados de bienes y servicios desarrollados en los municipios ubicados en la frontera de la República Dominicana con la República de Haití con la finalidad garantizar el buen funcionamiento de las actividades comerciales desarrolladas dentro de los mercados de los municipios fronterizos, asegurando un entorno de competitividad, eficiencia y libre mercado⁸.

Otra de las garantías de seguridad en la frontera es el privilegio en favor de los dominicanos y el Estado para la adquisición y transferencia de la propiedad inmobiliaria en la zona fronteriza, siendo esta parte de nuestro territorio sensible, pues se vincula a la preservación geográfica y el respeto a la independencia y soberanía nacional. Se trata de una discriminación positiva y necesaria.

8 Artículos 1 y 2 de la Ley núm. 216-11 del 14 de septiembre de 2011.

Artículo 11.- Tratados fronterizos. El uso sostenible y la protección de los ríos fronterizos, el uso de la carretera internacional y la preservación de los bornes fronterizos utilizando puntos geodésicos, se regulan por los principios consagrados en el Protocolo de Revisión del año 1936 del Tratado de Frontera de 1929 y el Tratado de Paz, Amistad Perpetua y Arbitraje de 1929 suscrito con la República de Haití.

Comentario

Según apunta el profesor Manuel Amiama en su obra *Notas de derecho constitucional dominicano*, hubo un primer Tratado de Paz entre la República Dominicana y Haití en el que se estipuló que comisarios de los dos países trazarían la frontera de acuerdo con “las posesiones actuales”, lo que trajo discusiones entre los legisladores, pues esta expresión podría ser interpretada como las posesiones de ese momento, no las que regulaba el Tratado de Aranjuez, de donde ciertamente surgieron diferencias al considerar los haitianos que la frontera debía marcarse según las posesiones al 1874. Estas dificultades derivaron en los tratados de 1929 y 1936.

Tras las grandes diferencias que por largos años mantenían confrontadas a la República Dominicana y Haití por los límites fronterizos que marcaban el territorio de cada una de las naciones, y que básicamente tenían su origen en el Tratado de Aranjuez de 1777, los gobiernos de los dos Estados conformaron una comisión de seis miembros a fin de determinar los límites de la frontera, lo que culminó en la firma de Tratado Fronterizo el 21 de enero de 1929, el cual fue suscrito en representación de Haití por su entonces presidente, Louis Bornó, y por quien ocupaba igual cargo en la República Dominicana, Horacio Vásquez.

En ese mismo año, específicamente el 20 de febrero de 1929, se firmó el Tratado de Paz, Amistad Perpetua y Arbitraje, en el que la República Dominicana y Haití proclamaron la reprobación de la guerra y todo acto de violencia entre ambas partes. Se comprometieron a no edificar en sus respectivos territorios en un límite de 10 kilómetros de la línea fronteriza ninguna fortificación ni obra de guerra. Se obligaron a someter a arbitraje todas sus diferencias de carácter internacional de un derecho que no se

haya resuelto por vía diplomática y que fuese de naturaleza jurídica. Asimismo, asumieron el compromiso de ejecutar toda decisión arbitral dictada conforme al procedimiento de arbitraje estipulado en el tratado.

En el artículo 10 del referido pacto las partes se comprometieron —en atención a que los ríos y los cursos de agua nacen en el territorio de un Estado y corren por el territorio de otro o sirven de límites entre los dos Estados— a no hacer ni consentir ninguna obra susceptible de mudar su corriente o alterar el producto de sus fuentes. Se estipuló, además, que esta disposición no se podrá interpretar en el sentido de privar a ninguno de los dos Estados del derecho de usar, de una manera justa y equitativa, dentro de los límites de sus respectivos territorios y otros cursos de agua para el riego de las tierras y otros fines agrícolas.

Es por ello que nuestra Constitución hace referencia al uso y protección de los ríos fronterizos, tomando en cuenta el contenido de lo pactado en el tratado a que nos hemos referido, pues es de los dos Estados la obligación de preservar, usar adecuadamente las aguas de los ríos que comparten ambas naciones, cuidar el medioambiente, reforestar la zona fronteriza y las cuencas de los referidos ríos.

Se trata de un tema de la actualidad, pues en la nación vecina se está construyendo un canal de riego con la intención de utilizar las aguas del río Masacre, situación que ha motivado la intervención de los ministros de Relaciones Exteriores de ambos países en búsqueda de una solución diplomática. Aunque en estos momentos las reuniones han sido suspendidas por disposición del Estado dominicano, es importante tomar en cuenta que, según informa la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de República Dominicana, se produjo una declaración de la reunión binacional sobre la situación de las aguas transfronteriza del río Masacre o Dajabón:

Reconociendo, en base a las informaciones presentadas en el día de hoy por los representantes de la delegación de la República de Haití y en el espíritu de entendimiento e intercambio de informaciones como se encuentra planteado en el Tratado de 1929, que la obra iniciada en el río Dajabón o Masacre para la captación de agua no consiste en un desvío del cauce del río;

También se acordó “seguir compartiendo informaciones relativas a todas las obras en materia hídrica realizadas y a realizarse en la zona fronteriza. Crear una Mesa Técnica para mejor entendimiento de los trabajos realizados en la zona fronteriza, en el marco de la Subcomisión de Medio Ambiente y Agricultura de esta Comisión Mixta Bilateral, con miras a la conformación de la Mesa Hídrica Binacional. Elaborar, en el marco de la mesa técnica, un protocolo técnico para el manejo coordinado de todas las cuencas hidrográficas transfronterizas, para garantizar la gestión de los recursos de manera conjunta de acuerdo a lo establecido en el Tratado de 1929 y a las normas de Derecho Internacional”.

Por otro lado, y en lo atinente a los límites fronterizos, la carretera internacional y los bornes que marcan la frontera, cabe destacar que a raíz de que cinco aspectos de los trabajos de la comisión creada para establecer los límites de la frontera quedaron inconclusos; se firmó un nuevo tratado en el año 1935, que llevó a fijar materialmente los referidos límites, y en el 1936 se crea el Protocolo de Revisión del Tratado Fronterizo de 1929 por el que se concertó la revisión de la línea fronteriza convenida en 1929 en el punto donde el camino real que conduce de Bánica a Restauración atraviesa el río Libón y el punto donde ese mismo camino atraviesa el río Artibonito frente a la población dominicana de Bánica, para mejorar las facilidades de paso dadas a los dominicanos en esa parte de la frontera y la revisión de la delimitación prevista en el tratado de 1929 en el sector comprendido entre el Fuerte Cachimán y el río Carrizal.

Igualmente se pactó la construcción de una carretera internacional y los puentes sobre los ríos Libón y Artibonito; ambos Estados serían responsables de pagar el 50 % del costo total, quedando igualmente a su cargo el mantenimiento de carretera y puentes. Se establecieron las condiciones requeridas para la construcción de la carretera y se determinó que su eje sería el límite definitivo entre las dos repúblicas. Las aguas de los ríos Libón y Artibonito pertenecen en partes iguales a los Estados limítrofes y su uso está sometido al Tratado de Paz, Amistad y Arbitraje de 1929. Una vez construida la carretera, se levantará un plano detallado del trazado final, el cual será firmado por las partes, y la línea de eje trazada y fijada por pirámides será considerada como la línea de frontera de ese sector.

La parte de la carretera internacional que pertenece a nuestro país es cuidada por la Armada dominicana, y se lleva el control de las entradas y salidas que se realizan por ella. Esta vía comunicacional constituye un eslabón importante en la realización de mercados binacionales y el transporte de mercancías desde y hacia cada uno de los Estados, de modo tal que Haití es nuestro principal socio comercial, lo que resulta positivamente impactante en nuestra economía. En este sentido, el cuidado y mantenimiento de la carretera y la vigilancia a fin de preservar y hacer respetar la fijación de los bornes que marcan la línea de la fronteriza es cuestión de ambos países y ante cualquier conflicto debe recurrirse en primer lugar a la vía diplomática y, en caso de no llegarse a acuerdo, acudir al arbitraje internacional, como fue pactado en el tratado de 1929.

Es preciso resaltar que este artículo de la Constitución dominicana se refiere “a los principios” consagrados en el Protocolo de Revisión del año 1936 del Tratado de Frontera de 1929 y el Tratado de Paz, Amistad Perpetua y Arbitraje de 1929 suscrito con la República de Haití. De la lectura de tales instrumentos se determina que estos tienen sustento en la paz, la amistad y la fraternidad; así, expresan lo siguiente:

- a) Las ideas de paz absoluta y los lazos de amistad inalterables que deben presidir las relaciones entre la República Dominicana y la República de Haití; b) Para estrechar los lazos de amistad entre los dos países, el espíritu de conciliación en las relaciones que deben existir entre los países; c) Deseos de asegurar entre los dos pueblos una situación de amistad perpetua, de paz y amistad de acuerdo con el ideal de fraternidad panamericana y con los deberes cristianos de una y otra nación; d) Deseos para salvar los obstáculos que pudieran oponerse a la consagración de ese ideal y de esos deberes de avanzar ciertos intereses permanentes que de otro modo podrían ser causa de enojosos conflictos.

En la materialización de tales principios la vía diplomática es, y hasta ahora ha sido, la protagonista.

SECCIÓN III DE LA DIVISIÓN POLÍTICO ADMINISTRATIVA

Artículo 12.- División político administrativa. Para el gobierno y la administración del Estado, el territorio de la República se divide políticamente en un Distrito Nacional y en las regiones, provincias y municipios que las leyes determinen. Las regiones estarán conformadas por las provincias y municipios que establezca la ley.

Comentario

La división político-administrativa constituye una forma de organizar el Estado para garantizar que este cumpla con sus funciones esenciales en favor de la ciudadanía. Garantiza una distribución más equitativa de los recursos, mayor alcance de los servicios sociales y eficientiza la gestión de los poderes públicos.

El artículo 7 de nuestra Constitución dispone:

La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Los principios de organización territorial previstos en la Constitución (artículos 7 y 193) parten de la idea que República Dominicana es un Estado social y democrático de derecho organizado en forma unitaria, que tiene como finalidad propiciar su desarrollo integral y equilibrado y el de sus habitantes, compatible con sus necesidades y con la preservación de sus recursos naturales, de su identidad nacional y de sus valores culturales⁹.

9 Tribunal Constitucional, TC/0152/2013, 12 de septiembre de 2013.

Del contenido del texto del artículo 7 se comprueba la organización unitaria de nuestra nación, lo que no significa que no se trata de un Estado descentralizado, pues es la propia carta magna la que dispone no solo la división territorial en Distrito Nacional, regiones, provincias y municipios que las leyes determinen, sino también la administración local y los gobiernos locales, así como la gestión descentralizada.

El Estado unitario contemporáneo es un Estado descentralizado. Este Estado no comporta, sobre un territorio, más que una sola organización jurídica y política dotada de los atributos de la soberanía. Sin embargo, las colectividades territoriales (provincias, municipios, etc.) componentes del Estado a pesar de no ser titulares de la soberanía, tienen mayor o menor grado de autonomía¹⁰. Desde 1844 la Constitución reconoce la división en provincias del territorio nacional para facilitar la administración desconcentrada de ciertos asuntos nacionales¹¹.

A propósito de la gestión descentralizada, la ley fundamental de la nación pone a cargo del Estado propiciar la transferencia de competencias y recursos hacia los gobiernos locales, de conformidad con esta Constitución y la ley. La implementación de estas transferencias conllevará políticas de desarrollo institucional, capacitación y profesionalización de los recursos humanos. Esta gestión descentralizada implica la entrega de competencias (funciones, actividades, compromisos) y recursos a los gobiernos locales, sin que ello implique delegación de poder. Para llevar a cabo esta descentralización se tomará en cuenta el capital humano a través de su capacitación, otra forma de garantizar la distribución de las riquezas.

Nuestra Constitución habla de una división territorial primaria de regiones, provincias y municipios; también incluye distritos municipales, secciones y parajes.

Las regiones y su conformación serán creadas por la ley, y estas constituyen la unidad básica para la articulación y formulación de las políticas públicas en el territorio nacional (artículo 196 de la Constitución dominicana).

10 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, volumen II: Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2005, pp. 808-809.

11 AMIAMA, Manuel. *Notas de derecho constitucional*: Santo Domingo, Onap, 1980, p. 183.

La provincia es la demarcación política intermedia en el territorio. Se divide en municipios, distritos municipales, secciones y parajes (artículo 197 de la Constitución dominicana) y el representante del Poder Ejecutivo en cada provincia es el gobernador, cuyas funciones están definidas en la Ley 2661 de 1950.

Respecto a las provincias, “su creación obedece a la necesidad de establecer mecanismos que permitan al gobierno central distribuir su autoridad del modo más eficiente entre cada una de las porciones integrantes del territorio nacional...”¹². Vemos que, si bien las provincias obedecen a una determinada porción territorial, su finalidad es distribuir eficientemente los recursos administrados por el Gobierno central a través de sus representantes, los gobernadores.

Los municipios constituyen divisiones o demarcaciones territoriales de carácter administrativo del Estado regidos por un ayuntamiento, los que a su vez son representados por alcaldes y los directores de los distritos municipales representan las juntas municipales.

Cabe resaltar que, como la creación de estas distintas demarcaciones territoriales debe ser fruto de la ley, se entiende que su supresión solo es posible por otra ley, lo que también se deduce de las funciones otorgadas por el artículo 93 literal *d* de la Constitución al Congreso Nacional:

Crear, modificar o suprimir regiones, provincias, municipios, distritos municipales, secciones y parajes y determinar todo lo concerniente a sus límites y organización, por el procedimiento regulado en esta Constitución y previo estudio que demuestre la conveniencia política, social y económica justificativa de la modificación;

El Tribunal Constitucional, en su decisión núm. TC/260/20, del 8 de octubre de 2020, en cuanto a la necesidad del estudio relativo a la conveniencia política, social y económica que justifique la modificación del territorio nacional, aclaró que no significa en modo alguno que se trate de una condición *sine qua non* la existencia de un peritaje por escrito, sino que lo que procura dicha disposición constitucional es que el legislador tenga

12 TRONCOSO DE LA CONCHA, Manuel de Jesús. *Elementos de derecho administrativo con aplicación a las leyes de la República Dominicana*: Santo Domingo, Onap, 1981, p. 343.

plena conciencia de la conveniencia política, social y económica para la nación que implicaría la creación de nuevas demarcaciones territoriales. La conveniencia de la creación de una nueva provincia debe manifestarse en los considerandos de la ley contentiva de la nueva demarcación, conforme a nuestra tradición legislativa.

Respecto a la administración local, el Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales constituyen la base del sistema político administrativo local. Son personas jurídicas de derecho público responsables de sus actuaciones, gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, tienen potestad normativa, administrativa y de uso de suelo fijadas de manera expresa por la ley y sujetas al poder de fiscalización del Estado y al control social de la ciudadanía en los términos establecidos por la Constitución y las leyes (artículo 199 de la Constitución dominicana).

El Tribunal Constitucional dominicano, en su decisión identificada como sentencia TC/0152/2013, estableció lo siguiente:

... la administración local se sustenta en el hecho de que la región constituye la unidad básica para la articulación y formulación de las políticas en todo el territorio nacional. Su competencia, composición, organización, funcionamiento y cantidad están definidos y determinados por ley. En estos criterios se fundamenta y articula la organización municipal para cumplir con sus fines esenciales.

En relación con la administración local, la autonomía de los municipios o de las demarcaciones territoriales en sus distintas acepciones es un tema de importancia capital.

Autonomía regional significa que las instituciones representativas nacionales al ejercer sus poderes en nombre de la soberanía nacional deben dejar cierta esfera de acción gubernativa propia a las subdivisiones territoriales sean estos departamentos, provincias o municipios sobre materias de interés local y que no choquen con los intereses verdaderamente nacionales¹³.

13 Amiama, Manuel, ob. cit., p. 44.

Para Rodríguez Huertas¹⁴, para que haya verdadera descentralización territorial se requiere de entidades que posean una estructura organizativa autónoma y que ejerzan su competencia en un ámbito determinado del territorio nacional. Deben tener independencia frente a las autoridades centrales y deben gozar de la potestad de emitir actos de carácter general que obliguen a los habitantes, incluyendo actos normativos con validez parcial sobre determinados territorios. Dichas entidades deben disfrutar de personalidad jurídica y tener patrimonio propio.

El profesor Amiama consideraba la existencia de la autonomía municipal por el hecho de que antes de la modificación del 2010 el artículo 83 de la Constitución disponía que los ayuntamientos y síndicos eran independientes en el ejercicio de sus funciones, con las restricciones y limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes; sin embargo, este texto no hablaba expresamente de autonomía.

El artículo 194 de nuestra ley fundamental, al que hemos hecho referencia anteriormente, sí pone en contexto el concepto de autonomía, aunque refiriéndose a ella en torno al presupuesto que manejan los ayuntamientos (autonomía presupuestal). Este concepto es reforzado con las demás facultades otorgadas a los gobiernos locales (reconocimiento como personas jurídicas de derecho público responsables de sus actuaciones, patrimonio propio, potestad normativa, administrativa y de uso de suelo), que garantizan su independencia, siempre bajo la fiscalización estatal y el control de la ciudadanía.

La autonomía municipal ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0061/2012 del 9 de noviembre de 2012:

El Tribunal Constitucional, como garante de la Constitución, considera que la Administración Central está obligada a respetar la autonomía de los entes municipales como personas jurídicas de Derecho Público que gozan de patrimonio propio y de autonomía presupuestaria, por lo que la exigencia del cumplimiento de requisitos legales de los administradores de fondos públicos está sujeto al principio de legalidad de sus actuaciones.

14 Referido por Eduardo Jorge Prats, ob. cit., p. 817.

Los ayuntamientos están obligados, tanto en la formulación como en la ejecución de sus presupuestos, a formular, aprobar y a mantener las apropiaciones y las erogaciones destinadas a cada clase de atenciones y servicios, de conformidad con la ley. Sus presupuestos deben ser participativos y propiciar la integración y corresponsabilidad de los ciudadanos en su planificación, elaboración y ejecución, como forma de que los problemas que aquejan a las comunidades puedan ser conocidos, tomados en cuenta y solucionados apelando a criterios de oportunidad, rapidez, efectividad, control y vigilancia por la comunidad misma, logrando un empoderamiento del pueblo en la gestión de sus quejas y precariedades y ser entes activos en el desarrollo integral de sus territorios y miembros.

Artículo 13.- Distrito Nacional. La ciudad de Santo Domingo de Guzmán es el Distrito Nacional, capital de la República y asiento del gobierno nacional.

Comentario

La ciudad de Santo Domingo fue fundada el 5 de agosto de 1498 por Bartolomé Colón; esta constituyó la sede donde se radicó el Gobierno español en el Nuevo Mundo.

Existen diversas tesis en cuanto al nombre que le fue designado, pues hay quienes afirman que se le la denominó “Santo Domingo”, sin el Guzmán, a decir del historiador Juan Daniel Balcácer. Para este la asignación de este último apellido es un error del constituyente del 1966. Este mismo historiador manifiesta:

Fray Cipriano de Utrera es de opinión de que otras dos razones también influyeron en la escogencia de dicho nombre: 1) que el día en que el Adelantado llegó al lugar donde se erigió la pequeña villa era domingo; y, 2) que el padre de los Colón se llamaba Domingo¹⁵.

¹⁵ BALCÁCER, Juan Daniel. “¿Cuál es el nombre de la capital de la República?”, Diario Libre, 7/7/2012, en línea: <https://www.diariolibre.com/opinion/lecturas/cul-es-el-nombre-de-la-capital-de-la-republica-DPDL342881>, 29-7-2021.

De su lado, Eduardo Jorge Prats sostiene:

El nombre otorgado a esta ciudad, según Fray Bartolomé de Las Casas y Oviedo, se debió a que el día de la fundación de esta ciudad se celebraba, precisamente, el día de Santo Domingo de Guzmán, fundador de la orden de predicadores los dominicos, de donde deriva el nombre de República Dominicana y el gentilicio de dominicano¹⁶.

La Constitución de 1844 dispuso en su artículo 6 que la ciudad de Santo Domingo es la capital de la República y asiento del Gobierno; al tiempo de reglamentar la división territorial dominicana estableció cinco provincias, entre ellas Santo Domingo (artículo 4 de la referida Constitución).

Dos modificaciones importantes que se hicieron en relación a la capital dominicana fue su traslado a Santiago de los Caballeros en la denominada Constitución de Moca de 1858, y en el año 1942 cuando en su artículo 4 estableció que “el territorio de la Republica está integrado por el Distrito de Santo Domingo y las Provincias que determine a ley”. En su artículo 5 designó a la antigua ciudad de Santo Domingo con el nombre de Ciudad Trujillo, capital de la República, y el asiento del Gobierno nacional.

En la Constitución del año 1961, mediante el artículo 6 se retoma el nombre de Santo Domingo como capital de la República Dominicana. Este texto del artículo 6 fue replicado por los asambleístas del año 1963 en la parte final del artículo 87. Sin embargo, es en el artículo 6 de la Constitución de 1966 donde figura por primera vez el nombre de la capital de la República como Santo Domingo de Guzmán.

Continuando con las afirmaciones de Juan Balcácer, este manifiesta:

El nombre correcto de la capital de la República Dominicana es Santo Domingo, sin el Guzmán.

Nunca, ni en las constituciones del siglo XIX, ni en las del XX (salvo la reforma de 1966), se usó el apellido Guzmán para referirse a la ciudad capital.

El único caso que puede haber generado cierta confusión, y por eso fue sabiamente corregido en 1879, tuvo lugar a partir de la

16 *Constitución comentada*, ob. cit., pp. 80-81.

reforma de diciembre de 1854 cuando se le llamó Santo Domingo de Guzmán a la Provincia, mas no a la Ciudad Capital de la República, que siguió siendo llamada por su original nombre histórico: Santo Domingo¹⁷.

La actual redacción constitucional respecto al nombre de la capital dominicana experimentó una variación al establecer que Santo Domingo de Guzmán es el Distrito Nacional, cuando en las versiones constitucionales anteriores no existía esta asimilación. Este tema quedó aclarado por el Tribunal Constitucional en su decisión núm. TC/0222/14, del 23 de septiembre de 2014, al tenor de lo siguiente: "... la capital de la República Dominicana, sede del gobierno, puede ser nombrada indistintamente como la ciudad de Santo Domingo de Guzmán o Distrito Nacional".

El hecho de que la sede del gobierno y de la capital quede fijada en el texto constitucional frena la intención y posibilidad de que esta sea modificada fácilmente por mero interés de un particular, sea por razones políticas, económicas o personales.

Sustentados, entre otras razones, en que la administración municipal del Distrito Nacional debe reorientarse para tener la necesaria descentralización y jerarquización de sus funciones, de manera que se garanticen mejores y más eficientes servicios a las comunidades que lo integran, nuestros legisladores del 2001, mediante la Ley núm. 163-01 de fecha 16 de octubre de 2001, decidieron individualizar el Distrito Nacional con la creación de la provincia Santo Domingo, la que a su vez fue dividida en cuatro municipios: Santo Domingo Norte, Santo Domingo Este, Santo Domingo Oeste y Boca Chica. Posteriormente se crearon los municipios de San Antonio de Guerra, Los Alcarrizos y Pedro Brand.

En la Ley 163-01 se establecieron los límites territoriales tanto del Distrito Nacional como de la provincia Santo Domingo. Con esta división, el territorio del Distrito Nacional quedó reducido a 94.01 km² y el de la provincia Santo Domingo a 1302.2 km².

17 Balcácer, Juan Daniel, *loc. cit.*

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 14 A 17

POR MARÍA G. GARABITO RAMÍREZ

Reconocimiento y atribución de nuestros recursos naturales

Artículo 14.- Recursos naturales. Son patrimonio de la Nación los recursos naturales no renovables que se encuentren en el territorio y en los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional, los recursos genéticos, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico.

Comentario

La Constitución dominicana reconoce y establece con precisión que son propiedad de la nación dominicana los recursos naturales no renovables, los recursos hídricos —incluyendo los espacios marítimos bajo su jurisdicción natural—, los recursos genéticos o de origen, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico, así como los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales, por ser consustancial con nuestra existencia como nación y a nuestro territorio.

La carta magna establece de forma conceptual y deliberativa la posición real, correcta y permanente de lo que representa una legislación para que los recursos naturales sean bien atribuidos, y que no exista duda de a quién pertenece este patrimonio, preservando con ello nuestra soberanía.

El cumplimiento de esta disposición constitucional conlleva que la población y el Estado precisen el valor absoluto de estos recursos en favor del ser humano.

Debido a que somos una isla, compartida por dos países, con una frontera terrestre delimitada por el río Masacre que nace en la montaña Pico del Gallo del municipio Loma de Cabrera, provincia Dajabón, República Dominicana —límites marítimos y del espectro radioeléctrico—, el primero de este recurso aprovechado por el país vecino, pueden presentarse conflic-

tos por el uso y aprovechamiento de estos recursos, de ahí la importancia del reconocimiento y precisión de la propiedad de nuestros recursos naturales renovables o no.

1. Sobre el espectro radioeléctrico y la inexistencia de cualquier tipo de derecho de propiedad sobre él

El Tribunal Constitucional ha definido el espectro radioeléctrico como “parte de aquellos bienes intangibles, de dominio público, natural, escaso e inalienable, que forma parte del patrimonio del Estado y que por su función social están sometidos a una regulación especial cuya utilización y otorgamiento de derecho de uso se harán de conformidad con la ley, garantizando los servicios de telecomunicaciones en todo el territorio, conforme a los principios del servicio”¹.

Respecto al espectro radioeléctrico, no se pueden otorgar licencias de propiedad de manera definitiva, atendiendo a la naturaleza del recurso.

2. Los recursos hídricos: los ríos son las venas por donde corren la vida y el alma de nuestro país y del planeta

Artículo 15.- Recursos hídricos. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. El consumo humano del agua tiene prioridad sobre cualquier otro uso. El Estado promoverá la elaboración e implementación de políticas efectivas para la protección de los recursos hídricos de la Nación.

Párrafo. Las cuencas altas de los ríos y las zonas de biodiversidad endémica, nativa y migratoria son objeto de protección especial por parte de los poderes públicos para garantizar su gestión y preservación como bienes fundamentales de la Nación. Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas.

1 Tribunal Constitucional, TC/0351/14, 23 de diciembre de 2014.

Comentario

De acuerdo con nuestra Constitución, el agua constituye un patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. Esto significa que esta tiene una importancia vital para nuestra existencia y desarrollo, por lo que no puede ser privatizada o particularizada con el objetivo de comercializarla.

Es responsabilidad del Estado garantizar su acceso equitativo e igualitario para toda la población. Igualmente, no puede venderse, transferirse o transmitirse por ser inherente a nuestra nación y, en consecuencia, a todos sus habitantes; no pierde vigencia ni valor, no puede ser embargada, ya que es un patrimonio nacional, y no puede ser utilizada más que para beneficio de todos los dominicanos.

La Constitución prioriza su consumo humano sobre cualquier otro uso; en este caso hablamos del agua potable, ya que se distinguen varios tipos de agua, pero solo la potable está destinada al consumo humano, mientras que la dulce se utiliza para la agricultura y otros usos. Asimismo, el agua es primordial para la flora, la fauna y la biodiversidad que se desarrollan dentro de los bosques y montañas de nuestro país.

Para esto, el Estado promoverá la elaboración y planificación de acciones efectivas para la preservación de los recursos hídricos de la nación, a través de las leyes que garantizan la preservación, cuidado, almacenamiento, uso y distribución de estos. Una de las acciones más acertadas y eficaces en este sentido ha sido el bloqueo de nuestras venas con la construcción de presas, represas y aprovechamiento de los saltos de aguas naturales para el consumo humano, la agricultura, la producción de energía hidráulica, entre otros.

El país cuenta con cuatro grandes regiones hidrográficas: Yaque del Norte, Yaque del Sur, Yuna-Camú y Ozama Nizao, las cuales benefician todo el territorio nacional. A pesar de esto, y de que en nuestra carta magna se reconoce que el agua en su condición líquida es vital para la vida del ser humano, un informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) reveló que en República Dominicana el 15 % de la población carece de servicio de agua potable². En otros casos, la falta de infraestructuras adecuadas o

2 Segundo Informe de Monitoreo de los Avances de País en Agua Potable y Saneamiento - Mapas II.

el deterioro de estas hace que muchas familias no tengan acceso al servicio de agua potable o que el mismo sea deficiente, pero lo más desafortunado y desgarrador lo constituyen las fugas y el desperdicio de este líquido vital, ante la realidad citada.

El 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el agua potable y el saneamiento básico como un derecho humano, esencial para la vida digna. Igualmente, nuestro Tribunal Constitucional, mediante la sentencia TC/0049/12, reconoció la importancia del acceso al servicio de agua potable, al precisar lo siguiente:

Los sistemas de abastecimiento de agua potable son considerados parte integral de los servicios de salud que los Estados tienen que proporcionar a toda la población, bajo el entendido de que este “(...) es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud”. (...) *Más adelante, este órgano colegiado, en la Sentencia TC/0289/16, reiteró dicho criterio, al establecer que: La protección especial que dispensa el constituyente dominicano, según el texto constitucional transcrito, se corresponde con la importancia que tiene este derecho, ya que de su disfrute depende la vida y, consecuentemente, todos los demás derechos; por estas razones, la Organización de las Naciones Unidas lo reconoce como un derecho humano (...).* En efecto, en el artículo 1 de dicha resolución se establece que se “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. El Tribunal Constitucional dominicano, mediante la Sentencia TC/0482/16, del dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016), en un caso similar al que nos ocupa en el día de hoy, relativo a la suspensión del suministro del servicio de agua potable por incumplimiento de pagos, estableció: h) En ese sentido, el impedimento de tener acceso al agua potable, por afectar el derecho a la salud se encuentra directamente relacionado con el derecho a la dignidad, contenido en el artículo 38 de la Constitución. i) En efecto, cuando se limita o restringe el derecho de acceso al agua potable se restringe de forma directa el derecho a la salud, lo cual constituye una violación al derecho a tener una vida digna. ee. *La suspensión*

del servicio de agua potable, bajo el alegato de falta de pagos, es una actuación arbitraria e ilegal, ya que el reclamo de pagos por el suministro de agua potable puede realizarse por otros medios que no pongan en juego el derecho a la salud y a la dignidad de las personas, tal como sostiene el precedente establecido en la Sentencia TC/0482/16, relativo a que: (...) nada justifica la suspensión o racionalización del servicio público de agua, pues esto supone una interferencia en este derecho que vulnera la dignidad humana y atenta contra el derecho a la salud, de modo que dada la importancia de este recurso natural, el mismo goza de protección reforzada a nivel constitucional³.

La Constitución amplía y precisa el valor y cuidado de los recursos hídricos, así como las zonas de biodiversidad endémica, nativa y migratoria, para garantizar su gestión y preservación como bienes fundamentales de la nación. Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. Asimismo, la Constitución hace reserva de ley para regular las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional estableció mediante sentencia TC/0378/16: “Se justifica controlar el acceso a instalaciones hoteleras, pero no limitar el acceso al disfrute pacífico a los recursos naturales”⁴.

3. Las áreas protegidas no se explotan, no se venden ni se condicionan

Artículo 16.- Áreas protegidas. La vida silvestre, las unidades de conservación que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y los ecosistemas y especies que contiene, constituyen bienes patrimoniales de la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los límites de las áreas protegidas sólo pueden ser reducidos por ley con la aprobación de las dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras del Congreso Nacional.

3 Tribunal Constitucional, TC/0049/12, 15 de octubre de 2012, en línea: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc004912/>.

4 Tribunal Constitucional, TC/0378/16, 11 de agosto de 2016, en línea: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc037816/>.

Comentario

Se considera área protegida una zona designada que recibe una protección especial por albergar valores naturales, culturales o sociales intrínsecos.

La Constitución de la República tuvo que adecuarse a la Ley Sectorial de Áreas Protegidas, núm. 202-04, de fecha 30 de julio de 2004, ya que es a partir de la reforma del año 2010 cuando se incorpora en la Constitución el reconocimiento y protección de los recursos naturales.

La ley crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y lo define como “el conjunto armonizado de unidades naturales coordinadas dentro de sus propias categorías de manejo, las cuales poseen objetivos, características y tipos de manejo muy precisos y especializados, y diferentes entre ellas, y que, al considerarlas y administrarlas como conjunto, el Estado debe lograr que el sistema funcione como un solo ente”, que conjuntamente con la vida silvestre, son reconocidos por la Constitución como bienes patrimoniales de la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Aun cuando la Constitución no delimita la extensión de las áreas protegidas, lo que queda a cargo de la ley, sí establece que estas solo pueden ser reducidas por ley y con la aprobación de las dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras del Congreso Nacional, es decir, mediante una ley orgánica por las condiciones requeridas para su aprobación o modificación; sin embargo, la Ley de Áreas Protegidas dispone en su artículo 30 que el Sistema Nacional de áreas Protegidas es irreducible en cada una de sus partes y en su totalidad. ¿Aquí la ley es más garantista que la Constitución o sería inconstitucional la ley? Consideramos que la ley es más garantista, lo que no la hace inconstitucional, ya que es la propia Constitución la que hace reserva de ley para su manejo si tomamos en cuenta que el objetivo primario es la preservación de las áreas protegidas, por lo que su irreductibilidad es una garantía de ello.

Actualmente el 25 % del territorio dominicano ha sido declarado área protegida, en cuyo lugar nunca se permitirá la explotación minera.

En el año 2017 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 0021/17 en un caso relativo al establecimiento de un aserradero en el Parque Nacional de Valle Nuevo, Constanza⁵.

5 Tribunal Constitucional, TC/0021/17, 18 de enero de 2017, en línea: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc002117>.

Lo que hace a esta sentencia constitucional una de carácter ambiental es su objeto: un amparo preventivo ante la instalación de un aserradero en el Parque Nacional Juan Bautista Pérez Rancier, ubicado en Valle Nuevo, Constanza. Sin embargo, no es la única característica que le brinda esa personalidad a la sentencia; también lo es el posible daño ambiental que pudo haber provocado el establecimiento de un aserradero en ese lugar. Cuando se habla de “un daño al ambiente”, no se refiere a un daño hecho a un objeto material, a una persona física o jurídica determinada, sino a un daño hecho a un bien jurídico-colectivo, es decir, un bien público que le pertenece a toda la población y que, si es afectado, perjudica directamente tanto a la vida humana como a otros seres vivos, y sus consecuencias se prolongan en el tiempo.

Es por eso que el medio ambiente es un bien jurídico protegido por nuestra Constitución y por la Ley 64-00 de Medio Ambiente, otorgándole la misma importancia que a otros derechos fundamentales; por eso, esta característica es también clave para diferenciar este tipo de daño a otros bienes jurídicos expuestos en las demás leyes dominicanas y que son cometidos sobre otros cuerpos u objetos ya delimitados.

En este mismo orden, cabe también resaltar el siguiente texto que se detalla en la sentencia: “permitir la tala de los pinos y otras especies vegetales en dicha área afectaría gravemente la hidrografía de la isla, ya que en este valle nace el ochenta por ciento (80 %) de los ríos del país, por lo que es conocido como ‘Madre de las Aguas’” y “que como consecuencia de lo anterior, el ecosistema de dicho parque podría resultar irremisiblemente deteriorado, afectando el nacimiento de los principales ríos del país (Yuna, Yaque del Norte, Camú, Yaque del Sur, entre otros), lo cual lesionaría de manera invariable el medio ambiente en República Dominicana”. Aquí nuestro Tribunal Constitucional expone el posible daño que el establecimiento del aserradero causaría al Parque Nacional Valle Nuevo y justifica ya desde el inicio su decisión a favor de los recurrentes con la gran importancia que este parque posee para la vida de millones de dominicanos y la fauna y flora que en él habitan.

Cumpliendo con su deber de velar por el respeto y acatamiento de la Constitución y las leyes dominicanas, el Tribunal Constitucional admite en su forma y acoge en el fondo el recurso presentado. Estos confirmaron que,

real y efectivamente, el juez de amparo no justificó debidamente su decisión y solo se limitó a consignar las alegaciones de ambas partes, además de ignorar documentos de gran importancia como el informe realizado por la Fundación Moscoso Puello.

Después del análisis hecho a los documentos de las partes, en especial los informes de la indicada fundación y del ingeniero forestal escogido por el mismo Tribunal, este último confirmó el peligro que representa el establecimiento de un aserradero y la grave afectación que tendría sobre la hidrografía de la isla. No encontró ninguna razón para realizar esas actividades, en especial cuando el supuesto “beneficio” era solo el “aprovechamiento” de 200 árboles resultantes de los daños.

Basándose en la Constitución y en lo establecido en la Ley 64-00, el Tribunal estableció que la acción de amparo preventivo sometida por los accionantes constituyó la vía más apropiada para proteger sus derechos, que sí hubo una violación al debido proceso, ya que el juez no justificó su decisión debidamente, y que no existía beneficio alguno de la actividad. Por lo tanto, el Tribunal rechazó por completo la instalación del aserradero, aportando un precedente a favor de la protección de nuestro medio ambiente y poniéndolo por encima de cualquier interés particular. El Tribunal aseguró esta área protegida de ser dañada por quien se supone debía protegerla.

El responsable del impacto ambiental en el marco de esta sentencia es el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, al no realizar las previsiones de lugar antes de la instalación del aserradero que le permitiese determinar los daños ambientales que se estarían causando al movilizar los arboles desde el parque Valle Nuevo hasta donde este sería instalado, así como prever que, dejando esos árboles en el lugar de los hechos, permitiría la autorregeneración de la zona afectada.

4. Áreas protegidas vs. derecho de propiedad

El ser humano necesita tener tierras propias, pero más necesita vivir en comunidad dentro de un medio ambiente sano.

El Estado dominicano es capaz de adquirir y administrar bienes que sean considerados de dominio público, no solo por ser una persona jurídica con capacidad de poseer patrimonio, sino debido a que su naturaleza es ser

utilizados por todos los dominicanos. Es por esto último que el derecho de propiedad que posee el Estado dominicano es uno de los más importantes, ya que de este depende el desarrollo de la sociedad dominicana y se sostiene parte del principio de soberanía establecido en nuestra Constitución.

Las áreas protegidas forman parte de ese derecho de propiedad; dichas áreas están llamadas a ser especialmente protegidas tanto por el Estado como por la población dominicana por su valor cultural o ambiental. Lo especial de esta figura jurídica se encuentra en el hecho de que una o varias personas pueden ostentar el derecho de propiedad sobre partes, o por completo, de estas áreas, mientras se demuestre debidamente dicho derecho.

No obstante, dicho derecho de propiedad privada se verá reducido al nivel que se considere necesario para el mantenimiento de la vitalidad e integridad de dicha área, por lo que el o los propietarios no podrán usar ni abusar de ella en provecho de intereses particulares, debido a que hay un interés general en mantener dicha área en beneficio de la colectividad dominicana.

El Tribunal Constitucional se ha referido a este tema en sentencias como la TC/0173/18, con análisis como el siguiente: "... este tribunal debe aclarar que el titular del derecho sobre el inmueble puede, bajo cualquier modalidad de transferencia, ceder a terceros, a menos que el Estado ejerza su opción preferente y prioritaria por tratarse de bienes inmobiliarios que revisten un interés especial para la nación, toda vez que requieren su salvaguarda por revestir las características propias las áreas protegidas y, en consecuencia, estar sometidas a un régimen de titularidad singular".

El TC resalta el hecho de que las áreas protegidas están revestidas de un interés especial, de tal manera que, a pesar de que pueda existir algún derecho de propiedad sobre esta, este tendrá que coexistir con dicha figura jurídica, ya que el área declarada como protegida empieza a formar parte del patrimonio del Estado dominicano, por lo que deberá ser protegida incluso de las acciones que su propietario pudiese querer llevar a cabo sobre ella: "El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos (...) en consecuencia, protege: (i) la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora; (ii) la protección del medio ambiente; (iii) la preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico".

Incluso, nuestra Ley Sectorial de Áreas Protegidas núm. 202-04 señala directamente el deber del Estado dominicano respecto de estas áreas: "... el Estado y los particulares velarán porque las áreas protegidas se utilicen en forma sostenible y sean incorporadas racionalmente al desarrollo económico nacional con el cuidado de que las posibilidades y oportunidades de su uso y sus beneficios se garanticen de manera justa para todos los sectores de la sociedad y para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras". Asimismo, en esa misma línea se indica que dicho deber también lo poseen los "particulares", es decir, todos aquellos que conviven o se benefician de esta área.

A pesar de tener esto en claro, existieron —y existen en la actualidad— problemas motivados por la exigencia del derecho de propiedad sobre estas áreas y el ferviente deseo de algunos de sobreponer los posibles beneficios económicos, sociales o incluso políticos que nazcan de la explotación del área declarada como protegida. Un buen ejemplo es la situación con Bahía de las Águilas, que contiene uno de los ecosistemas más codiciados y hermosos del Caribe y del mundo, pero que a pesar de ser un área protegida muchos mercaderes y empresarios han insistido en la construcción de hoteles o estructuras turísticas para atraer extranjeros al país. Ha sido tanta la insistencia en construir sobre un área cuyo ecosistema es considerado sumamente frágil, que fueron muchos los que decían ser dueños de las mejores tierras y deseaban explotar estas a su favor. Asimismo, muchos inversionistas y empresarios extranjeros buscaron todas las maneras de apoderarse de dichas tierras y desarrollar sus proyectos de construcción que solo traerían perjuicios para Bahía de las Águilas.

Pero la situación de Bahía de las Águilas expone otra triste realidad: las faltas por parte de nuestro Estado al no proteger debidamente, como está obligado a hacerlo, dichas áreas protegidas, ya que los peligros en los cuales se ha visto envuelta han sido en su mayoría proporcionados por el mismo Estado dominicano, ya sea por acceder a negocios con empresarios e inversionistas desesperados por destruir el área para establecer sus proyectos o por no actuar con rapidez ante la avalancha de mentiras sobre la existencia de títulos de propiedad sobre, coincidentalmente, las partes más importantes del área, y dejar que estas adquirieran fuerza gracias a la prensa dominicana.

5. La protección de nuestros recursos naturales por encima del beneficio económico de su explotación

Artículo 17.- Aprovechamiento de los recursos naturales. Los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general, los recursos naturales no renovables, sólo pueden ser explorados y explotados por particulares, bajo criterios ambientales sostenibles, en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, en las condiciones que determine la ley. Los particulares pueden aprovechar los recursos naturales renovables de manera racional con las condiciones, obligaciones y limitaciones que disponga la ley. En consecuencia:

- 1) Se declara de alto interés público la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional y en las áreas marítimas bajo jurisdicción nacional;
- 2) Se declara de prioridad nacional y de interés social la reforestación del país, la conservación de los bosques y la renovación de los recursos forestales;
- 3) Se declara de prioridad nacional la preservación y aprovechamiento racional de los recursos vivos y no vivos de las áreas marítimas nacionales, en especial el conjunto de bancos y emersiones dentro de la política nacional de desarrollo marítimo;
- 4) Los beneficios percibidos por el Estado por la explotación de los recursos naturales serán dedicados al desarrollo de la Nación y de las provincias donde se encuentran, en la proporción y condiciones fijadas por ley.

Comentario

Como los recursos naturales no renovables no pueden ser producidos o regenerados por la naturaleza con la misma rapidez y proporción con que son consumidos por el hombre, el Estado está en la obligación de protegerlos y administrarlos de la mejor manera, según criterios ambientales sostenibles que no comprometan las necesidades futuras de nuestros habitantes.

Con esto se garantiza la exploración, extracción, distribución y uso de estos recursos en beneficio de todos los dominicanos, de manera específica en beneficio de las comunidades donde se encuentren, contribuyendo siempre con su desarrollo económico y reeditando en bienestar social actual e inminente, al menor costo medioambiental y económico posible.

Un país como la República Dominicana, con recursos naturales no renovables diversos y en cantidades considerables, necesita explotarlos para beneficio de su economía. Sin embargo, el Estado debe procurar que ante la explotación de estos recursos el daño medioambiental que se provoque sea mínimo y en condiciones sostenibles, ya que se debe preservar su valor, integridad y sanidad.

A pesar de esto, no siempre su aprovechamiento le generará bienestar a la sociedad dominicana, ya que con su explotación podríamos poner en riesgo las cuencas acuíferas, la biodiversidad, recursos de origen y nuestra propia existencia, razón por la cual la Constitución y las leyes establecen límites y consecuencias para cuando estos se irrespeten.

Debemos destacar que uno de los daños residuales de mayor impacto visual y posible daño medioambiental de la explotación minera lo constituyen las presas de cola o relave, lugar donde se deposita el lodo que resulta del proceso de extracción del oro y la plata; es un material inerte que usualmente está compuesto por rocas molidas, agua y minerales sin valor comercial, pero posiblemente contaminado por el cianuro, lo que es dañino al medio ambiente, por lo que cada día más los comunitarios se oponen a la construcción de estas en sus comunidades.

Una representación fáctica de la importancia del respeto a los límites para la exploración y explotación minera, a fin de preservar el medio ambiente y evitar daños irreversibles, lo constituye el caso de Loma Miranda, en el que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia TC/0167/13 de fecha 17 de septiembre de 2013⁶, confirmó la sentencia del tribunal de amparo que ordenó la paralización de los trabajos de exploración y explotación minera en dicho lugar por parte de la empresa Xtrata Nikel Falcondo, estableciendo lo siguiente:

6 Tribunal Constitucional, TC/0167/13, 17 de septiembre de 2013, en línea: <https://www.tribunal-constitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016713>.

Si bien la explotación de los yacimientos mineros puede constituir una importante actividad generadora de riqueza que contribuye con el impulso del desarrollo económico, no es menos cierto que la necesaria protección del medio ambiente entraña tomar en cuenta los efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad, y cuando los estudios relativos al impacto ambiental de estos arroja resultados de tan alta negatividad, como expresan los informes expuestos por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), capítulo República Dominicana, y por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, es preciso concluir que se ha pretendido la exploración y explotación de yacimientos mineros (recursos naturales no renovables) sin la existencia de un criterio medio ambiental sostenible.

El Tribunal Constitucional resalta en esta sentencia la insensatez de la entidad, al querer explorar con fines de explotación nuestros recursos sin ningún criterio medioambiental sostenible, ignorando el gran daño que sus actividades mineras provocarían a la biodiversidad y a los recursos hídricos de Loma Miranda. Nuestro tribunal no critica el aprovechamiento de los recursos naturales, sino la falta de planificación con sentido ambientalista, el incumplimiento al debido proceso para la elaboración del proyecto minero de Xtrata Nickel Falcondo y por el lugar estratégico donde ocurriría la explotación: una montaña madre de ríos, flora y fauna de gran importancia para la población dominicana.

No obstante, más allá de lo antes mencionado, la gran falta fue cometida por las instituciones estatales de nuestro país: el Ministerio de Energía y Minas, su Dirección de Minería y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. No se explica cómo la institución que está llamada a regular las actividades mineras en el país otorgara sin dudar una concesión minera teniendo en cuenta que dentro se encontraba un área tan importante como lo es Loma Miranda. Asimismo, no se entiende cómo la institución que está llamada a velar por la protección de nuestros recursos naturales y del medio ambiente no advirtiera en ningún momento que dicha entidad había iniciado trabajos de exploración intrusivos y dañinos dentro de un área verde con tanta riqueza hídrica y vegetal. Esto último fue advertido

por particulares, los cuales tuvieron que interponer un recurso de amparo ante la inacción de sus instituciones.

La protección y cuidado de estos recursos están directamente conectados con el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la preservación y consumo del agua y al derecho colectivo a un medio ambiente sano, lo que se concretiza a través del acceso efectivo al derecho a la educación. La educación garantiza la protección de nuestro medio ambiente por parte de la población dominicana al inculcar una cultura ambientalista; después de todo, fue gracias al grado de concienciación de una parte de la población que Loma Miranda no fue severamente dañada y con ello las comunidades que dependen o son directamente impactadas por sus recursos hídricos.

Tomando en cuenta lo anterior, para el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables como los yacimientos mineros, los hidrocarburos, entre otros, estos solo pueden ser explorados y explotados por particulares a partir de criterios ambientales sostenibles, en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas otorgados por las instituciones creadas a tales fines, las cuales deben cumplir con las condiciones que determine la ley y la atinada, oportuna y correcta sentencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la explotación de recursos naturales renovables tales como el sol, el viento, la lluvia, el espectro radioeléctrico, entre otros, por parte de particulares, no se necesita de ningún permiso, debido a que en principio no tienen ningún impacto ambiental negativo. La única limitante al aprovechamiento de estos recursos está supeditada a la libertad que tiene todo ciudadano a un medio ambiente sano y en igual proporción a su uso racional, sin afectar a terceros con iguales derechos y que este tipo de energía no es gestionable, ya que su producción no depende de la voluntad del ser humano. Sin embargo, cuando ese uso sea a gran escala y con fines comerciales, deberá someterse a las obligaciones y limitaciones que disponga la ley, atendiendo a las grandes infraestructuras y tecnología que deben utilizarse y a posibles impactos medioambientales negativos.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 18 A 20

POR SAMUEL ARIAS ARZENO

CAPÍTULO V DE LA POBLACIÓN

SECCION I DE LA NACIONALIDAD

Artículo 18. Nacionalidad. Son dominicanas y dominicanos:

- 1) Los hijos e hijas de madre o padre dominicanos;
- 2) Quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución;
- 3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas;
- 4) Los nacidos en el extranjero, de padre o madre dominicanos, no obstante haber adquirido, por el lugar de nacimiento, una nacionalidad distinta a la de sus padres. Una vez alcanzada la edad de dieciocho años, podrán manifestar su voluntad, ante la autoridad competente, de asumir la doble nacionalidad o renunciar a una de ellas;
- 5) Quienes contraigan matrimonio con un dominicano o dominicana, siempre que opten por la nacionalidad de su cónyuge y cumplan con los requisitos establecidos por la ley;
- 6) Los descendientes directos de dominicanos residentes en el exterior;
- 7) Las personas naturalizadas, de conformidad con las condiciones y formalidades requeridas por la ley.

Párrafo.- Los poderes públicos aplicarán políticas especiales para conservar y fortalecer los vínculos de la Nación dominicana con sus nacionales en el exterior, con la meta esencial de lograr mayor integración.

Comentario

18.1. Nacionalidad

La nacionalidad es definida como la pertenencia jurídica y política de una persona a la población que constituye un Estado¹. Se trata, pues, de un vínculo efectivo y real entre la persona y el Estado, que queda caracterizado por la relación de la persona con los demás nacionales del Estado, su permanencia y desarrollo de vida en común, incluyendo la educación en territorio dominicano².

Es indiscutible que la nacionalidad constituye, a la vez, una prerrogativa estatal y un derecho fundamental; es decir, por una parte, el Estado, a través de sus leyes, se encarga de determinar quién es nacional, y, por otra, es un derecho fundamental de aquellas personas que califican para obtenerla o ya la ostentan. No obstante esta libertad estatal, se ha señalado que:

... no existe materia que, por su naturaleza intrínseca, pertenezca al dominio reservado del Estado, o a su competencia nacional exclusiva. ... la determinación si un asunto recae o no únicamente en la jurisdicción de un Estado es una cuestión relativa, que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En realidad, dicho desarrollo, en materia del derecho a la nacionalidad, ha efectivamente substraído la materia de la competencia nacional exclusiva, y la ha alzado ya hace mucho al plano del orden jurídico internacional. En definitiva, el tema de la nacionalidad no puede ser considerado desde la sola óptica de la pura discrecionalidad estatal, pues sobre él inciden principios generales del derecho inter-

1 DALLOZ. *Encyclopédie*; Civil; VII; L-PAI; *nationalité*, 1998, p. 6.

2 Ordenanza de fecha 4 de diciembre del 2002 dictada por el juez de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, Quinta Sala, en atribuciones de juez de amparo.

nacional así como deberes que emanan directamente del derecho internacional, como, v.g., el deber de protección³.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha señalado que:

... la nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no solo el fundamento mismo de su capacidad política, sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no solo concurren competencias de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana⁴.

La CIDH ha constatado que al menos la mayoría de los Estados del continente americano se basan en un sistema mixto, a través del cual se otorga la nacionalidad mediante la aplicación combinada de los principios del *ius soli* y *ius sanguinis*. Esta tradición de la mayoría de los Estados ha sido un factor que ha contribuido de manera significativa para prevenir y reducir la apatridia en la región.

Es por ello que la noción de nacionalidad ha sido acogida en un sinnúmero de instrumentos internacionales, a saber: a) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; b) Declaración Americana de los Derechos

3 CANÇADO TRINDADE, Antonio A. Voto razonado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de septiembre del 2005, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.

4 Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, párrs. 32 y 33.

y Deberes del Hombre; c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; d) Convención Americana sobre Derechos Humanos; e) Convención sobre los Derechos del Niño. Esto indica que se ha logrado un desarrollo progresivo en el ámbito internacional de un régimen legal respecto al derecho a la nacionalidad.

Por otra parte, si de conformidad con las mismas leyes del Estado una persona califica para ser nacional de ese Estado, ni este último puede privarlo de ese derecho⁵. Por seguridad jurídica, una vez establecidas las reglas de la nacionalidad, estas se imponen a las personas, pero también al mismo Estado que las ha establecido⁶.

Cabe destacar dos novedades importantes que presenta el texto constitucional a partir de la Constitución de 2010. Una con relación a una nueva excepción al *ius solis*, y la otra con relación a la seguridad jurídica de los nacionales.

En relación a la primera novedad, por primera vez se establece que la condición migratoria de los padres es determinante para la atribución de la nacionalidad; en otras palabras, se establece expresamente que no son dominicanos los hijos de personas que residan en condiciones de ilegalidad en la República Dominicana, aun cuando hayan nacido en territorio dominicano. No obstante, es importante señalar aquí que esta reforma constitucional se produce con posterioridad a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de septiembre del 2005 respecto al caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en la que se señala que el estatus migratorio de sus padres no podía constituir, de ninguna forma, una justificación para privarlas del derecho a la nacionalidad.

En relación con la segunda novedad constitucional, el numeral 2 del artículo 18 señala como dominicanos a quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la vigencia de esta Constitución. Se trata de la seguridad jurídica para aquellos que ya son dominicanos antes de 2010, y de igual forma es la garantía para que el Estado no pueda conculcar ese derecho fundamental sobre la base de nuevas disposiciones y excepciones.

5 HEADRICK, William. *Los derechos humanos en Europa y América*: Santo Domingo, UNIBE, 2004, p. 292. Este autor señala que "La Corte sostuvo (Sentencia del 6 de febrero del 2001, Ivcher Bronstein) en base al artículo 20 de la Convención, que protege el derecho a la nacionalidad, que nadie puede ser privado de su nacionalidad, sin diferenciar la forma en que la haya adquirido".

6 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, volumen II: Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2005, pp. 86 y 90. En cuanto a la obtención de la nacionalidad por naturalización.

De esta forma, la Constitución deja plasmado, en lo que respecta a la nacionalidad, el principio de la irretroactividad de la norma, reservando sus efectos para el porvenir. Sobre este tema reviste importancia el análisis de la sentencia TC/0168/13 que cuestiona y ordena auditoría a los registros de nacimiento desde 1929 hasta la fecha⁷.

18.2. Tipos de nacionalidad

Por lo general, dos sistemas son tomados en consideración para atribuir la nacionalidad: uno que toma en consideración el territorio del Estado en el que se produce el nacimiento, conocido popularmente como el *ius soli*, y el otro, que toma como referencia la nacionalidad de los padres independientemente del lugar en donde nacen, conocido como el *ius sanguinis*. Nos basta con señalar dos ejemplos:

1. Los Estados Unidos de América adoptan el sistema del *ius soli*; por lo tanto, toda persona nacida en su territorio es norteamericana, independientemente de la condición de los padres, aun sean estos indocumentados:

La migración irregular es un asunto que preocupa a los países del NAFTA, Argentina, la República Dominicana, Venezuela, y otros países que tienen una cantidad considerable de “indocumentados”. En los Estados Unidos de América, el Pew Hispanic Center, ha estimado en 11 millones de indocumentados inmigrantes en el 2005, de los cuales 6 millones son mexicanos. De esta manera, el 30% de los 36 millones de inmigrantes norteamericanos están en una situación irregular, que se estima se incrementa en 480,000 personas cada año. De estos 11 millones de inmigrantes irregulares, se estima que 7 millones están trabajando. Constituyen por encima del 5% de la fuerza de trabajo de los Estados Unidos y son los pa-

⁷ El 23 de septiembre de 2013 el Tribunal Constitucional de la República Dominicana emitió su sentencia TC/0168/13, que dispone, entre otras cosas, que la Junta Central Electoral realice una “auditoria minuciosa de los libros registros de nacimientos del Registro Civil de la República Dominicana desde el veintiuno (21) de junio de mil novecientos veintinueve (1929) hasta la fecha... para identificar e integrar una lista documental y/o digital... los extranjeros que se encuentran irregularmente inscritos por carecer de las condiciones requeridas por la Constitución de la República para la atribución de la nacionalidad dominicana por *ius soli*”.

dres de 3 millones de niños nacidos en los EUA, quienes son, por consiguiente, norteamericanos⁸. (Traducción libre del autor).

2. El caso radicalmente opuesto lo constituye el de la nacionalidad alemana:

... en el cual los antepasados étnicos juegan un papel determinante. Familias que han vivido en Alemania por generaciones se les niega la nacionalidad por carecer de la “virtud” de la línea sanguínea alemana. Aún cuando un hombre haya vivido toda su vida en Dresden, es un “turco” porque sus tatarabuelos vivían en Turquía. Al final del siglo XX, casi dos millones de “extranjeros” viviendo en Alemania, son precisamente, nacidos en Alemania. Solo con el cambio de milenio estas leyes restrictivas han sido, modestamente reformadas⁹. (Traducción libre del autor).

Ambos sistemas son incluidos en nuestra Constitución para la adquisición original de la nacionalidad dominicana.

En total, la Constitución dominicana establece cuatro formas de adquisición de la nacionalidad dominicana, a saber: la nacionalidad territorial (*ius soli*), la nacionalidad de origen (*ius sanguinis*), la nacionalidad por naturalización y la nacionalidad por matrimonio.

18.3. La nacionalidad territorial (*ius soli*)

El numeral 3 del artículo 18 de la Constitución otorga la nacionalidad dominicana a “las personas nacidas en territorio nacional con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano”. Como se puede observar, el principio establece el derecho a la nacionalidad dominicana en beneficio de toda persona que naciere en el territorio de la República. Este es un derecho del cual goza la criatura que nace, no sus padres, salvo las excepciones establecidas. Es la visión de

8 www.gcim.org/attachements/Fact-sheet-%20Mexico-GCIM-eng.pdf. Preparado por Global Comisión on International Migration (GCIM), pp. 7 y 8.

9 “Citizenship matters”, p. 1, en línea: <http://irregularartimes.com/citizenship.html>.

una persona que es sujeto de derecho, en algunos casos hasta antes de su nacimiento¹⁰, y no un simple objeto de derecho.

Sin embargo, el mismo artículo 18 de nuestra Constitución ha establecido las excepciones al *jus soli* que señalamos a continuación:

18.3.1. Los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares

Algunos aspectos importantes cabe destacar en esta excepción: En esta categoría encontramos a los hijos de extranjeros residentes en el país en representación diplomática, los embajadores, los cónsules y la respectiva empleomanía extranjera acreditada a las embajadas y a los consulados de naciones extranjeras en el país. La claridad del texto despeja las dudas creadas por constituciones anteriores que solamente se referían a embajadores. Por otra parte, también esta excepción despeja las dudas anteriores surgidas al limitar la aplicación de esta a la descendencia producto de una unión matrimonial que establecieron constituciones anteriores, al desterrar la discriminatoria denominación de hijos legítimos que queda sustituida por la de “hijos e hijas”.

En nuestra legislación ya había desaparecido la categoría de hijo legítimo e hijo natural por la de simplemente hijo o hija. El artículo 61 y su párrafo del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescente señala que “todos los hijos e hijas, ya sean nacidos de una relación consensual, de un matrimonio o adoptados, gozarán de iguales derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral. [...] no se admitirá el empleo de denominaciones discriminatorias relativas a la filiación de una persona”¹¹.

18.3.2. Extranjeros que están en tránsito en el país

Por lo general se han confundido los términos de personas en tránsito y transeúntes y se usan como sinónimos, cuando no lo son. La Organiza-

10 Ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 725 del Código Civil, que permite al concebido beneficiarse de una sucesión a condición de que nazca viable.

11 Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes.

ción Internacional para las Migraciones (OIM)¹² aclara las diferencias al establecer que el transeúnte es el “profesional o trabajador calificado que viaja de un país a otro, por lo general como empleado de una compañía internacional o transnacional”. En cambio, se define como tránsito la “escala de duración variada, en el viaje de una persona entre dos o más países o cuando se trata de una cuestión inesperada o a causa de cambio de aviones u otro medio de transporte por motivo de conexión”. De igual forma, tránsito es definido como “paso. Acción y efecto de transitar, tráfico. Lugar de parada en un viaje¹³”.

La Constitución no define el concepto de tránsito, sino que remite al legislador dominicano la discrecionalidad de definir el término al señalar que “se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas”.

Hoy día, la Ley núm. 285-04 sobre Migración, del 15 de agosto del 2005, clasifica los extranjeros en residentes (permanentes y temporales) y no residentes. Estos últimos son considerados “en tránsito, para los fines de aplicación del artículo 11 de la Constitución de la República”, de conformidad con el párrafo del artículo 36. A grande rasgos cabe mencionar que las subcategorías establecidas, limitativamente, en la parte capital del artículo 36 señala como no residentes, bajo ciertas circunstancias, a las personas en las siguientes categorías: 1) turistas; 2) personas de negocio; 3) tripulantes; 4) pasajeros en tránsito; 5) trabajadores temporeros; 6) habitantes fronterizos; 7) deportistas, artistas, académicos y conexos; y 8) estudiantes. En su artículo 28 pone a cargo de las “extranjeras ‘No Residentes’” el deber de “conducirse al consulado de su nacionalidad a los fines de registrar allí a su hijo (a)”, mientras que en el numeral 1 del mismo artículo establece que “todo centro de salud que al momento de ofrecer su asistencia de parto (ya no a una extranjera ‘No Residente’), sino a una mujer extranjera que no cuenta con la documentación que la acredite como residente legal, expedirá una Constancia de Nacimiento de color rosado diferente a la Constancia de Nacimiento Oficial, con todas las referencias personales de la madre”.

12 *Glosario sobre Migración* núm. 7. “Derecho Internacional sobre Migración”, p. 75; Ginebra, 2006.

13 GARCÍA-PELAYO y GROSS, Ramón. *Pequeño Larousse ilustrado*: París, Ediciones Larousse, 1972, p. 1017.

18.3.3. Extranjeros que residan ilegalmente en territorio dominicano

Como hemos dicho, esta excepción a la adquisición de la nacionalidad por *ius soli* aparece por primera vez en la Constitución de 2010. Esta inclusión finalmente cierra la polémica que trataba de igualar a los extranjeros en condiciones de ilegalidad a los extranjeros en tránsito, los cuales sí estaban previstos como excepción para la nacionalidad de sus descendientes.

En aquel entonces la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, mediante la sentencia dictada el 16 de octubre de 2003, intentó hacer la diferencia entre ambos términos al establecer:

... no puede asimilarse la condición de ilegalidad del extranjero al concepto de tránsito, por tratarse de figuras distintas, y además, ni en el reglamento para la aplicación de la ley sobre Migración ni en el informe rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana en el año 1999], se establece la condición de legalidad como requisito para tener derecho a la nacionalidad del lugar de nacimiento; [...] si bien es cierto, que los padres del menor viven en el país en un estado de ilegalidad, no menos cierto es que dicho estado de ilegalidad no puede, en modo alguno afectar a los menores, quienes pueden beneficiarse de la nacionalidad dominicana con sólo demostrar que han nacido en el territorio dominicano, y que sus padres no están cumpliendo función diplomática en el país ni están de tránsito en él¹⁴.

14 Cfr. sentencia núm. 453 de la Cámara Civil de la Corte de Apelación del Distrito Nacional dictada el 16 de octubre de 2003. No obstante ese criterio, en sentido contrario, bajo el imperio de la Constitución de 2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre del 2005, señala: “Considerando, que, en efecto, cuando la Constitución en el párrafo 1 de su artículo 11 excluye a los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él para adquirir la nacionalidad dominicana por *ius soli*, esto supone que estas personas, las de tránsito, han sido de algún modo autorizadas a entrar y permanecer por un determinado tiempo en el país; que si en esta circunstancia, evidentemente legitimada, una extranjera alumbró en el territorio nacional, su hijo (a), por mandato de la misma Constitución, no nace dominicano; que, con mayor razón, no puede serlo el hijo (a) de la madre extranjera que al momento de dar a luz se encuentra en una situación irregular y, por tanto, no puede justificar su entrada y permanencia en la República Dominicana, de lo que resulta que la situación de los hijos (a) de extranjeros nacidos en el país en las circunstancias apuntadas en la primera parte del artículo 11 de la Constitución, no es producto de consideraciones de raza, color, creencias u origen, sino del mandato expreso contenido en el señalado texto fundamental que exceptúa, desde la revisión constitucional de 1929, del beneficio de la nacionalidad dominicana, como se ha visto, no sólo a los hijos (a) de los que estén de tránsito en el país, sino también a los de extranjeros residentes en representación diplomá-

Con la Constitución de 2010 se crea el Tribunal Constitucional de la República Dominicana para “garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales”¹⁵. Dentro de sus atribuciones de amparo, en fecha 23 de septiembre de 2013 dictó la sentencia TC/0168/13, en interpretación de la Constitución de la República de 1966, en que vuelve a equiparar a los extranjeros residentes en condiciones de ilegalidad con los extranjeros en tránsito, como excepción para no conceder la nacionalidad dominicana, de conformidad con las disposiciones del artículo 11.1 de la referida Constitución.

Reiteramos finalmente que, aun con estas diferentes interpretaciones con relación a extranjeros residentes en territorio dominicano en condiciones de ilegalidad y los extranjeros en tránsito, la discusión solo presenta interés para los casos de nacimientos ocurridos antes de la Constitución de 2010, ya que en ella queda claramente establecido que se trata de situaciones diferentes y en ambas se disponen como excepciones para el otorgamiento de la nacionalidad dominicana.

18.4. La nacionalidad de origen (*ius sanguinis*)

El numeral 4 del artículo 18 de la Constitución designa como dominicanos a “los nacidos en el extranjero, de padre o madre dominicanos, no obstante haber adquirido, por el lugar de nacimiento, una nacionalidad distinta a la de sus padres. Una vez alcanzada la edad de dieciocho años, podrán manifestar su voluntad, ante la autoridad competente, de asumir la doble nacionalidad o renunciar a una de ellas”. De igual forma, según el numeral 6 del mismo texto constitucional, también gozan de la nacionalidad dominicana “los descendientes directos de dominicanos residentes en el exterior”. Debemos entender por descendientes directos los hijos, nietos,

tica, lo que descarta que a la presente interpretación pueda atribuírsele sentido discriminatorio; que consecuentemente, no tiene este carácter la ley cuestionada por los impetrantes cuya acción, por tanto, carece de fundamento y debe ser descartada”. También en sentido contrario, ver artículo inédito CRUCETA, José Alberto. “Análisis de la sentencia *núm.* 038-2002-02945, de la Sala Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, Quinta Sala, en atribuciones de juez de amparo, de fecha cuatro (4) de Diciembre del 2002, presidida por el magistrado Juez licenciado Samuel Arias Arzeno. Dada en ocasión de una solicitud de nacionalidad dominicana a los menores Rubén y Stephani Saint Jean Bazil, hijos de nacionales haitianos indocumentados, residentes en República Dominicana”.

15 Artículo 184 de la Constitución.

bisnietos, etc., por lo que la amplitud de este último enunciado parecería que hace innecesaria la mención particular establecida en el numeral 4, exclusiva para los hijos.

Ambos textos consagran el principio del *ius sanguinis*, mediante el cual los hijos e hijas de padre o madre, o ascendencia directa de dominicanos, aun naciendo en territorio de otro Estado, tienen derecho a la nacionalidad dominicana. Los requisitos establecidos en el numeral 4 relativos a la declaración al cumplir la mayoría de edad parecen innecesarios cuando el solicitante se prevalece de las disposiciones del numeral 6, que no lo exige. Hoy más que nunca podemos decir que “este texto constitucional citado presenta un peligro: La nacionalidad dominicana se podrá transmitir indefinidamente de generación en generación. No posee limitación alguna ni en cuanto a número de generaciones nacidas en el extranjero ni en cuanto a requisitos previos o adicionales al de ser hijo de padre o madre dominicano”¹⁶.

18.5. La nacionalidad por matrimonio

En este aspecto, el numeral 5 permite a la persona extranjera que contraiga matrimonio con un dominicano o una dominicana adquirir la nacionalidad dominicana. La gran virtud de este apartado es que la Constitución de 2010 iguala el matrimonio de una dominicana o de un dominicano. En la redacción anterior se limitaba a la suerte, casi accesoria, de la mujer al contraer matrimonio, sea una dominicana con un extranjero o sea una extranjera con un dominicano.

El simple hecho de contraer matrimonio con una dominicana o un dominicano no permite a la persona extranjera optar por la nacionalidad dominicana. En efecto, el texto indicado exige que, además, el extranjero cumpla con los requisitos establecidos por la ley. Aunque no se señala expresamente, esos requisitos, a nuestro juicio, son los establecidos por la ley para la adquisición de la nacionalidad por vía de naturalización.

16 RECIO PÉREZ, Brenda y MANZANO, Claudia. *La nacionalidad en República Dominicana*. Tesis de grado para optar por el título de Doctor en Derecho, UNIBE, 1997, p. 73.

Artículo 19.- Naturalización. Las y los extranjeros pueden naturalizarse conforme a la ley, no pueden optar por la presidencia o vicepresidencia de los poderes del Estado, ni están obligados a tomar las armas contra su Estado de origen. La ley regulará otras limitaciones a las personas naturalizadas.

Comentario

En el numeral 7 del artículo 18 se establece que también son dominicanos “las personas naturalizadas de conformidad con las condiciones y formalidades requeridas por la ley”.

La naturalización es el proceso mediante el cual una persona obtiene la nacionalidad de un Estado al que, en principio es extraño, en razón de la nacionalidad que tiene por su nacimiento u origen.

La nacionalidad por naturalización, dado que es conferida por el Estado y está sujeta a la reglamentación que fije la ley, si está sujeta a pérdida por causales previstas por la ley. En todo caso, la ley no puede de modo irrazonable establecer causales de pérdida de la nacionalidad del naturalizado porque existe un derecho fundamental a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad establecido en la Convención Americana. Entre estas causales, pueden retenerse las establecidas por la Convención sobre Reducción de la Apatridia que admite en su Artículo 8.1 la privación de la nacionalidad en los casos de naturalización fraudulenta, una residencia prolongada en el extranjero o conducta incompatible con los deberes de lealtad¹⁷.

En nuestro país todavía la naturalización se encuentra reglamentada en la Ley núm. 1683 del 16 de abril de 1948, que básicamente regula los diferentes tipos de naturalización y sus respectivos procedimientos, las causas de revocación de la naturalización, así como la readquisición y opción de nacionalidad.

En la antes indicada sentencia TC/0168/13 el Tribunal Constitucional ordenó que el Gobierno implementase el Plan Nacional de Regularización

17 JORGE PRATS, Eduardo, ob. cit.

de Situación Migratoria Irregular, a fin de determinar las condiciones de regularización de dicho genero de casos. En virtud del indicado mandato se aprobó el Decreto núm. 327-13, mediante el cual se estableció que el extranjero que deseara regularizar su situación migratoria debería hacer su solicitud dentro del plazo de dieciocho meses contados desde la entrada en vigor de este plan. Ahora bien, un aspecto relevante del Plan de Regularización fue que el extranjero en situación migratoria irregular que no haya calificado —en el tiempo de duración previsto para este Plan— según las previsiones de regularización establecidas quedaría sujeto a deportación de conformidad con la Constitución y las leyes.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo promulgó en fecha 23 de mayo de 2014 la Ley núm. 189-14 mediante la cual se establece un régimen especial para personas nacidas en el territorio nacional que fueron inscritas irregularmente en el Registro Civil dominicano. Con esta ley, aquellos que entendían beneficiarse del *ius solis*, hijos o hijas de extranjeros en condiciones migratorias irregulares, luego de un plazo de dos años, podían optar por la nacionalidad dominicana, agotando el proceso de naturalización ordinaria previsto por la ley.

Artículo 20.- Doble nacionalidad. Se reconoce a dominicanas y dominicanos la facultad de adquirir una nacionalidad extranjera. La adquisición de otra nacionalidad no implica la pérdida de la dominicana.

Párrafo.- Las dominicanas y los dominicanos que adopten otra nacionalidad, por acto voluntario o por el lugar de nacimiento, podrán aspirar a la presidencia y vicepresidencia de la República, si renunciaren a la nacionalidad adquirida con diez años de anticipación a la elección y residieren en el país durante los diez años previos al cargo. Sin embargo, podrán ocupar otros cargos electivos, ministeriales o de representación diplomática del país en el exterior y en organismos internacionales, sin renunciar a la nacionalidad adquirida.

Comentario

Ya en la reforma constitucional de 1994 se había agregado un párrafo IV al artículo 11 de la Constitución, mediante el cual se estableció que “la adquisición de otra nacionalidad no implica la pérdida de la nacionalidad dominicana. Sin embargo, los dominicanos que adquieran otra nacionalidad no podrán optar por la Presidencia o Vicepresidencia de la República”. De esa prohibición absoluta para optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la República, pasamos a la Constitución de 2010 que establece la posibilidad de aspirar a dichos puestos públicos siempre que hayan renunciado a la otra nacionalidad con diez años de antelación.

Aunque este texto no lo *señala*, la prohibición para aspirar a esos cargos electivos se mantiene para aquellos que hayan obtenido la nacionalidad dominicana por naturalización de conformidad con el artículo 19. De igual forma, esta prohibición también se extiende a aquellos que han adquirido la nacionalidad dominicana por matrimonio, ya que los artículos 123 y 125 de esta misma Constitución establecen que para ser presidente o vicepresidente de la República se requiere ser dominicano de nacimiento u origen¹⁸.

El principio de doble nacionalidad según el texto comentado solo hace referencia al dominicano que adquiere otra nacionalidad. Cabe preguntarse si se le permitiría a un extranjero adquirir nuestra nacionalidad sin perder la que ya ostenta. A nuestro entender el texto no ampara esa situación; de hecho, la Ley núm. 1683 del 16 de abril de 1948 establece la adquisición de otra nacionalidad como causa de pérdida de la nacionalidad dominicana adquirida por naturalización. De igual forma, tampoco sería aplicable a aquellos que adquieren la nacionalidad por matrimonio, porque, en primer lugar, como ya hemos dicho antes, a la larga se trata de una modalidad de naturalización; y, en segundo lugar, porque la misma redacción del texto contenido en el numeral 5 del artículo 18 deja en evidencia una elección de nacionalidad cuando establece que deberá optar por la de su cónyuge dominicano.

18 Hemos utilizado comúnmente la expresión “dominicano de nacimiento u origen”. La realidad es que la nacionalidad de origen incluye la nacionalidad por nacimiento, entendida la primera como aquella que se atribuye a una persona en el momento de su nacimiento. Existen dos criterios básicos para determinarla: el *ius soli* (cuando deba otorgarse la nacionalidad del lugar de nacimiento) y el *ius sanguinis* (se atribuya la nacionalidad en virtud del vínculo de filiación). Ver <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/nacionalidad-por-origen/nacionalidad-por-origen.htm>.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 21 A 25

POR SERGIO ANTONIO ORTEGA

SECCIÓN II DE LA CIUDADANÍA

Artículo 21.- Adquisición de la ciudadanía. Todos los dominicanos y dominicanas que hayan cumplido 18 años de edad y quienes estén o hayan estado casados, aunque no hayan cumplido esa edad, gozan de ciudadanía.

Comentario

De la ciudadanía

El hombre, cual sostenía Aristóteles, es un ser social y político; de ahí que para su satisfacción ha necesitado socializar con los demás, resultando casi imposible la vida en aislamiento y por eso el nacimiento de comunidades que con el tiempo evolucionaron a las polis o ciudades. Con el desarrollo de la participación popular en la vida democrática, fue necesario crear normas para manejar esa vida en sociedad. Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía fueron determinantes, al extremo de que ambos términos en muchas constituciones se confunden. Ello implicó regular quién era nacional y quién era ciudadano, para lo cual cada sociedad escogió formas, parámetros y teorías diferentes en el otorgamiento de ambas condiciones.

La ciudadanía, al decir del Lic. Manuel Amiama, “es la condición jurídica que inviste a la persona del derecho de tomar parte activa en la vida política del país a que pertenece”¹. De esta simple definición, reiterada en todos los manuales constitucionales, queda claro que el ciudadano es más que un individuo que se desarrolla en una sociedad cualquiera, sino que es una persona involucrada en el quehacer público de su sociedad. Quizás por eso el constituyente dispuso criterios a considerar en el otorgamiento de

1 AMIAMA, Manuel A. *Notas de derecho constitucional*: Publicaciones ONAP, 1980, p. 106.

dicha condición, ya que no es solo un derecho sino también un privilegio, en algunas naciones se dice que un honor, por tanto regulable de conformidad con el objetivo del proyecto de nación, en nuestro caso el Estado social y democrático de derecho.

Esa condición ha pasado en la historia de la humanidad por múltiples facetas, desde la antigua Grecia y Roma, donde tal condición era atribuida con muchas restricciones, principalmente a quienes resultaban nacionales de esos estados, libres y nobles de sangre, a propietarios o a personajes importantes en el caso de Europa y de la Revolución francesa, antes de la cual el derecho a portar armas era solo para los ciudadanos y nobles, ya que se entendía como un honor y privilegio poder defender la comunidad, lo que obligada a morir por su patria en las guerras justo a los personajes más importantes. La ciudadanía, por tanto, resultaba incómoda y parecía un suicidio al que no se deben los plebeyos, ¡vaya derecho!

Eso limitaba la posibilidad de conformar grandes ejércitos, ya que esta condición de nobleza no la poseía mucha gente. Justamente uno de los méritos de la Revolución francesa para atribuir la nacionalidad a todos los franceses, lo que por vía de consecuencia se extendió a toda Europa, no viene solo por un espíritu democrático, sino también de la necesidad de formar los ejércitos que eran imprescindibles para las luchas y conquistas posnapoleónicas.

Evidentemente, el concepto de libertad y participación en el Estado burgués naciente fue fundamental para que de la condición de privilegio exclusivo se pasara a la ciudadanía casi universal, asociada a la nacionalidad pero de forma más amplia del concepto que hasta ese momento se tenía.

Siendo la democracia el gobierno para el pueblo y por el pueblo, es de entender que en la actualidad la concesión de ciudadanía esté dirigida de manera universal a todas las personas para fines de asegurar su involucramiento en la vida política y en la toma de decisiones trascendentes de la colectividad, salvo las excepciones que la propia Constitución establece. Tal otorgamiento está directamente ligado al principio de igualdad de los dominicanos, así como al pluralismo político y el ejercicio de la democracia como modelo de gobierno. De ahí que el derecho a elegir y por tanto participar en los procesos electorales tanto de forma activa como pasiva, permitiéndole votar y ser elegible no solo en estos sino también en los referéndums, es el centro de la condición de ciudadanos.

Hay que destacar que han existido tres teorías para otorgar la ciudadanía, que conforme a lo comentado por Nuria González Martín² destacan la teoría nacional, la teoría republicana y la multicultural. Se entiende la primera como aquella que da valor preferente a la nacionalidad, al territorio y a la sangre; la republicana está más vinculada a los aportes que en materia de aseguranza del modelo republicano puede hacer el individuo, mientras que la multicultural valora las comunidades inmigrantes, sus aportes al Estado nación y se pudiera decir que es la más incluyente, ya que no privilegia solo el nacimiento, el patrimonio, la sangre o los títulos nobles, sino que incorpora en la construcción de ciudadanía a inmigrantes y extranjeros, que también contribuyen a generar ciudadanía en los países donde son acogidos.

Podríamos decir, reiterando lo externado por el jurista Eduardo Jorge Prats³, que la Constitución política del 2010, apenas modificada en el 2015 para una cuestión coyuntural y puntual respecto a la elección presidencial, incorporó derechos políticos, ya que los demás derechos fundamentales estaban otorgados para todas las personas, sin distinción de condición, nacimiento o edad, destacándose que esa incorporación de derechos políticos da una dimensión al individuo que va más allá de su propio desarrollo y lo compromete con la construcción de democracia y su mantenimiento.

Hay que destacar que nuestra Constitución, sumado a estos artículos del 21 al 24, que son básicos, refiere el concepto de ciudadanía en otros tres casos puntuales, como son el artículo 243, que pone las cargas públicas sobre los ciudadanos sobre la base de los principios de legalidad, igualdad y equidad, lo que deviene en un deber de aportar al sostenimiento del sistema, así como soportar las cargas públicas como señal de buena ciudadanía, y hace a los individuos compromisarios de la construcción de la vida pública, para los que instaura deberes fundamentales, a los que se referirán otros magistrados.

Nos encontramos por igual con el artículo 252 respecto a las Fuerzas Armadas al indicar que son obedientes al poder civil, apartidistas y no tienen facultad en ningún caso para deliberar, concepto que se repite en el artículo 255 respecto a la Policía Nacional, con lo que hacen una excepción

2 GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. *Constitución comentada de los Estados Unidos Mexicanos*: México, UNAM, 2021.

3 JORGE PRATS, Eduardo. *Constitución comentada*: Santo Domingo, FINJUS, 2011.

a la participación pública de dichos cuerpos. Estos tienen una razón histórica en una nación atribulada por golpes de Estado en el pasado y donde la condición de cuerpo armado ponía a depender hasta a los presidentes de la voluntad de estos organismos, obligando a presidentes activos — como el caso de Juan Bosch— a abandonar el Palacio Nacional; pero no menos cierto es que cada día es menos necesaria esta restricción, visto el desarrollo institucional de nuestras Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, tal como dijimos en el acápite relativo al sufragio activo, que conforme a nuestro humilde criterio no haría deliberante a ambas instituciones pero sí aseguraría la participación de sus miembros no solo como guardianes del proceso, sino como actores de primera línea en la decisión de quién debe goberarnos y gobernarlos, ya que se elige entre otros al comandante en jefe de dichas instituciones resultando totalmente contradictorio con el espíritu democrático que ellos no puedan intervenir en la elección de quien los comandará y quien podría incluso enviarlos a la guerra.

Por igual, en la parte de nuestra Constitución relativa a los estados de defensa, artículo 263, esta es clara en que los derechos de ciudadanía no pueden ser suspendidos. Con mucho más razón queda implícito que en los de emergencia y conmoción interior tampoco pueden ser suspendidos, aunque obviamente algunos procesos de la participación política o electoral devendrían en afectados si en uno de esos estados nos encontráramos, ya que sería impensable que en medio de un estado de conmoción interior se pudieran celebrar elecciones o referéndums, aunque ya, como vimos, en medio de un estado de emergencia sanitaria sí es posible celebrar elecciones con más o menos garantía de participación y asegurando la integración de la ciudadanía en dichos procesos.

La ciudadanía

Todos los nacidos en la República Dominicana al cumplir los 18 años, o que se hayan casado, disfrutan de la condición de ciudadanos de forma automática, sin necesidad de proclama o inscripción, ya que es una condición que atribuye la Constitución para la participación activa de los mayores de edad en la vida pública de la República, constituyendo este el principio.

La ciudadanía dominicana, como vemos, se adquiere de forma automática al cumplir los 18 años establecidos como mayoría de edad en nues-

tro Código Civil o cuando ocurre el evento civil del matrimonio sin haber cumplido esta edad, de modo que nuestro sistema está muy vinculado a la teoría nacional, conforme a la cual son ciudadanos todos los que alcanzan determinados parámetros como edad o desarrollo personal, si tomamos en cuenta que tanto la mayoría de edad, como el matrimonio hacen suponer un desarrollo suficiente de la personalidad para participar de forma activa en las gestiones de la cosa pública, de ahí la plena facultad personal y política de las personas al alcanzar tales condiciones.

Ello no es casual, toda vez que nuestro orden jurídico ha sido profundamente influenciado por la revolución francesa y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que proclamó que “los hombres han nacido y continúan siendo libres...”. El concepto de ciudadano evolucionó, ya que no solo reconoció la condición de libertad desde el nacimiento, sino la necesidad de que continúen siéndolo para concreción del estado general de bienestar que esa revolución perseguía, y por tanto la participación en la vida pública pasó a ser de una decisión particular a un derecho de las personas.

Hemos escuchado referir en la doctrina laboral, particularmente al Dr. Rafael Alburquerque y en sentencias laborales muy progresistas, el concepto de ciudadano trabajador. Sin embargo, esa concepción, a nuestro humilde modo de ver las cosas, limita los derechos del trabajador en vez de incrementarlos, ya que la ciudadanía es una condición de participación política adicional a derechos que ya tiene la persona en cuanto a los humanos-fundamentales, de ahí que el concepto de ciudadano trabajador implica una reducción en las prerrogativas que tiene la persona trabajadora, ya que el ejercicio ciudadano es restringido mientras que los derechos de la persona son más amplios. Reconociendo el interés progresista de tal concepción, manifestamos nuestra discrepancia con ella, por cuanto entiendo el trabajador amplía su horizonte de derechos al considerarse persona trabajadora y no ciudadano trabajador, porque ello conlleva la posibilidad de que su participación en la cosa pública laboral sea restringida. Tal es el caso de los menores de edad y extranjeros, que aún siéndolo tienen derechos humanos como persona y laborales como trabajadores, los que no podrían ejercitar si la condición de ciudadano fuera la requerida, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 25 de nuestra Constitución que señala: “Los extranjeros y

extranjeras tienen los mismos derechos y deberes que los nacionales, con las excepciones y limitaciones que establecen esta Constitución y la ley”. De modo que es admisible cualquier limitación, siempre que se haga por la vía indicada.

Artículo 22.- Derechos de ciudadanía. Son derechos de ciudadanas y ciudadanos:

- 1) Elegir y ser elegibles para los cargos que establece la presente Constitución;
- 2) Decidir sobre los asuntos que se les propongan mediante referendo;
- 3) Ejercer el derecho de iniciativa popular, legislativa y municipal, en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes;
- 4) Formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés público y obtener respuesta de las autoridades en el término establecido por las leyes que se dicten al respecto;
- 5) Denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo.

Comentario

Ya vimos que la Constitución del 2010 amplió los derechos ya no solo a la posibilidad del sufragio para participar del ejercicio democrático de que disfrutábamos antes de esa reforma, sino que se incorporaron otros mecanismos de decisión, como los referéndums, o acciones de tipo ciudadano en la denuncia de ilícitos por parte de funcionarios. De esto se desprende que la Constitución consideró al ciudadano no como un mero votante o candidato sino que lo visualizó decidiendo en todas las cuestiones trascendentes de la vida pública y lo hizo parte activa en la denuncia de la corrupción o los ilícitos de los funcionarios públicos, y por tanto vigilante no solo del inicio democrático y sus procesos, sino también supervisor y corrector de los desvíos del funcionariado.

Siendo el derecho al sufragio la parte troncal de los derechos ciudadanos, resulta útil reseñar que el principio es que todos los dominicanos

adquieren este derecho al llegar a la mayoría de edad o por el matrimonio; sin embargo, nuestra legislación electoral hace exclusiones, que en muchos casos no resisten el análisis constitucional, como es la restricción al voto por parte de militares y policías. Tal como sostuvo en el 2011 la ahora magistrada Pilar Jiménez Ortiz⁴, debería permitirse el voto a los militares y policías, ya que, conforme a su criterio, eso aseguraría un ejercicio ciudadano compatible con la Constitución.

Pareciere que respecto a ese numeral 1 del artículo 22 la Ley Electoral, en alegada concordancia con los postulados de los artículos 252 respecto a las Fuerzas Armadas y el 255 respecto a la Policía Nacional, les ha prohibido participar en el sufragio, ya como sujeto activo o pasivo —esto es, elegir o ser elegible—, fundándose en razones de orden histórico o para evitar que las armas estén al servicio de algún candidato o grupo de candidatos. Si bien las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional como instituciones no tienen ni deben tener en ningún caso derecho ni facultad deliberativa, ello no impide que se reconozca a los militares y policías el derecho al sufragio activo, esto es, el de elegir, ejerciendo el derecho a voto, como cualquier otro ciudadano. Si bien esta restricción tiene razones que no son para desdeñarse, lo cierto es que de manera práctica y en los hechos cuando han querido participar lo han hecho solapados; una cosa es que la institución no delibere y otra que no se permita ejercer el derecho al voto a sus integrantes.

El mejor ejemplo de instituciones a quienes se les prohíbe el proselitismo partidario o la actividad política es el Poder Judicial y eso no impide que sus integrantes ejerzan el derecho al voto de forma activa, aun cuando se mantiene la restricción al sufragio pasivo, observando la prudencia que la condición de juez, militar o policía implicaría a la hora de ejercer el sufragio, pero sin negar ese derecho ciudadano, principio básico de la condición de ciudadanos. Los jueces hemos ejercido ese derecho ciudadano sin ninguna turbación al proceso electoral; creo que los militares y policías también pueden hacerlo.

En mi caso entiendo que la sociedad dominicana ha madurado lo suficiente como para que la restricción a los militares y policías ya pueda ser abandonada, al menos en el renglón del ejercicio activo, aun cuando se mantenga el impedimento respecto a ser elegidos, ya que ello obligaría a un comportamiento proselitista, incompatible con su condición.

4 JIMÉNEZ ORTIZ, Pilar. *Constitución comentada*: Santo Domingo, FINJUS, 2011

Respecto a participar en los referéndums, y siendo estos generalmente para cuestiones trascendentes de la vida pública, entiendo que no hay razón para impedirle a ningún ciudadano, ni a policías y militares, su participación, con las limitaciones que para el efecto pudiere disponer la ley, respecto a evitar proselitismo o acciones que pongan en entredicho la imagen de la institución a la que prestan servicios.

Ya en cuanto a iniciativa legislativa o municipal, reclamo a los órganos públicos del cumplimiento de actuaciones o al propio querrellamiento respecto a funcionarios, ya tiene otros matices, que entiendo deben mantenerse restringidos, por resultar razonables y compatibles con las delicadas funciones y la perturbación que su activismo pudiere significar.

Artículo 23.- Pérdida de los derechos de ciudadanía. Los derechos de ciudadanía se pierden por condenación irrevocable en los casos de traición, espionaje, conspiración; así como por tomar las armas y por prestar ayuda o participar en atentados o daños deliberados contra los intereses de la República.

Comentario

Como vemos, la nacionalidad es generalmente un vínculo indisoluble; sin embargo, la ciudadanía soporta restricciones cuando se pierden algunas de las condiciones que la otorgaron. Es que el interés general está por encima del particular, de ahí que las limitaciones que impone o pueda imponer la ley resultan legítimas, ya que en estos casos en que se pierden definitivamente el ciudadano está afectado de una realidad que no le permite o no debe permitirle participar de las grandes decisiones.

Así vemos que en el caso de condena irrevocable por traición a la patria, espionaje o conspiración, tomar armas o prestar ayuda en daños contra los intereses de la nación, la sociedad ha entendido que permitirle decidir en los acontecimientos decisivos de la nación es poner en manos de “enemigos” el destino de la República, por lo que razonablemente se extingue la condición de ciudadanía aun cuando la persona conserva los derechos humanos que le son inherentes por su sola condición de persona.

Tiene lógica que los derechos de ciudadanía, por tratarse de una condición para el ejercicio y participación pública, esté sujeto a la posibilidad de perderse, cuando se produzca una condena en casos graves contra la República, ya que es una concesión republicana que puede perderse excepcionalmente. A diferencia de la nacionalidad, que no se pierde para los que la adquieren de forma natural, la ciudadanía es una condición que da la nacionalidad de forma condicionada, por ello hay que demostrar un comportamiento para su mantenimiento, ya que, como los derechos no son absolutos, justamente pueden ser limitados por la propia ley.

Artículo 24.- Suspensión de los derechos de ciudadanía. Los derechos de ciudadanía se suspenden en los casos de:

- 1) Condenación irrevocable a pena criminal, hasta el término de la misma;
- 2) Interdicción judicial legalmente pronunciada, mientras ésta dure;
- 3) Aceptación en territorio dominicano de cargos o funciones públicas de un gobierno o Estado extranjero sin previa autorización del Poder Ejecutivo;
- 4) Violación a las condiciones en que la naturalización fue otorgada.

Comentario

Por igual, los derechos de ciudadanía pueden ser suspendidos temporalmente en los casos menos graves que la traición cuando se es condenado a pena criminal o se aceptan cargos sin autorización del jefe de Estado, igual cuando se violan las condiciones de la naturalización. En este caso la participación en actos reñidos con los intereses de la nación son sancionados con la suspensión temporal, lo que se explica en que no puede mantenerse estigmatizada de por vida a una persona porque haya delinuido y haya sido condenada por un crimen. Si bien se asume que la persona abandonó su compromiso de ciudadanía al delinquir en cuestiones graves, no menos cierto es que su sanción termina con la condena que la ley le haya impuesto. Mal podría mantenerse de por vida privado de su condición de

ciudadano, máxime cuando el objetivo básico del sistema penitenciario es precisamente la reinserción del delincuente a la sociedad.

Por igual respecto a los naturalizados, es decir, aquellos que obtuvieron la nacionalidad dominicana no por nacimiento, sino por una autorización administrativa, es natural que la autoridad que la concedió tenga la posibilidad de suspenderla cuando los acontecimientos le permitan apreciar que el beneficiado se haya hecho inmerecedor del disfrute pleno de tal condición.

SECCIÓN III DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA

Artículo 25.- Régimen de extranjería. Extranjeros y extranjeras tienen en la República Dominicana los mismos derechos y deberes que los nacionales, con las excepciones y limitaciones que establecen esta Constitución y las leyes; en consecuencia:

- 1) No pueden participar en actividades políticas en el territorio nacional, salvo para el ejercicio del derecho al sufragio de su país de origen;
- 2) Tienen la obligación de registrarse en el Libro de Extranjería, de acuerdo con la ley;
- 3) Podrán recurrir a la protección diplomática después de haber agotado los recursos y procedimientos ante la jurisdicción nacional, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.

Comentario

Si partimos de que el principio descrito en el artículo 25 de nuestra Constitución respecto a los extranjeros es que tienen los mismos derechos y deberes que los nacionales, es claro que solo pierden aquellos que expresamente la Constitución y las leyes le restrinjan. Sin embargo, con la globalización y la existencia de diásporas cada vez más numerosas, en los países se ha ido flexibilizando la prohibición a los extranjeros de no participar en actividades políticas, incluso ya no se limita al sufragio de su país

sino que se les permite caravaneos o actividades políticas como fijación de posiciones a veces políticas respecto incluso a cuestiones netamente internas aunque con implicaciones globales.

La restricción a los extranjeros de participar en actividades políticas o a inmiscuirse en los asuntos internos de la nación que los ha acogido tiene una explicación razonable en mantener en manos de los dominicanos la solución de sus problemas, así como decidir su propio rumbo sin injerencia foránea alguna, en una reminiscencia del casi abandonado principio del derecho internacional, respecto a la autodeterminación de los pueblos.

La obligación de registrarse en el libro de extranjería, si bien es para los ciudadanos, por el hecho de tener los mismos deberes y no ser dominicanos están en la obligación de hacer conocer su condición, así como registrarse, lo que ocurre incluso con los menores aún no ciudadanos, por cuestiones de control, registro de extranjería en el que han terminado muchos dominicanos por cuestiones de ascendencia.

La limitación de la protección de sus embajadas está hecha para evitar presiones internas sobre cuestiones particulares, permitiendo a estos acudir a la antes dicha protección, una vez agotan los procedimientos ordinarios de reclamo en la justicia o por las vías administrativas correspondientes. Ello tiene una explicación razonable en el hecho de que la diplomacia, si bien no es para cuestiones particulares tampoco puede privarse al extranjero de la protección que sus leyes pudieran acordarle, lo que encuentra excepción en los convenios internacionales que dispongan otra cosa. Al ser la República Dominicana, como bien señala Eduardo Jorge Prats⁵, un Estado abierto al derecho internacional, aplica no solo este derecho, sino las declaraciones producidas respecto a los derechos humanos y muy particularmente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su propio texto constitucional para evitar toda discriminación no legítima ni razonable.

5 *Loc. cit.*

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 26 A 28

POR DELIO GERMÁN

Artículo 26.- Relaciones internacionales y derecho internacional. La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia:

- 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado;
- 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial;
- 3) Las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional;
- 4) En igualdad de condiciones con otros Estados, la República Dominicana acepta un ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia, y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones. Se compromete a actuar en el plano internacional, regional y nacional de modo compatible con los intereses nacionales, la convivencia pacífica entre los pueblos y los deberes de solidaridad con todas las naciones;
- 5) La República Dominicana promoverá y favorecerá la integración con las naciones de América, a fin de fortalecer una comunidad de naciones que defienda los intereses de la región. El Estado podrá suscribir tratados internacionales para promover el desarrollo común de las naciones, que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes, y para atribuir a organizaciones supranacionales las competencias requeridas para participar en procesos de integración;
- 6) Se pronuncia en favor de la solidaridad económica entre los países de América y apoya toda iniciativa en defensa de sus productos básicos, materias primas y biodiversidad.

Artículo 27.- Representantes. La República Dominicana tendrá representantes ante los parlamentos internacionales respecto a los cuales haya suscrito acuerdos que le reconozcan su participación y representación.

Artículo 28.- Requisitos. Para ser representante ante los parlamentos internacionales se requiere ser dominicano o dominicana en pleno ejercicio de derechos y deberes civiles y políticos y haber cumplido 25 años de edad

Comentario

Introducción

La Constitución dominicana declara que es la “norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado” (art. 6) y que los poderes públicos “interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos” (art. 74.4).

Lo cierto es que, desde la Segunda Guerra Mundial, las decisiones y acciones de los Estados que se consideran de “política exterior” han llegado a constituir un importante campo de investigación en los países occidentales. Este proceso refleja preocupaciones fundamentales, compartidas igualmente por los funcionarios y el público general, acerca de las peligrosas consecuencias de percibir erradamente las intenciones de otros Estados en un medio internacional altamente impredecible. Muchas veces se expresa preocupación acerca de la prudencia, eficiencia y consistencia de las decisiones del Gobierno del propio país.

A diferencia de los países más pequeños, que carecen de los recursos para alterar su medio externo de modo perceptible, los Estados —que se consideran a sí mismos como los principales actores de la escena mundial— pueden abrigar la expectativa de proteger y promover sus intereses fortaleciendo su libertad de acción por medio de mejoras en el proceso de elaboración de la política exterior.

Un primer resultado sería que el remedio ideal para una política exterior no es simplemente la asignación de más recursos, sino la capacidad

de tomar decisiones “mejores”. Esta búsqueda de una política exterior más efectiva ha llevado a los analistas y a los actores del proceso a desarrollar nuevos enfoques y teorías a partir de los enfoques “idealista” y “realista” de la política exterior¹.

En nuestro caso, sin embargo, nos interesa elaborar criterios acerca de la validez del control presidencial sobre las relaciones internacionales, definiendo el enfoque prevaleciente en América Latina.

La política exterior en la Constitución dominicana

Si bien desde la dimensión interno-internacional podemos constatar que la relativización de la tradicional distinción entre política exterior e interior se percibe con nitidez en la práctica cotidiana, no sucede lo mismo en los textos constitucionales, los cuales conservan aún tal distinción, bien sea refiriéndose a ambos tipos de políticas, como la Constitución española (art. 97. “El gobierno dirige la política interior y exterior...”), bien por hacer énfasis en la titularidad del Gobierno o el Ejecutivo en el ejercicio de la política interior o exterior, lo que implica reconocer la existencia de dos ámbitos independientes.

Por ejemplo, la Constitución francesa reconoce al Gobierno la dirección de la política nacional (art. 20. “El gobierno determinará y dirigirá la política nacional...”) y le concede al presidente de la República una serie de facultades de proyección internacional.

En nuestro caso, la Constitución de 2010 determina expresamente la titularidad del presidente para dirigir la política exterior, como se ha referido.

El artículo 128 de la Constitución de 2010 otorga dos facultades al presidente de la República en materia de relaciones exteriores, que son típicos actos de gobierno: a) dirigir la política exterior y b) celebrar tratados internacionales. Empero, la facultad para celebrar tratados debemos entenderla subsumida en la de dirigir la política exterior, que es, sin duda, de

1 El idealismo, inspirado por las nociones liberales de la bondad inherente a la naturaleza humana y de una armonía natural de intereses, trató de superar la anarquía por medio de la cooperación internacional en orden a realizar el verdadero potencial de la humanidad. Los realistas se distinguen de los idealistas por el énfasis en lo que las relaciones internacionales “son” en vez de como “deberían” ser. Para los realistas, una parte de esta realidad objetiva es una creencia en la inmutable naturaleza egoísta del hombre. Los Estados, tal como los individuos, atribuyen un alto valor a la autoconservación y la autoayuda cuando enfrentan condiciones de anarquía internacional.

contenido y alcance más amplio. Esta distinción, aunque pudiera parecer intrascendente, creemos que resulta clave para entender el protagonismo que la Constitución otorga al presidente en el manejo de los asuntos de repercusión internacional y, en particular, sobre la actividad convencional internacional, lo que no significa, ni mucho menos, que su ejercicio esté exento de controles políticos y jurisdiccionales previstos en el propio texto constitucional, así como en el resto del ordenamiento

La expresión “dirigir la política exterior” no es de cuño reciente en el constitucionalismo dominicano, puesto que en el artículo 102, ordinales quinto y duodécimo, se le reservaban las funciones de “nombrar los empleados de la administración general y de relaciones exteriores...” así como la de “hacer los tratados de paz, alianza, amistad, de neutralidad y comercio, a reserva de la sanción del Congreso”.

Actualmente la fracción X del artículo 89 de nuestra Constitución establece la expresión “dirigir las negociaciones diplomáticas”. El primer problema que inferimos consiste en determinar cuáles son los actos que el presidente puede realizar como ejercicio de esta facultad, pues, si bien la Constitución regula algunos de ellos (la celebración de tratados, la contratación de empréstitos, los nombramientos diplomáticos, etcétera), lo cierto es que, en la práctica, el ejercicio de esta facultad enmarca actos que no se encuentran expresamente previstos en la Constitución ni en ninguna otra norma. Por ejemplo, la decisión de entablar, suspender o terminar relaciones diplomáticas con otro Gobierno, el voto a favor o en contra de los representantes diplomáticos dominicanos ante organismos internacionales, entre otros.

El profesor Tena, refiriéndose a la expresión “dirigir las negociaciones diplomáticas”, destacó la incompetencia de la Constitución para enunciar cada uno de los actos que se engloban en dicha oración, pues, según él, se estaría legislando en el derecho internacional; al respecto afirma:

... ni su silencio respecto de algunos de ellos lleva la intención de privar al presidente de atribuciones admitidas por el uso internacional, como pueden ser las de enviar y recibir misiones diplomáticas, reconocer gobiernos, interrumpir y reanudar relaciones con otras naciones, etcétera. En los casos que se acaban de citar por vía

de ejemplo, y en otros semejantes, el silencio que guarda la Constitución se traduce en que, tocante a los mismos, la facultad del titular de las relaciones exteriores es exclusivamente suya, no compartida dentro del derecho interno por ninguna otra autoridad².

Se coincide con el profesor Tena Ramírez en que el Poder Ejecutivo tiene un amplio margen de actuación en el ámbito exterior y desempeña cotidianamente acciones en esa esfera que resultaría absurdo prefijar en el texto constitucional. La dinámica en que se desarrollan las relaciones internacionales entre los Estados contemporáneos es tan intensa, al tiempo que las estructuras estatales son cada vez más complejas, que difícilmente podría determinarse cada uno de los actos internacionales y, menos aún, tratar de sujetar la política exterior a un estrecho corsé de normas internas, pues seguramente estaríamos condenándola a la parálisis.

Así, el papel principal, pero no absoluto, que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo respecto a la acción exterior del Estado no puede deducirse del silencio constitucional, como advierte el profesor Tena, sino más bien del análisis del conjunto de preceptos, por cierto, dispersos en la Constitución, que regulan los distintos actos de relevancia internacional y de los que el presidente tiene la llave para poner en marcha.

Al respecto, piénsese en la decisión de iniciar las negociaciones de un tratado internacional, la de enviar tropas fuera de las fronteras, la contratación de empréstitos, el nombramiento de los agentes diplomáticos o manifestar la posición del país en caso de conflicto mundial. En efecto, desde el punto de vista constitucional puede afirmarse que al presidente le está permitido, en la conducción de la política exterior, todo lo que no le ha sido expresamente prohibido, aunque en todo caso su actuación siempre podrá estar sujeta a los instrumentos ordinarios de control político por las cámaras del Congreso y, por supuesto, por todo el orden constitucional.

Resulta por demás evidente la importancia de la facultad presidencial de dirigir la política exterior. Quizá se trate, como afirma Lanz³, de “la facultad de mayor categoría y de mayor prestigio que la Constitución ha

2 TENA RAMÍREZ, F. *La Constitución y las relaciones exteriores de México*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Instituto Mexicano “Matías Romero” de Estudios Diplomáticos, 1977, págs. 45-55.

3 LANZ DURET, M. *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, 5ta. edición, Norgis Editores, 1979, págs. 235.

concedido al presidente de la República, en el ejercicio de sus funciones propiamente ejecutivas”. Empero, entre los estudiosos del derecho constitucional mexicano, aunque resulta curioso, es frecuente encontrar estudios que al abordar el análisis de esta facultad presidencial se dedican a resaltar su importancia y justificar el predominio del presidente, evitando hacer un estudio doctrinal que tenga como base el conjunto de normas que integran el sistema que rige el desarrollo de la actividad exterior del Estado, lo que implica el análisis de los controles provenientes de los otros órganos estatales. En estas corrientes doctrinales tradicionalistas resulta explícita la opinión del profesor Lanz:

Estas atribuciones son las que le han dado el rango que en todas las naciones tiene el titular del Poder Ejecutivo, y las que le han conservado su prestigio y su fuerza interior, a pesar de las invasiones constantes del Parlamento dentro de la esfera de acción del mismo Ejecutivo, y no obstante el cercenamiento reiterado que se ha hecho de sus facultades exclusivas en beneficio del Poder Legislativo.

Las opiniones antes transcritas reflejan la concepción de un poder presidencial casi absoluto, que en nuestro país fue una realidad hasta fechas recientes, debido a una serie de factores políticos y jurídicos que motivaron el excesivo predominio de la institución presidencial sobre el resto de los elementos del sistema político.

El profesor Carpizo, a finales de la década de los setenta, destacaba, de entre los elementos potenciadores de tal preeminencia, la notoriedad que en un sistema presidencialista tiene el presidente en todos los aspectos internacionales en los cuales interviene el país, así como la aceptación general de dicho predominio (elemento psicológico), sin que mayormente se le cuestione⁴. El profesor Carpizo⁵ decía entonces:

En el sistema político que vivimos, el Senado no se opondrá a la aprobación de un tratado, ni presionará al Ejecutivo para tratar

4 CARPIZO, J. *Presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI, 1978, pág. 73

5 CARPIZO, J. “Comentario a la ponencia del Dr. Felipe Tena Ramírez sobre el Poder Ejecutivo y las Relaciones Exteriores de México”, en *La Constitución y las relaciones exteriores de México*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Instituto Mexicano “Matías Romero” de Estudios Diplomáticos, 1977, págs. 60-64.

de que éste siga una determinada política internacional. Es decir, el contrapeso constitucional del Senado no funciona en la realidad mexicana.

En nuestra opinión, esa afirmación vale igualmente para la situación dominicana.

Por supuesto, aunque sería muy interesante, no nos corresponde explicar las razones históricas, sociológicas o psicológicas que han alimentado la concepción del presidente como titular absoluto de la actividad exterior del Estado. A nosotros nos incumbe el estudio de las normas jurídicas, por tanto, el conjunto normativo que regula la actividad exterior. No obstante, lo que sí podemos decir *a priori* es que tratándose de los asuntos exteriores del Estado corresponde al presidente el llamado *ius representationis* (derecho de representación), consistente en una serie de facultades, de entre las que destaca la actividad convencional internacional, cuyo ejercicio se traduce en un proceso de creación normativa que surte efectos en el orden internacional o en algún ordenamiento jurídico de otro Estado.

En consecuencia, para precisar el punto se afirmará que, en sentido general, las atribuciones presidenciales en la dirección de las relaciones internacionales contempla las siguientes funciones esenciales: 1) dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales; y 2) nombrar y remover a los ministros, agentes diplomáticos, cónsules y servidores públicos adscritos a la Cancillería, a través del canciller. Al presidente compete nombrar los órganos de las relaciones internacionales.

A manera de conclusión podemos afirmar que al presidente (Poder Ejecutivo), en su carácter de titular de la dirección de la política exterior del Estado, le corresponde establecer, mantener, cambiar o terminar una multiplicidad de relaciones con otros Estados y otros sujetos del derecho internacional. De tal suerte que la política exterior comprende actitudes de los órganos del Estado determinadas en la Constitución, leyes y reglamentos, pero, además, abarca en su mayor parte temas minúsculos (una firma desea hacer negocios fuera del país, un ciudadano reclama una herencia en un país extranjero, un pedido de asistencia económica o un reactor para investigaciones, la visita de un mandatario, etcétera), y hasta llega a incluir las actitudes extraoficiales de los pueblos y los individuos, de compañías,

sindicatos e instituciones internas y sus acciones y reacciones que afectan las relaciones con otros.

En América Latina lo frecuente es que los presidentes dirijan las relaciones exteriores, como ocurre en los casos siguientes:

- En Argentina, art. 99 numeral 11 de la Constitución, el presidente “concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”, y, según el numeral 7 del mismo artículo 99, “ nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por si solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaria, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”.
- En Brasil, de acuerdo al art. 84 VII, corresponde al presidente “celebrar tratados, convenciones y actos internacionales sujetos a aprobación del Congreso Nacional”.
- En Chile, según el art. 32 numeral 9, el presidente “designa a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el No. 9. precedente, serán de la confianza exclusiva del presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella” y, según el numeral 16 del mismo artículo, conduce las relaciones políticas con potencias extranjeras y organismos internacionales.
- En Colombia, según el artículo 189 numeral 2 de la Constitución, el presidente de la República dirige las relaciones internacionales y nombra a los agentes diplomáticos y consulares, recibe a los agentes respectivos y celebra con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.
- En Costa Rica, según el artículo 149 de la carta magna de ese país, el presidente celebra “convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Le-

gislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija esta Constitución”. Además, el presidente nombra y remueve libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil, de acuerdo al mismo artículo 149, numeral 1.

- En Ecuador, por mandato del artículo 171.12 de la Constitución, le corresponde al presidente “definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija”, así como (17.10) nombrar y remover libremente a los ministros de Estado, a los jefes de las misiones diplomáticas y demás funcionarios.
- En El Salvador, según el artículo 168 numerales 4 y 5 de la Constitución, corresponde al presidente “celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento”, dirigir las relaciones exteriores”.
- En Guatemala, el presidente dirige la política exterior y las relaciones internacionales, celebra, ratifica y denuncia tratados y convenios de conformidad con la Constitución y, además, nombra y remueve a los ministros de Estado, viceministros, secretarios y subsecretarios de la presidencia, embajadores y demás funcionarios que le corresponda conforme a la ley (artículo 183 numerales 16 y 20 de la carta magna).
- En Honduras, el presidente dirige la política y las relaciones internacionales (artículo 245 numeral 12 de la Constitución hondureña), nombra a los jefes de misión diplomática y consular de conformidad con la ley del servicio exterior que se emita, quienes deberán ser hondureños por nacimiento, excepto si se trata de un cargo *ad honorem* o de representaciones conjuntas de Honduras con otros Estados (art. 245, numeral 14 de la Constitución).
- En México, por mandato del artículo 89.III de la Constitución mexicana, el presidente nombra “a los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado” y dirige la política exterior (numeral X del mismo artículo 89 de la carta).

- En Nicaragua el presidente nombra y remueve “a los ministros y viceministros de Estado, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales, jefes de misiones diplomáticas y demás funcionarios, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución y en las leyes” y dirige las relaciones internacionales de la República (numerales 6 y 8 del artículo 150 de la Constitución nicaragüense).
- En Paraguay, según el artículo 238 numeral 7 de la carta magna, corresponde al presidente el manejo de las relaciones exteriores de la República. También, en caso de agresión externa, y previa autorización del Congreso, declarar el estado de defensa nacional o concertar la paz; negociar y firmar tratados internacionales; recibir a los jefes de misiones diplomáticas de los países extranjeros y admitir a sus cónsules y designar embajadores, con acuerdo del Senado.
- En Perú el presidente dirige la política exterior y nombra los embajadores y ministros plenipotenciarios con aprobación del Consejo de Ministros (artículo 118, numerales 10 y 11 de la Constitución peruana).

Los países que tienen un sistema similar, pero con peculiaridades llamativas, en cuanto a la designación de personal diplomático, son los siguientes:

- En Bolivia, según el art. 96 numeral 3 de la Constitución, el presidente: “Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.
- En Panamá el presidente, “con la participación del Ministro respectivo”, según lo dispone expresamente el artículo 179 numeral 9 de la Constitución panameña, dirige “las relaciones exteriores” y le corresponde “celebrar tratados y convenios públicos, los cuales serán sometidos a la consideración del órgano legislativo y acreditar y recibir agente diplomáticos y consulares”, así como le corresponde nombrar personal para el desempeño de cualesquiera cargos o empleos nacionales cuya provisión no corresponda directamente a otro.

- En Uruguay el presidente nombra el personal consular y diplomático, con obligación de solicitar el acuerdo de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, hallándose aquella en receso, para los jefes de misión. Si la Cámara de Senadores o la Comisión Permanente no dictaran resolución dentro de los sesenta días, el Poder Ejecutivo prescindirá de la venia solicitada. Los cargos de embajadores y ministros del servicio exterior serán considerados de particular confianza del Poder Ejecutivo, salvo que la ley dictada con el voto conforme de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara disponga lo contrario, todo ello de acuerdo al artículo 168, numerales 11 y 12 de la Constitución.

Los órganos del Ejecutivo con capacidad para comprometer al Estado

En concordancia con lo dicho, la carta magna otorga expresamente al presidente de la República la facultad de celebrar tratados. Sin embargo, otros artículos constitucionales se refieren a los tratados y convenios internacionales desde otras ópticas igualmente válidas. De manera que la República Dominicana no escapa al ámbito de la discusión en torno a las atribuciones presidenciales en materia de suscripción y celebración de tratados y convenios internacionales, pues, como bien señala la carta sustantiva, el Estado dominicano es miembro de la comunidad internacional y está apegado a las normas del derecho internacional, asumiéndolas como vigentes.

Los dos sistemas configuran un orden jurídico constitucional o constitucionalizado que integra el derecho internacional y que se representa en el bloque de constitucionalidad y el control constitucional como fenómenos jurídicos internos, y, dada la supremacía convencional interamericana, por el control de convencionalidad que realizan los jueces. Ayala Corao enseña que las competencias de los jueces locales o nacionales dan lugar a diferentes modalidades de control de convencionalidad, dependiendo de si lo ejercen conforme al bloque de legalidad o a la forma en la que los instrumentos internacionales se integren a los ordenamientos locales con rango supralegal o con rango legal⁶.

6 AYALA CORAO, C. “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Caracas: IV Congreso venezolano de Derecho Constitucional. vol. II, 1996, p. 71.

Es como decir que el bloque de constitucionalidad posibilita la constitucionalización de los tratados internacionales, determinando que esos tratados deban ser considerados como parámetro de control directo e inmediato en la vulneración de derechos humanos, incluso cuando se manifiestan a través de principios no incluidos formalmente en la normativa interna.

De hecho, la expresión “bloque de constitucionalidad” debe comprenderse como el conjunto de normas del derecho internacional, incluyendo las reconocidas por tratados internacionales de derechos humanos, cuya vigencia no puede discutirse al menos en nuestro sistema: en las constituciones de 1994 y 2002 la cláusula del artículo 10 obligaba a reconocer la validez de derechos humanos, aunque no estuvieran designados en el texto (de los artículos 8 y 9).

Lo anterior equivale a afirmar que, si en la República Dominicana se eliminan derechos humanos de los consignados en la Constitución, o si no se consagraran textualmente, no por ello no estarían protegidos ni dejarían de ser aplicables, porque el sistema internacional sí los protege.

De hecho, la Constitución dominicana de 2010 establece un sistema conflictivo de prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional. En efecto, se impone considerar dos aspectos correlacionados del texto constitucional dominicano vigente: los derechos humanos no se reseñan limitativamente, como lo declara el numeral 1 del artículo 74 al definir los “principios de reglamentación e interpretación”. El texto prescribe que los derechos humanos “no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza”, de donde cabe deducir que cualquier derecho humano debe ser inmediata y directamente aplicado por el juez al decidir un caso, ejerciendo control de convencionalidad.

En similar tenor rige la prescripción del numeral 4 del mismo artículo 74 de la carta magna, que impone la interpretación y aplicación “más favorable a la persona” de los derechos fundamentales y sus garantías.

Pero quizá la Constitución dominicana sigue en esto el patrón conceptual de las sentencias C-1189 de 2011 y C-400 de 1998, ambas de la Corte Constitucional de la República de Colombia: se acepta un monismo constitucionalista en virtud del cual los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y aplicabilidad conforme, pero en términos reales de ubicación infraconstitucional; el texto dominicano es rico y variado en su-

peditaciones innecesarias y contraproducentes del derecho internacional a la Constitución, como se revela en las disposiciones siguientes:

En el artículo 74 numeral 3: los instrumentos internacionales (tratados, pactos, convenciones) sobre derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado dominicano tienen jerarquía constitucional. El punto aquí es que esos tratados, para tener esa equivalencia, deben ser puestos en vigencia por un acto de derecho interno.

En el artículo 93, letra l, se dispone que los instrumentos internacionales (tratados y convenciones) deben ser aprobados por el Congreso Nacional; no basta, al respecto, que hayan sido firmados por el Poder Ejecutivo (se instituye el control preventivo de la convencionalidad internacional por el Tribunal Constitucional en el artículo 184 numeral 2 de la carta magna).

En el artículo 128 numeral 1, letra d, se consagra como deber del Poder Ejecutivo celebrar y firmar instrumentos internacionales (tratados o convenciones) y someterlos a la aprobación del Congreso Nacional, sin la cual no tendrán validez ni obligarán a la República.

Estas disposiciones tienden a negar autoejecutividad a las normas de derecho internacional y a negar la factibilidad del control de convencionalidad en sede interna. En la práctica, supondría declarar que los tratados internacionales no son de aplicación ni directa ni inmediata, lo que evidentemente es un contrasentido con la letra de la ley; ni que se apliquen los derechos consagrados por la normativa internacional en el supuesto de que constituyan la interpretación más adecuada o favorable a la persona, debido a que su vigencia se subordina necesariamente al cumplimiento de requisitos de control constitucional previo y ratificación congresual.

Un problema derivado aquí, que no suele contemplarse, es que si el tratado o convenio debe ser puesto en vigencia por un acto interno inferior a la ley (una resolución), entonces no puede tener en ningún caso “rango constitucional”, como al efecto declara la norma.

La consecuencia necesaria es que el tratado o convenio no necesariamente debe ser atacado en forma de acción directa de inconstitucionalidad, sino que puede atacarse el acto interno que lo declara vigente, evitando comprometer al Estado frente a otros Estados o frente al sistema internacional. Un ejemplo práctico sería atacar la inconstitucionalidad del Concordato suscrito entre la República Dominicana y el Vaticano, pero no actuan-

do contra el tratado en sí, sino contra la Resolución núm. 3874, del 10 de julio de 1954, publicada en la Gaceta Oficial núm. 7720 de 21 de julio del citado año, página 3.

No en balde la jurisprudencia de la Corte IDH, al aplicar el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece estándares jurisprudenciales en los que el control de convencionalidad es la principal herramienta en cuanto se refiere a la protección de los derechos humanos⁷.

Quedan muy pocas o ninguna duda acerca de que los Estados nacionales tienen la obligación jurídica de incorporar el control de convencionalidad como forma de armonización de los derechos nacional e internacional.

Los hechos analizados aquí ratifican la subordinación y negación de eficacia de la norma internacional en el sistema local desde el momento en que constitucionalmente se atribuye al Tribunal Constitucional (art. 184, numeral 3) la atribución de decidir la constitucionalidad de los tratados internacionales. Esta prescripción define el sistema internacional y el *corpus iuris* desarrollado en torno a los derechos humanos como objeto de una relación de subordinación del derecho internacional al derecho constitucional.

La mera subordinación normativa, e incluso conceptual, del derecho internacional a imperativos locales tiende a condicionar negativamente los efectos de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es posible que los actos internos tiendan a perjudicar el efecto de irradiación de la Convención sobre las normas del ordenamiento estatal, afectando la invocación “directa e inmediata” –de la que, por ejemplo, habla el artículo 1 del Código Procesal Penal dominicano– “por quienes tengan interés en su aplicación”⁸.

Es en este sentido preciso que Ayala Corao defiende la aplicación de tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos de manera tal que resulten con similar “jerarquía constitucional”, de donde se deriva su incorporación directa a los ordenamientos jurídicos internos⁹.

7 REY CANTOR, E. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio*: México, Ed. Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, 2008.

8 MONROY C., M. “El derecho internacional como fuente del derecho constitucional”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2008, ACIDI, p. 107.

9 AYALA CORAO, C. “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Caracas, IV Congreso venezolano de Derecho Constitucional, 1996, vol. II.

No hay dudas de que las limitaciones a la prevalencia de derechos fundamentales en los ordenamientos internos evidencia en la redacción constitucional dominicana un propósito y no un error o un problema de interpretación. El constituyente de 2010 introdujo un esquema de relativización de derechos fundamentales totalmente diferente al esquema prevaleciente sancionado por las constituciones de 1966 a 2002.

Existe, de manera palpable, una disyuntiva clara y evidente en el control de convencionalidad dominicano, sobre todo cuando se trata de la incompatibilidad de normas relativas al bloque de constitucionalidad, pues estas se confrontan con el principio de supremacía constitucional en vez de utilizarse el principio de supremacía convencional.

La colisión entre la Constitución con la Convención Americana –dado que esta no adquiere el rango de norma supraconstitucional– impide la integración efectiva (o receptación formal) del derecho internacional en el derecho local, expresado aquel por las normas de la Convención e interpretadas por la Corte IDH¹⁰.

Un aspecto interesante del tema, aunque colateral, es el papel que juega el Tribunal Constitucional en el control preventivo de los tratados internacionales. En efecto, siguiendo una regla general que el texto dominicano incluye textualmente en su artículo 185, las constituciones establecen un procedimiento de derecho interno en virtud del cual se deja al presidente de la República su negociación, conclusión, firma y ratificación (lo que ocurre en la generalidad de los casos por intermedio de un organismo ministerial o no especializado que en el caso dominicano se denomina Ministerio de Estado de Relaciones Exteriores).

A la vez, se deja al Congreso o Parlamento un acto intermedio de aprobación de los tratados denominado “ratificación”, que en el caso dominicano se hace en forma de “resolución”. Esto es válido para la mayoría, aunque no para todos los tratados internacionales.

Al poner a cargo del Tribunal Constitucional la aprobación previa de los tratados, dando su visto bueno si los tratados sometidos a su consideración no violan la Constitución de la República, puede resultar lesionado no solamente un criterio “tradicional” o “histórico”, sino legal y de obligatorio

10 QUINCHE RAMÍREZ, F. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12 (julio-diciembre 2009), p. 163.

cumplimiento, de acuerdo al art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: se trata del principio *pacta sunt servanda*, o el contrato es ley entre las partes, que es lo que quiere decir esa expresión.

Se traduciría como que todo tratado en vigor obliga a las partes que lo suscribieron, es decir, el tratado internacional válidamente celebrado debe ser obligatoriamente observado y aplicado por las partes, conforme a las prescripciones del derecho internacional, y de la buena fe, que también es un principio cardinal de la organización internacional.

Así, todo tratado “debe ser” cumplido por las partes de buena fe, dado que es un mandato taxativo asumido con la suscripción del compromiso de que se trate, lo que obliga a los Estados a ser leales con sus contrapartes y con el sistema internacional de convivencia que representa el derecho internacional. Desde esta óptica, lo evidente es que el derecho internacional parece superior al derecho interno, e incluso puede parecer superior a la propia Constitución, pues algunas de sus normas no solamente no pueden ser modificadas, sino que regulan e incluso producen otras normas “constitucionales” o “constitucionalizadas”.

Otros inconvenientes o diferendos provocados por el sistema asumido constitucionalmente es que no se alude, en ninguna parte de la Constitución dominicana, al tema de las reservas que el Poder Ejecutivo pretenda formular a un tratado.

En este sentido, procede cuestionarse acerca de si esas reservas deben ser igualmente aprobadas por el Congreso Nacional antes de su ratificación, o qué hacer si entre los tres poderes vinculados al tratado se producen diferendos acerca de reservas consideradas necesarias por unos y no por otros.

Semejante esquema plantea serios inconvenientes teóricos que la investigación abordará, aunque desde ya se plantea que está destinado a hacer prevalecer la posición de la Constitución de la República como “ley suprema”, siendo las sustentantes del estudio partidarias de la supremacía de los tratados internacionales respecto de la ley interna y la Constitución.

No se trata solamente de teoría constitucional: la indefinición del valor de las decisiones de corporaciones jurídicas internacionales de derechos humanos, el desconocimiento de parte de sus disposiciones genera conflictos competenciales cuya resolución puede afectar y de hecho ha afectado en otros ámbitos (en la integración económico regional, por ejemplo) a la República Dominicana.

Los poderes del Ejecutivo y las variantes en Latinoamérica de los sistemas presidencialistas

Los sistemas presidencialistas en América Latina han sido clasificados de acuerdo a sus características constitucionales y a sus contextos socio-históricos. Diversos estudiosos del tema han elaborado algunas tipologías con objeto de precisar sus diferencias. Dieter Nohlen, Jorge Carpizo, Daniel Zovatto y Jesús Orozco Henríquez han sugerido una clasificación que distingue entre el hiperpresidencialismo (aquel en que la Constitución le confiere al Ejecutivo un número de facultades considerables), el presidencialismo puro (aquel que ha mantenido sin alteraciones sus características originales), el presidencialismo atenuado (aquel con poderes constitucionalmente equilibrados entre Ejecutivo y Legislativo) y el presidencialismo parlamentarizado (aquel que incorpora mecanismos propios de los sistemas parlamentarios, como el voto de censura a los ministros, la ratificación de algunos miembros del gabinete por parte del Poder Legislativo o la permanencia de un Ejecutivo colegiado)¹¹.

Esta clasificación oscila de un extremo a otro distinguiendo diferentes grados de concentración y dispersión del poder por parte del Ejecutivo; ello propicia la necesidad de distinguir los diversos matices. Dieter Nohlen sostiene que “hay diferentes tipos de sistemas presidenciales en distintos contextos nacionales que no permiten un juicio uniforme sobre su funcionamiento y desempeño a nivel regional”¹².

Daniel Zovatto y Jesús Orozco Henríquez realizaron hace algunos años un estudio regional comparado sobre los poderes de los presidentes latinoamericanos basados en las prerrogativas que le confiere la Constitución¹³. Desde la aparición de su trabajo en 2009, en los años siguientes continuó una tendencia hacia la desconcentración de poderes por parte de algunos mandatarios; no obstante, hay casos, como Venezuela, Ecuador o Bolivia, en

11 NOHLEN, Dieter. “Presidencialismo versus parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos”, en Dieter Nohlen y Mario Fernández (coords.), *El presidencialismo renovado*, Venezuela, Nueva Sociedad, 1988, pp. 15-25; Zovatto, Daniel y Jesús Orozco. *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada*, en Daniel Zovatto y Jesús Orozco (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM, 2009; Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1987.

12 NOHLEN, N. *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, 2012.

13 ZOVATTO, Daniel y OROZCO, Jesús. “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada”, en Daniel Zovatto y Jesús Orozco (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM, 2009.

los que –por el contrario– las reformas políticas se han orientado a fortalecer las facultades constitucionales del Ejecutivo, teniendo como consecuencia una mayor concentración de poderes. No hay una tendencia generalizada sobre la dirección y el derrotero que han tomado los sistemas presidencialistas después de la tercera ola de democratización en América Latina.

Para reconocer los niveles de concentración o dispersión de los poderes presidenciales en la región latinoamericana, primero es necesario identificar el conjunto de sus prerrogativas constitucionales.

El análisis de los diseños constitucionales de cada país latinoamericano arroja que los presidencialismos de América Latina presentan cuatro variantes: 1) hay presidentes poco controlados y muy facultados; 2) presidentes muy controlados y poco facultados; 3) presidentes muy controlados, pero con amplias facultades, y 4) presidentes que cuentan con pocos controles y pocas facultades. Los casos 1 y 2 se refieren a los extremos en donde predomina ya sea el control o un excesivo poder, mientras que los casos 3 y 4 serían los escenarios intermedios en los que existe un equilibrio entre facultades y controles.

En el caso del bloque uno, se muestra a los presidentes fuertes de la región (pocos controles y amplias facultades en materia reglamentaria), como son los casos de Chile, Costa Rica, Paraguay y Panamá. El bajo índice de controles al poder demuestra una debilidad en las instituciones encargadas de esta tarea, ya sea porque carecen de instancias que garanticen sus funciones frente a los poderes del Estado, en especial el Ejecutivo, o porque son instituciones que dependen del mismo presidente. Frente a esta debilidad en el ejercicio de controles, los presidentes de estos países cuentan con facultades amplias que les permiten un margen de acción mayor.

De forma contraria, El Salvador, la República Dominicana y Guatemala conforman el bloque dos, en donde encontramos países que cuentan con una debilidad presidencial en términos de menores facultades y mayores controles a su poder.

El primer grupo de países que cuentan con un equilibrio entre facultades y controles lo conforman Colombia, Perú, Nicaragua, Ecuador, Honduras y México (bloque tres). La constante entre ellos es que sus mandatarios poseen una cantidad mayor de facultades frente a los demás países, pero también cuentan con mayores controles sobre sus acciones (la moción de

confianza y la presencia de órganos que gozan de autonomía para sus tareas de vigilancia, fiscalización y rendición de cuentas sobre el Ejecutivo). Este grupo representa una tercera parte de los países de la región.

En el último bloque de países existe un equilibrio entre controles y facultades y se caracteriza por escasos controles y reducidas facultades presidenciales; Brasil, Argentina, Uruguay y Bolivia conforman este sector (bloque cuatro). El caso brasileño resulta representativo (aunque su presidente está más facultado que el guatemalteco), ya que carece de instituciones en materia de transparencia y de protección de derechos humanos; además, sus órganos de fiscalización, así como el titular del Ministerio Público, no cuentan con autonomía plena, lo que dificulta el control hacia las acciones del presidente. Los tres casos restantes (Argentina, Bolivia y Uruguay) cuentan con instrumentos de control débiles. Este último grupo de países representa apenas un 22.2% de los casos de la región.

En Argentina la suscripción de tratados y convenios internacionales corresponde al Congreso (art. 75.22 de la Constitución argentina, que dispone: “Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”).

En Bolivia, corresponde al Poder Ejecutivo “negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso” (art. 96.2 de la Constitución boliviana).

En Chile los embajadores y ministros diplomáticos y los representantes ante organismos internacionales son designados por el presidente (art. 32.10 de la Constitución chilena), pero le corresponde al Congreso “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, encada Cámara, de los quórumos que corresponda, en conformidad al artículo 63, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley” (art. 50.1).

En Colombia, “corresponde al Congreso... aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir par-

cialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados” (artículo 150.16 de la Constitución colombiana). Asimismo, corresponde al presidente, en calidad de jefe de Gobierno, dirigir las relaciones internacionales, nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

El caso costarricense es similar. De acuerdo al artículo 121 de la Constitución de Costa Rica, numeral 4, “corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos. Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros...”.

En Cuba el poder de aprobar los lineamientos generales de la política exterior corresponde al presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular (art. 75 letra h), y a la Asamblea en pleno organizar las relaciones internacionales cubanas (lo que equivale a la designación del personal de relaciones exteriores).

En Honduras el Poder Ejecutivo aprueba los tratados y convenios (artículo 16 de la Constitución), pero el Poder Ejecutivo puede “celebrar o ratificar convenios internacionales con estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherirse a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso, al que deberá informar inmediatamente”. Es un sistema dual frente al de los otros países latinoamericanos hasta ahora vistos, si bien corresponde al presidente de la República (artículo 245.14): “Nombrar los jefes de misión diplomática y consular de conformidad con la ley del Servicio Exterior que se emita, quienes deberán ser hondureños por nacimiento, excepto si se trata de un cargo ad-honorem o de representaciones conjuntas de Honduras con otros Estados”.

La facultad presidencial de nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado, le corresponde al presidente de México (artículo 89.3), y también le corresponde “dirigir

la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado”.

En Nicaragua (artículo 138 de su Constitución) le corresponde a la Asamblea Nacional aprobar o desaprobar los tratados, y al presidente (artículo 150-8) dirigir las relaciones internacionales de la República, celebrar los tratados, convenios o acuerdos internacionales y nombrar a los jefes de misiones diplomáticas.

Las atribuciones del presidente de la República de Panamá son las de “dirigir las relaciones exteriores; celebrar tratados y convenios públicos, los cuales serán sometidos a la consideración del Órgano Legislativo y acreditar y recibir agentes diplomáticos y consulares” (artículo 179.14).

En Perú (artículo 56 de la Constitución) “los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”. Al presidente le corresponde también “celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el Artículo precedente” (artículo 57 de la Constitución), aunque en todo caso dando cuenta al Congreso.

Por último, en Venezuela (artículo 152 de la Constitución venezolana) “las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo”, correspondiéndole a la Asamblea Nacional (artículo 187.9) autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley; aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional (artículo 187.18) y le corresponde al presidente de la República (artículo 236.4) “dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales” y “celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley”.

Conclusiones

El análisis de los textos constitucionales de la región muestra una orientación hacia un equilibrio entre facultades y controles en la mayoría de los países abordados, lo que implica que se ha venido construyendo un sistema de balances y vetos mutuos. Esto significa que hay una tendencia hacia la dispersión del poder más que a la concentración, aunque no se encontró un patrón uniforme. Los controles constitucionales diseñados para los presidencialismos latinoamericanos están orientados para ser ejecutados ya sea desde los otros dos órdenes de gobierno (legislativo y judicial), la sociedad civil o los órganos constitucionales autónomos.

Sin embargo, la norma dista de la práctica. En los casos en que habría Ejecutivos débiles, constitucionalmente hablando, encontramos a países como Venezuela, en los que podemos observar que a pesar de tener el índice de control al poder más elevado en la región (junto con Guatemala), en la práctica el titular del Ejecutivo es quien predomina por encima de los demás poderes e instituciones del Estado venezolano.

Para tener un panorama más completo de la concentración y dispersión del poder de los presidentes en la región es necesario considerar también los componentes de los diferentes sistemas electorales en cada país; ello permitiría complementar el análisis sobre el alcance de sus poderes. Es pertinente subrayar que el marco normativo en el que se asientan los textos constitucionales no necesariamente se corresponde con la práctica de los presidencialismos, particularmente en el tema de la dispersión de poderes y los mecanismos de control. Es innegable la persistencia de inercias del pasado que en algunas ocasiones vulneran los criterios que deben estar presentes en una democracia de tipo presidencial.

En general en todos los países americanos las relaciones internacionales quedan sujetas a la aprobación de los tratados por los congresos nacionales, mientras que el control de la designación del personal de relaciones exteriores corresponde al presidente, en su calidad de jefe de Estado o de Gobierno. Dado que se trata de una atribución constitucional, que, como tal figura en las constituciones analizadas en la última parte de este trabajo, resultará que se encuentra apegada a la usanza histórica tanto de las naciones americanas como a la costumbre constitucional que impera en nuestro país desde 1844.

En efecto, se vio cómo la primera de nuestras constituciones, la del 6 de noviembre de 1844 o “de San Cristóbal”, se consagró como atribución presidencial la dirección de las relaciones internacionales y la designación del personal del servicio exterior sin que en la actualidad subsistan objeciones jurídicamente considerables al respecto, particularmente cuando existe un balance o contrapeso de control de diferentes entidades, incidentes en la realización práctica de las relaciones internacionales dominicanas.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 29 A 36

POR JOSÉ ML. MÉNDEZ CABRERA

CAPÍTULO VII DEL IDIOMA OFICIAL Y LOS SÍMBOLOS PATRIOS

Artículo 29.- Idioma oficial. El idioma oficial de la República Dominicana es el español.

Comentario

El artículo 29 de la Constitución dominicana dispone que el idioma oficial de la República es el español, lo que constituye un patrimonio cultural de la nación con un valor intangible, inalienable, inembargable e imprescriptible.

El idioma oficial está concatenado con la idea del territorio nacional; en una nación, como la dominicana, donde no se hablan otras lenguas que exijan ser reconocidas, el monopolio del castellano se impone.

La Constitución utiliza el término *español*, en lugar de utilizar *castellano*. La mayor parte de las constituciones que lo adoptan así lo denominan. La utilización del término *castellano*, tal y como es descrito en el artículo 3 de la Constitución Española sirve para, básicamente, aceptar varias lenguas españolas, de las cuales una es el castellano, como lengua oficial del Estado¹. Esta diferencia en el territorio del Reino de España, donde el catalán, gallego y euskera son lenguas vivas, adquiere utilidad práctica. Sin embargo, entre los dominicanos la diferencia se torna pueril.

Reconocer un idioma como lengua oficial no obliga a sus ciudadanos a aprenderlo. No existe un catálogo de sanciones por no hablarlo, tampoco se discrimina a aquellas personas que no lo sepan.

¹ GONZÁLES – TREVILJANO, Pedro. ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (directores). *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, tomo II; Madrid, Editora La Ley, p. 313.

La oficialidad de una lengua se debe circunscribir a ser el vehículo de comunicación entre los poderes públicos y reconocerla, análogamente, como medio lingüístico de relación de los ciudadanos hacia dichos poderes. En ella se publicarán las normas (leyes y reglamentos); se redactarán y notificarán los actos; será la empleada en los debates de las instituciones parlamentarias y de los órganos colegiados; en ella se tramitarán las causas judiciales. También será la lengua oficial la que deberán emplear los ciudadanos para relacionarse con los poderes públicos, así como los administrados con las administraciones públicas².

En virtud de la Ley núm. 5136, de fecha 18 de julio de 1912, toda solicitud, exposición o reclamo ante cualquiera de los poderes del Estado o sus dependencias será expuesto por escrito u oralmente, según proceda, en idioma castellano, so pena de no ser tomada en consideración. En los casos en que tenga que oírse por funcionarios públicos alguna persona que no hable castellano, se le hará asistir del correspondiente intérprete oficial. Asimismo, se harán traducir por los intérpretes correspondientes los documentos escritos en otras lenguas³.

La jurisprudencia nos ha regalado los referentes más importantes sobre la oficialidad de la lengua española, pues se ha establecido que los jueces pueden dejar de ponderar la documentación aportada en idioma inglés sin la debida traducción al español por un intérprete judicial, por aplicación de la Ley núm. 5132, del 18 de julio de 1912⁴.

Si la función del Estado es propiciar la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, la disposición de la Constitución de tener un idioma oficial propende a la unidad de la nación, agrupando a todos los nacionales bajo el idioma español, lo que forma parte de nuestra tradición cultural e histórica enraizada en la conciencia del pueblo.

A los pueblos los cohesionan sus tradiciones; la Constitución de la República, al disponer que el idioma oficial es el español, no hace otra cosa

2 MILIAN MASSANA, Antoni. “La regulación Constitucional del Multilingüismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 10 (enero-abril 1984), p. 131.

3 Artículo 2. Ley núm. 5136, de fecha 18 de julio de 1912.

4 SCJ, 1.ª Sala, 7 de marzo de 2012, núm.13, B. J. 1216.

que recoger la cultura del pueblo dominicano, dándole carácter de patrimonio cultural a un idioma que el pueblo hizo suyo al recogerlo de las voces de sus ancestros. En la República Dominicana se habla español no porque la Constitución lo diga, sino porque el pueblo así lo quiere, para honra de sus antepasados y como forma de mantener su unidad como nación. La misma Constitución proclama, en el título de los derechos a la libertad y seguridad individual, “que la ley sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir *más que lo que le perjudica*”; en tal virtud, la prescripción del artículo 29 no hace más que darle una revalidación a un sentimiento que forma parte de la tradición cultural del pueblo dominicano.

Artículo 30.- Símbolos patrios. Los símbolos patrios son la Bandera Nacional, el Escudo Nacional y el Himno Nacional.

Comentario

El alma de un pueblo no solo puede descansar en sus recuerdos y obligaciones, sino que deben existir elementos externos que la visualicen. Los símbolos que identifican a una nación se encuentran en diferentes elementos externos como su bandera, escudo, himnos nacionales, las efemérides patrias, y muchos suelen incluir aspectos culturales como la música o la comida.

La Constitución dominicana ha realizado una calificación de los emblemas que permiten reconocerle como nación. En el artículo 30 procede a identificar a la bandera nacional, el escudo nacional y el himno nacional como los símbolos patrios. Más adelante, en el artículo 35, los días de fiestas nacionales; en el artículo 64.4, la protección de la cultura del patrimonio nacional y con ello todos los elementos materiales e inmateriales que sirven para identificarle.

La Constitución está llena de formalidades diseñadas para demostrar el respeto a la patria. Ahora bien, se subraya que la bandera nacional, el escudo nacional y el himno nacional son las simbologías principales y con

protección constitucional. Es evidente que la redacción del artículo 30 de nuestra carta sustantiva no nace del mero deseo de los constituyentes sino por el lugar que se han ganado en el corazón de la nación.

En la historia del derecho constitucional dominicano, la referencia a la bandera y escudo nacional se encuentran desde la Constitución de 1844. La primera referencia constitucional a la bandera nacional fue redactada en el tenor siguiente:

Art. 194. El pabellón mercante Nacional se compone de los colores azul y rosado, colocados en cuarteles esquinados; y divididos en el centro por una cruz blanca de la mitad del ancho de uno de los otros colores, que toque en los cuatro extremos. El pabellón de guerra llevará además las armas de la República en el centro.

El escudo nacional fue descrito en los términos siguientes:

Art. 195. Las armas de la República Dominicana son: una cruz, a cuyo pie está abierto el libro de los Evangelios, y a ambos sobresalen de entre un trofeo de armas, en que se ve el emblema de la libertad. enlazado con una cinta en que va la siguiente divisa: Dios, Patria y Libertad. República Dominicana.

El himno nacional, al ser una composición musical de José Reyes con letras de Emilio Prud 'Homme que data del año 1883, no puede constar en nuestros primeros textos constitucionales, aunque su difusión como canto patrio ocurrió prácticamente de inmediato. Su oficialización legal y expresa no ocurre hasta la Ley núm. 700, de fecha 30 de mayo de 1934, y es en la Constitución proclamada en fecha 28 de noviembre de 1966 que se incluye constitucionalmente entre los símbolos de la patria⁵.

5 GÓMEZ, Wilson. *Simbología patriótica de la República Dominicana*, Colección Iudex: Santo Domingo, 2018, p. 143.

Artículo 31.- Bandera Nacional. La Bandera Nacional se compone de los colores azul ultramar y rojo bermellón, en cuarteles alternados, colocados de tal modo que el azul quede hacia la parte superior del asta, separados por una cruz blanca del ancho de la mitad de la altura de un cuartel y que lleve en el centro el Escudo Nacional. La bandera mercante es la misma que la nacional sin escudo.

Comentario

La bandera es una simbología que permite definir el espíritu de pertenencia. En sentido lato, la bandera es una insignia; puede ser utilizada desde como señal de rendimiento hasta aviso de guerra. Para una nación representa sus valores y aspiraciones.

La bandera dominicana fue diseñada por el padre fundador de la República Juan Pablo Duarte y Díez, en ocasión de redactar el texto del *Juramento trinitario*, documento que dicho autor presentara a sus compañeros trinitarios la mañana del 16 de julio de 1838, en momentos de fundar la sociedad patriótica La Trinitaria⁶. Esta se compone de los colores azul ultramar y rojo bermellón, en cuarteles alternados, colocados de tal modo que el azul quede hacia la parte superior del asta, separados por una cruz blanca del ancho de la mitad de la altura de un cuartel y que lleve en el centro el escudo nacional.

Desde la perspectiva constitucional, los primeros textos la denominan pabellón hasta la asamblea revisora de 1942, donde cambia la denominación constitucional “pabellón nacional” y se comienza a llamar a nuestro lienzo patriótico “bandera nacional”⁷.

En las primeras constituciones dominicanas solo se establecía que los colores serían rojo, azul y blanco y desde 1942, se prescribe que azul sería tipo ultramar y el rojo bermellón; la ubicación de los colores se constitucionaliza a partir de la citada reforma de 1942. Anterior a esta reforma, el texto constitucional solo hacía mención de que contendrá los colores azul, rojo y blanco, sin indicar la ubicación de los cuadros. El hecho de que la cruz sea de color blanco siempre ha estado presente en la Constitución.

6 *Ibid.*, p. 31.

7 *Ibid.*, p. 39.

El artículo 31 de la Constitución solo se limita a fijar las características de la bandera, dejando los temas relativos a sus dimensiones y uso en manos del legislador.

La Ley núm. 210-19, de fecha 15 de junio de 2019, que regula el uso de la Bandera Nacional, el Escudo Nacional y el Himno Nacional, símbolos patrios de la República Dominicana es la encargada de disponer sobre los horarios para enhestar la bandera, fechas especiales para enarbolarla⁸, la forma de colocarla dependiendo de la ocasión, la responsabilidad en su uso y las sanciones por su mal uso.

Artículo 32.- Escudo Nacional. El Escudo Nacional tiene los mismos colores de la Bandera Nacional dispuestos en igual forma. Lleva en el centro la Biblia abierta en el Evangelio de San Juan, capítulo 8, versículo 32, y encima una cruz, los cuales surgen de un trofeo integrado por dos lanzas y cuatro banderas nacionales sin escudo, dispuestas a ambos lados; lleva un ramo de laurel del lado izquierdo y uno de palma al lado derecho. Está coronado por una cinta azul ultramar en la cual se lee el lema “Dios, Patria y Libertad”. En la base hay otra cinta de color rojo bermellón cuyos extremos se orientan hacia arriba con las palabras “República Dominicana”. La forma del Escudo Nacional es de un cuadrilongo, con los ángulos superiores salientes y los inferiores redondeados, el centro de cuya base termina en punta, y está dispuesto en forma tal que resulte un cuadrado perfecto al trazar una línea horizontal que una las dos verticales del cuadrilongo desde donde comienzan los ángulos inferiores.

Comentario

El Evangelio de San Juan, capítulo 8, versículo 32 dice: “conocerán la verdad, y la verdad los hará libre”⁹. Lo narrado por el evangelista hace referencia a Jesucristo y los que creen en Él, pero sin duda estas palabras so-

8 1) El día 26 de enero, Día de Duarte; 2) el 25 de febrero, Día de Mella; 3) el 27 de febrero, Día de la Independencia Nacional, y Día de la Bandera Nacional; 4) el 9 de marzo, Día de Sánchez; 5) el 16 de julio, día en que se fundó La Trinitaria; 6) el 16 de agosto, Día de la Restauración, y 7) el 6 de noviembre, Día de la Constitución.

9 Jn 8:32, Biblia Latinoamericana.

brepasan el contexto cristiano y para la definición de una nación la verdad siempre llevará a la libertad.

El artículo 32 de la Constitución es totalmente descriptivo, se evidencia que ha sido redactado para evitar errores al momento de graficarlo. En los distintos textos constitucionales han existido varias formas de describirlo y, por ende, hemos tenido diversos escudos nacionales. Aunque no se visualizan cambios en su esencia.

La Constitución, al igual que en lo relativo a la bandera nacional, dejó en manos del legislador todo lo concerniente a su regulación como insignia nacional, y es la Ley núm. 210-19, de fecha 15 de junio de 2019, la que regula el uso de la bandera nacional, el escudo nacional y el himno nacional.

Artículo 33.- Himno Nacional. El Himno Nacional es la composición musical de José Reyes con letras de Emilio Prud'Homme, y es único e invariable.

Comentario

El himno nacional ha sido definido como símbolo de la nación dominicana en el artículo 30 de la Constitución; el artículo 33 se encarga de expresar cuál sería su letra y música. La perspectiva histórica del canto de los dominicanos es rica y diversa. Nacido en los primeros años de nuestra República, pero dentro de un contexto de forjar la identidad nacional.

Desde una perspectiva jurídica, el Tribunal Constitucional dominicano, frente a una acción en inconstitucionalidad contra la mención del gentilicio “quisqueyanos” y de la palabra “Quisqueya” al inicio de la primera estrofa y en los números 4 y 9, respectivamente, del *Himno nacional dominicano*, fijó varios criterios interesantes sobre el contenido del himno nacional.

En primer término, recordó que el constituyente reformador de 1966, en el artículo 97 de la carta fundamental proclamada el 28 de noviembre, estableció: “El Himno Nacional es la composición musical consagrada por la Ley No. 700, de fecha 30 de mayo de 1934 y es invariable, único y eterno”. A su vez, la reforma constitucional del 26 de enero de 2010 consagró:

“El Himno Nacional es la composición musical de José Reyes con letras de Emilio Prud’ Homme, y es único e invariable”¹⁰.

Las declaratorias de “himno oficial de la República” y de “himno nacional” realizadas por el legislador y el constituyente, respectivamente, no le confieren carácter de norma jurídica a la referida composición; más bien, se avienen al interés general de venerar, proteger y preservar una obra artística que, cual patrimonio cultural de la nación, recoge en su letra y su música los ideales, valores y aspiraciones que contribuyeron a forjar nuestra nacionalidad¹¹.

Lo consignado en el artículo 33 de la Constitución de la República debe ser interpretado en el sentido de que, por ser único, no puede haber otro himno nacional diferente al de Prud’Homme y Reyes, aun cuando la diferencia se refiera solo a una parte de su letra o de su melodía. Por ser invariable, la modificación a su letra y su melodía le está vedada a los poderes y órganos constituidos del Estado dominicano, incluido el Tribunal Constitucional, erigiéndose así en una especie de cláusula inmutable o pétreo, con todas sus implicaciones. Esto significa, además, que el himno es una de las “fuentes de consenso emotivas de una comunidad política”, a las que se refiere Peter Haberle en su obra *El Estado constitucional*¹².

Como observamos, el Tribunal Constitucional estableció el precedente de que la invariabilidad del himno nacional a que hace referencia la Constitución dominicana escapa hasta del control de dicho colegiado. Es obligatorio que cualquier interpretación cumpla con el mandato constitucional. Lo indiscutible es que el himno hace referencia a la fuerza y valentía de los dominicanos en busca de su libertad; el reconocimiento a la lucha independentista que dio lugar a la creación de nuestra patria bajo el precepto de ser libre o morir y que la patria no se construye a través de la indolencia o el servilismo, sino mediante el sacrificio y el heroísmo.

10 Sentencia TC/0713/16, 23 de diciembre de 2016.

11 Ídem.

12 Ídem.

Artículo 34.- Lema Nacional. El Lema Nacional es “Dios, Patria y Libertad”.

Comentario

El lema de la nación dominicana es *Dios, patria y libertad*. La referencia a Dios, desde una perspectiva cristiana, no elimina la característica laical del Estado dominicano.

La Constitución de la República Dominicana del 6 de noviembre de 1844 comienza así:

Dios, Patria y Libertad. República Dominicana. En el nombre de Dios uno y trino, Autor y Supremo Legislador del Universo. Los Diputados de los pueblos de la antigua parte Española de la Isla de Santo Domingo, reunidos en Congreso Constituyente Soberano, cumpliendo con los deseos de sus comitentes, que han jurado no deponer las armas hasta no consolidar su independencia política, fijar las bases fundamentales de su gobierno, y afianzar los imprescriptibles derechos de seguridad, propiedad, libertad e igualdad, han ordenado y decretan la siguiente...

La connotación cristiana del pueblo dominicano se observa en el mero instante de su nacimiento, pero, más de un siglo después, la modificación de la Constitución en el año 2010 establece que su redacción se lleva a cabo invocando el nombre de Dios. Para muchos el nombre República Dominicana proviene de la orden católica de los dominicos y Santo Domingo de Guzmán, nombre de la capital de la República, es el fundador de dicha orden de predicadores. Otra prueba irrefutable de cristiandad descansa en los nombres de muchas de nuestras provincias, las cuales le rinden honor a uno de los apóstoles o figuras importantes del cristianismo; además, una parte importante de nuestros días festivos hacen referencia a la celebración de una epifanía y el escudo nacional nos manda al Evangelio según San Juan.

La Constitución ha sabido separar el aspecto religioso y cultural de las libertades propias de sus ciudadanos y las características del Estado, pues

desde la forma de gobierno¹³ —la cual deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo— hasta la consagración como derechos fundamentales del derecho a la igualdad¹⁴ y a la libertad de conciencia y culto¹⁵ hacen que estos aspectos no interfieran, de manera negativa, en la forma de comportamiento del Estado y el desarrollo de la personalidad de los que residan bajo su suelo.

La construcción de la patria ha estado en el ADN de los dominicanos. La Constitución dominicana reconoce la identidad nacional como uno de los valores más preciados y pone a cargo de los poderes públicos y de los ciudadanos su protección; se reconoce su unidad y libre determinación, cimentada en la soberanía popular de la cual nacen todos los poderes.

La libertad es uno de los derechos que más se acentúa en el texto constitucional. La palabra libertad en nuestro lema nacional se traduce en la consagración de un extenso catálogo de derechos fundamentales diseminado en todo el texto constitucional: 1) derecho a la igualdad¹⁶; 2) derecho a la libertad personal¹⁷; 3) libertad de conciencia y de cultos¹⁸; 4) libertad de tránsito¹⁹; 5) la libertad de expresión; 6) las libertades de asociación y de reunión²⁰; 7) libertad de empresa²¹, entre otros.

Además, se insertan procedimientos constitucionales como la acción de amparo para cuando exista un ataque a algunas de estas libertades. Es decir, se consagra el derecho fundamental y el mecanismo para reclamarlo.

Artículo 35.- Días de fiesta nacional. Los días 27 de febrero y 16 de agosto, aniversarios de la Independencia y la Restauración de la República, respectivamente, se declaran de fiesta nacional.

13 Véase artículo 268 de la Constitución dominicana.

14 Véase artículo 39 de la Constitución dominicana.

15 Véase artículo 45 de la Constitución dominicana.

16 Véase artículo 39 de la Constitución dominicana.

17 Véase artículo 40 de la Constitución dominicana.

18 Véase artículo 45 de la Constitución dominicana.

19 Véase artículo 46 de la Constitución dominicana.

20 Véase artículos 47, 48 y 49 de la Constitución dominicana.

21 Véase artículo 50 de la Constitución dominicana.

Comentario

Los días 27 de febrero y 16 de agosto son los aniversarios de la Independencia y la Restauración de la República, fechas vitales para entender todo el concepto de dominicanos, pues a partir de estos momentos dejamos atrás la etapa colonial y comenzamos a construir una identidad nacional.

Ambas fechas están cargadas de acontecimientos, personajes históricos y lugares emblemáticos. Las efemérides patrias se encuentran dentro de los atributos de la nacionalidad dominicana, consagradas desde tiempo atrás no solo en los textos constitucionales, sino en el alma del pueblo dominicano²².

Sobre la importancia de los días festivos, la Suprema Corte de Justicia, en la época que ejercía como corte constitucional, fijó un precedente importante. El legislador dominicano, a través de la Ley núm. 139-97, de fecha 19 de junio de 1997, mediante la cual los días feriados del calendario que coincidan con los días martes, miércoles, jueves o viernes serían trasladados de fecha, estableció sus consideraciones que esta fórmula de computar los días feriados serviría para el incremento de los índices de producción y productividad de la nación. Además, realizar jornadas de trabajo que incrementen las riquezas nacionales y, con ello, las posibilidades de lograr mayor prosperidad y libertad para los dominicanos, sería una mejor forma de honrar la memoria de nuestros próceres fundadores y de sus gestas patrióticas.

El legislador, en la citada Ley núm. 139-97, dispuso que el día 27 de febrero, día de la Independencia Nacional, queda fuera del ámbito de aplicación de la ley, mientras que con el día 16 de agosto, día de la Restauración, solo se excluía de aplicación cuando coincidiera con el inicio de un período constitucional. En este tenor, la Academia Dominicana de la Historia sometió una acción directa en inconstitucionalidad contra dicho texto normativo.

En este contexto, la Suprema Corte de Justicia subrayó que los días 27 de febrero y 16 de agosto, aniversarios de la Independencia y la Restauración de la República, respectivamente, son de fiesta nacional; que no existe

22 SCJ, Pleno, 20 de febrero de 2008, núm. 1, B. J. 1167, p. 3.

otra disposición en nuestra carta sustantiva que otorgue esa categoría a otras fechas del calendario gregoriano que nos rige. Por lo tanto, al excluir el 16 de agosto de la inamovilidad del día festivo y solo habilitándolo cuando se inicie un periodo constitucional, es decir, cuando coincida con el inicio del período constitucional, el 16 de agosto será de fiesta nacional, quedando fuera de la celebración de esa efeméride tres años de cada período de cuatro, se constituye en una vulneración al referido canon constitucional. Esto es especialmente cierto cuando el motivo invocado para ello por el legislador no solo hace prevalecer un acontecimiento que frente a la trascendencia de la Restauración de la República resulta de inferior significación, como lo es el inicio de un período constitucional, sino porque, además, en el preámbulo de la ley cuestionada se afirma —lo que contradice ostensiblemente lo dispuesto respecto al 16 de agosto en el artículo 2 de la ley— que “no obstante esta necesidad de reorganización de los días feriados, existen fechas patrias y religiosas que no son susceptibles de ser comprendidas en ninguna iniciativa de este género”; este es el caso de la fecha patria del 16 de agosto²³.

Con base en estas argumentaciones, la Suprema Corte de Justicia declaró que los artículos 1, 2 y 4 de la Ley núm. 139-97, del 19 de junio de 1997, mediante la cual los días feriados del calendario que coincidan con los martes y miércoles, jueves o viernes sean trasladados de fecha, no son conformes con la Constitución de la República, en lo que respecta únicamente al 16 de agosto de cada año, día de la Restauración de la República.

Las argumentaciones dadas por la Suprema Corte de Justicia, como corte constitucional, son anteriores a la Constitución vigente, pero dos acontecimientos acentúan su vigencia: primero, el artículo 98 de la Constitución de 1966 es el actual 35 de la Constitución y, segundo, las decisiones dadas entran en la protección del artículo 277 de la Constitución, sobre la imposibilidad de revisar decisiones dadas antes del año 2010, donde se enmarca la sentencia citada.

23 Ídem.

Artículo 36.- Reglamentación de los símbolos patrios. La ley reglamentará el uso de los símbolos patrios y las dimensiones de la Bandera Nacional y del Escudo Nacional.

Comentario

La consagración de símbolos patrios ha colocado en manos del legislador la creación de disposiciones normativas en las que se regulen las formas en que los ciudadanos y los poderes públicos les rindan respeto. El legislador se ha encargado, en primer lugar, de fijar cuáles son los deberes hacia la simbología nacional y, en segundo término, el sistema sancionador cuando se comentan irreverencias y ultrajes contra los símbolos patrios.

Entre los deberes podemos citar los siguientes: las dimensiones de la bandera nacional para uso oficial, el horario de enhestarla, las formas de colocación, su día oficial, etcétera. Con relación al himno nacional: las estrofas de uso oficial, su difusión en las estaciones de radio y televisión, su interpretación en actos oficiales, deportivos y culturales y los requisitos para las grabaciones. En el caso del escudo nacional: los servidores públicos que tienen derecho a su uso, su colocación en el vehículo de uso oficial de los presidentes de los poderes del Estado y del Tribunal Constitucional, así como el uso que deberán darle los notarios públicos.

Con relación al sistema sancionador, se disponen penas cuando sean cometidas irreverencias y ultrajes contra los símbolos patrios. Así tenemos que se consagran sanciones penales para aquellos que cometan actos de irreverencias contra los símbolos patrios, castigándolos con penas de quince a treinta días de prisión y multa de uno a cinco salarios mínimos del sector público a toda persona que cometa actos que constituyan irreverencia contra la bandera nacional, el escudo nacional o el himno nacional²⁴. En caso de ultraje, las personas que los cometan serán castigadas con la pena de uno a tres meses de prisión y multa de cinco a veinte salarios mínimos del sector público²⁵.

24 Ley núm. 210-19, de fecha 15 de junio de 2019, que regula el uso de la Bandera Nacional, el Escudo Nacional y el Himno Nacional, símbolos patrios de la República Dominicana, artículo 38.

25 *Ibid.*, artículo 39.

La reincidencia en el caso de irreverencia o ultraje contra los símbolos patrios se castiga con el doble de las penas establecidas²⁶. Se ha tipificado como ultraje al himno cambiar su letra y tiempo musical, bailar mientras está siendo interpretado, convertirlo en una pieza musicalailable, así como cantarlo o hacerlo escuchar en el acto póstumo de un individuo que carezca de los atributos correspondientes. En los casos de la bandera y escudo nacional se considerará ultraje quemarla, destruirla en público o arrojarla al suelo en señal de menosprecio, colocarla en letreros o imágenes sobre ella, cubrir un féretro de alguien que no reúna las exigencias legales, y limpiar el piso, pared, una plataforma o cualquier objeto con ella²⁷.

Las irreverencias contra la bandera serían usar colores distintos a los establecidos por la Constitución, es decir, otros que no sean el rojo bermellón, el azul ultramar y el blanco en la cruz; incorporar a la bandera nacional una versión del escudo distinta a la versión oficial vigente; colocar la bandera nacional de manera que toque suelo; inclinarla para rendir reverencia; utilizarla total o parcialmente en promoción o propaganda electoral, política o comercial, o como distintivo característico de cualquier organización privada; usar sus colores en propagandas comerciales o políticas que dispuestos en conjunto asemejen la bandera nacional; usar banderas rotas, deterioradas o desfiguradas²⁸.

En el caso del himno nacional, se consideraría una irreverencia si al momento de escucharlo no se detiene la marcha, ponerse de pie y descubrirse la cabeza²⁹, respetando las excepciones que la lógica indiquen. Con relación al escudo nacional, son actos irreverentes utilizarlo en contra del mandato constitucional, exhibirlo con colores distintos a los que le corresponden o utilizarlo en promociones comerciales con fines de lucro³⁰.

El sistema normativo dominicano debe estar encaminado al respeto de los símbolos patrios; por consiguiente, podrán ser considerados actos contrarios a la Constitución todos aquellos que se encaminen a no cumplir con las disposiciones legales que ordenan honrarlos, pues su representación responde no solo al reconocimiento histórico, sino al respaldo a los principios democráticos y derechos fundamentales consagrados en la carta magna.

26 *Ibid.*, artículo 40.

27 Véase *ibid.*, artículos 19, 25, 29 y 37.

28 Véase *ibid.*, artículo 24.

29 Véase *ibid.*, artículo 35.

30 Véase *ibid.*, artículo 28.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 37

POR BERNABEL MORICETE FABIÁN

Artículo 37.- Derecho a la vida. El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte

Resumen

Tradicionalmente, al tratar el tema del derecho a la vida su enfoque se centra en los aspectos relativos a las prohibiciones de atentar contra la ella, como la prohibición de matar (delito o sanción penal), la interrupción del embarazo, la eutanasia, etc., que dan la idea de que este derecho solo se reviste de una obligación estatal de prestación negativa de no intervención en su proceso de goce. Quizás no sea equivocado el enfoque. El genocidio nazi y la situación domínico-haitiana del 1937, la pena de muerte aún vigente en muchos países, la delincuencia cotidiana, etc., dan, en cierto modo, razón a la preocupación por ese enfoque. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han ido identificando una serie de obligaciones de los órganos estatales que apuntan a una intervención proactiva en el día a día del goce del bien jurídico que el derecho a la vida tutela. Esto obliga a introducir en la discusión temas sobre las obligaciones de desarrollo de políticas públicas que den respuesta a la gestión y protección cotidiana de este importantísimo derecho.

Rol del derecho a la vida en el concierto de los derechos fundamentales

Un derecho que, muy temprano, el Tribunal Constitucional español calificó como “el derecho fundamental esencial y troncal’ (STC 53/1985, de 11 de abril, Fj 3.º)”¹, el derecho a la vida, cuyo bien jurídico tutelable es

1 BILBAO UBILLOS, Juan María. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 782.

la vida humana, en su aproximación conceptual se identifica como “derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano individualmente considerado”². Por demás, justifica el Tribunal Constitucional español el posicionamiento primigenio en el catálogo de derechos en la Constitución, argumentando que “la Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales (STC 48/1996, Fj2)”³.

Un axioma clásico en teoría de los derechos fundamentales es el que afirma una suerte de horizontalidad⁴ en la jerarquía de los derechos fundamentales, que tiene como fundamento la indivisibilidad, complementariedad e interdependencia de los derechos entre sí, que supone una armonía —no siempre posible— en la coexistencia y goce de estos. Sin embargo, se ve un amplio esfuerzo en jurisprudencia y doctrina por destacar que la vida es un bien que tiene una protección jurídica reforzada frente a los demás derechos fundamentales y que, ante los inevitables choques que el universo de los derechos puede generar entre ellos, ha de obligar a dilucidar la situación que se plantee, vía ponderación, cuando afloren los conflictos que el simultáneo goce de derechos con frecuencia genera. Así ha reconocido el Tribunal Constitucional dominicano (en lo adelante TC) la conflictividad que puede surgir entre los derechos, incluido el derecho a la vida, cuando ha dicho, frente al ejercicio de un recurso de revisión constitucional, lo siguiente:

La especial trascendencia o relevancia constitucional radica en que el Tribunal fijará posición con respecto al contenido y las limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales como son el derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, el

2 GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, MARTÍN LLANO, María Isabel, y otros. *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*: Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p.125.

3 *Ibid.*, p. 126.

4 Es oportuno recordar que muy temprano en la historia del constitucionalismo la carta magna de Juan Sin Tierras (1215) ya recogía en una expresión horizontal una serie de bienes jurídicos, entre los que se encontraban la vida, la libertad y la propiedad: “39. Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf> [consulta: 11/07/2021].

derecho a la intimidad, el honor y la imagen y la protección de las personas menores edad (TC/0966/18).

No han faltado escenarios de choque entre el derecho a la vida y otros derechos del bloque de constitucionalidad; un ejemplo clásico es el choque entre la libertad religiosa y derecho a la vida, tal y como ocurre en el caso fallado por el Tribunal Constitucional español mediante la sentencia STC 154/2002 de 18 de julio, donde “se aborda es la negativa de unos padres Testigos de Jehová a firmar su consentimiento para la práctica de una trasfusión de sangre a un hijo menor de edad”⁵. Sobre lo que continúa comentando Andrés Ollero que:

[I]o que recibe el amparo del Tribunal es la libertad religiosa de los padres, que más que rechazar drásticamente la intervención se negaron de modo rotundo a expresar formalmente su consentimiento a que se llevara a cabo. Se abordó también el posible reconocimiento del derecho de libertad religiosa del menor, al que cabría considerar maduro, que se mostró decididamente opuesto a la intervención.

Aclara el citado autor que “[e]n modo alguno cabría derivar de ello una doctrina según la cual el rechazo a un tratamiento fuera posible con carácter general incluso a costa de la vida”.

Fundamento constitucional del derecho a la vida: tránsito de la inviolabilidad a la obligación de protección

La Constitución dominicana (en lo adelante CD) dispone en su artículo 37, de una manera si se quiere algo lacónica, que “[e]l derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte”. Es este un enunciado que, no obstante su aparente simpleza, destila prácticamente

5 OLLERO, Adrés. “Reflexiones sobre el anteproyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida”. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/articulos/284-15-E-E.pdf> [consulta: 07/11/2021].

todo el sentido de la existencia del derecho, tal y como plantea la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en lo adelante CorteIDH) cuando expresa que “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido”⁶.

De este modo, la CorteIDH nos conduce por ese tránsito de comprensión necesaria del derecho a la vida como elemento inmanente de todo el catálogo de derechos que la norma constitucional ha ido identificando como bienes jurídicos, cuya tutela demanda el mayor desvelo para la sociedad y el Estado; un derecho que desborda la tradicional configuración de inviolabilidad para alcanzar un marco de mayor amplitud, que es el de su protección, en el que queda comprometido todo el corpus normativo⁷ y todo el accionar de los órganos estatales y la comunidad en general.

El tránsito desde la inviolabilidad a la protección

Como “absoluto e indisponible” identifica Bilbao Ubillas el derecho a la vida, apuntando de forma categórica que “de él deriva una prohibición general de atentar contra la vida de cualquier persona, un bien jurídico que merece, sin duda, una enérgica y exhaustiva tutela penal”. Y he aquí el punto que se invita a destacar si observamos la configuración constitucional de este muy particular derecho que, por su propia naturaleza, es llave por excelencia para el disfrute de la generalidad del catálogo de los demás derechos (positivizados y no positivizados). Vemos que su estructura básica estaba diseñada a modo de prohibición de no lesionarlo, con lo que su protección quedaba abandonada a la amenaza de sanción del derecho penal y del aparato punitivo del Estado. Así, la Constitución dominicana del año 2002 rezaba en su artículo 8.1: “[l]a inviolabilidad de la vida. En consecuencia, no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas, ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o la disminución de la integridad física o de la salud del individuo”.

6 Corte IDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C núm. 63.

7 Observemos, por ejemplo, en el diseño del Código Civil napoleónico que adoptamos, que desde sus primeros artículos se preocupa por regular elementos y atributos de la existencia física de la persona humana en sus más diversos escenarios, dedicando el Libro Primero a las personas, iniciando precisamente por reglamentar el goce de los derechos civiles.

Con la modificación de 2010 (igual que la vigente de 2015), el artículo 37 de la Constitución dominicana tan solo incorporó el criterio de inviolabilidad desde la concepción, con lo que parece apuntar una configuración estrictamente de prestación negativa del derecho a la vida, de no intervención estatal en las obligaciones de protección, lo que obviamente sería absurdo. Un absurdo sobre el que llama la atención la CorteIDH cuando establece que “[l]a observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción”⁸.

Como se observa, la CorteIDH ha ido trazando el paso hacia una dimensión distinta del derecho a la vida, en una línea discursiva en la que, si bien la dinámica jurisprudencial más recurrente se ubica en el escenario de los atentados a este derecho fundamental centrado en el tema penal, no ha desaprovechado la oportunidad la CorteIDH para redimensionar las obligaciones prestacionales del Estado en la protección de su goce; tomando ese alto tribunal internacional un camino interesante cuando produce sentencia identificando algún órgano del estado que no puede autoexcluirse de la obligación de tutela del derecho a la vida. Es lo que se extrae de las expresiones que utiliza en el caso *Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela* (2017), al apuntar que “[e]sta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas”⁹.

En el marco de las obligaciones positivas del Estado, la CorteIDH ha indicado que “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra el mismo”¹⁰. Con ello evidentemente invita al Estado a reali-

8 Corte IDH. Caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C núm. 306, párr. 100.

9 *Ibid.*, párr. 101.

10 Corte IDH. Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C núm. 359, párr. 155.

zar las inversiones necesarias para posibilitar el goce del derecho y no solo a adoptar una actitud pasiva de espera para sancionar a quienes atenten contra la vida de las personas.

En este sentido, se ha establecido una conexión de las obligaciones de prestación positiva de los órganos estatales que intervienen, por ejemplo, en el sistema de salud que, al decir de la CorteIDH, en el deber de garantizar la salud de las personas generan una obligación directa con el goce del derecho a la vida, sancionando el alto tribunal las omisiones en que incurrir los organismos de salud frente a padecimientos que, de no actuarse adecuadamente, conducen inexorablemente a la muerte por su sola naturaleza, tal y como ocurre con las personas infectadas de VIH o de otros padecimientos cuyos altos costos de tratamiento y cuidado se hacen inalcanzables para el común de las personas si el Estado no interviene de forma activa. Así ha indicado la CorteIDH:

156. El Tribunal ha señalado que, para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos: a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien, b) se acredite una negligencia médica grave, y c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente. Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberán tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado, y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación¹¹.

Como se puede observar, ya estos órganos de administración de justicia no ven los derechos en la sola dimensión de una intervención o no

11 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 156. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf [01/11/2021].

intervención; tampoco lo ven como bienes jurídicos estancos que operan limitados en la clasificación de individuales, colectivos y difusos, sino en la dimensión de interconexión e interdependencia que los distintos derechos generan entre sí, donde la afectación de uno genera una inevitable lesión a otros derechos. Se trata de un efecto dominó entre los derechos interconectados por los bienes que resguardan, que debe tener presente todo juzgador al momento de actuar en cualquier proceso.

La CorteIDH ha completado esta ecuación respecto a las obligaciones prestacionales del Estado frente al derecho a la vida, estableciendo que “la Corte advierte que del total de 49 presuntas víctimas, 12 han fallecido por enfermedades oportunistas. La Corte recuerda que las enfermedades oportunistas son aquellas infecciones o neoplasias que aprovechan la oportunidad que les brinda un sistema inmunológico debilitado, las cuales pueden provocar la muerte de la persona que las adquiere. Tal y como fue mencionado anteriormente (supra párr. 37), la terapia antirretroviral ofrece la mejor oportunidad para la supresión viral eficaz, la recuperación inmunitaria y el beneficio clínico. En ese sentido, el perito Boza Cordero manifestó que cuando un paciente está tomando adecuadamente los medicamentos antirretrovirales, las enfermedades oportunistas no tienen por qué aparecer, por lo que si aparece una enfermedad oportunista es porque el paciente no está tomando los medicamentos necesarios, lo cual constituye una falla terapéutica”¹².

Con respecto a lo anterior, cabe mencionar los efectos de la pandemia por coronavirus SARS-CoV-2, que afectó a la humanidad a partir del año 2019, denominada COVID-19¹³, un virus agresivo y oportunista que hizo necesaria la intervención de urgencia de los órganos estatales en el cuidado de la salud de los afectados por el virus, dado que, por su comportamiento, el virus atacaba de forma más agresiva la salud de las personas inmunodeprimidas¹⁴. La situación del COVID-19 obligó a emitir declaratoria de es-

12 *Ibid.*, párr. 157.

13 “¿Qué es la COVID-19? La COVID-19 es la enfermedad causada por el nuevo coronavirus conocido como SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de «neumonía vírica» que se habían declarado en Wuhan (República Popular China)”. En <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> [Consulta: 11/5/2021].

14 Descripción del debilitamiento del sistema inmunitario. Se dice que una persona es inmunodeprimida cuando se reduce su capacidad para combatir infecciones y otras enfermedades. Algunas causas de esta debilidad son ciertas enfermedades o afecciones, como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), el cáncer, la diabetes, la desnutrición y determinados trastornos genéticos. Otras causas

tado de emergencia, generando limitaciones en derechos como la libertad de tránsito, libertad de reunión, libertad de comercio, libertad de trabajo, entre otros; además, para la República Dominicana implicó liberar requisitos de controles previos en la adquisición de medicamentos y vacunas para la salvaguarda de la salud y la vida de la población, poniendo de manifiesto ese carácter prestacional que genera en las obligaciones del Estado el derecho a la vida.

Gestión del derecho a la vida y la intervención estatal

La esencia de tener derechos fundamentales radica en la autogestión del goce voluntario, libre de coacción, de los bienes que esos derechos tutelan. Poder determinar quedarse en casa o salir de paseo es la esencia del derecho a la libertad de tránsito; decidir si quedarse a solas o reunirse con alguien en una congregación, sociedad, fiesta o reunión con fines lícitos y sin necesidad de “permiso previo”¹⁵ es la esencia de la libertad de reunión. ¿Y qué decir de quedarse callado cuando se quiera, o hablar cuando se decida hablar, sin que se establezcan “censuras previas”¹⁶ externas a la voluntad unilateral del titular del derecho?: es la esencia del derecho a la libertad de expresión. En fin, decidir por cuenta propia poner en marcha las actividades que implican gozar de un derecho fundamental es la esencia de la libertad de ser su titular, sin que el Estado o los terceros puedan válidamente hacerte hablar, reunirte o transitar de forma obligatoria.

En este punto, dada la observancia de esos esquemas de autogestión del goce de los derechos mencionados, cabe preguntarse ¿es el goce del derecho a la vida un derecho autogestionable por su titular?

Sabemos que en el ser humano la vida no ocurre por generación espontánea, sino que es el resultado de la intervención de terceros que aportan material genético a un proceso de fecundación¹⁷ por contacto natural

son determinados tratamientos, como el uso de medicamentos contra el cáncer, la radioterapia y el trasplante de células madre o de órganos. También se llama inmunodeficiente e inmunosuprimido. Disponible en Definición de inmunodeprimido - Diccionario de cáncer del NCI - Instituto Nacional del Cáncer (cancer.gov).

15 Constitución dominicana, artículo 48: “Libertad de reunión. Toda persona tiene el derecho de reunirse, sin permiso previo, con fines lícitos y pacíficos, de conformidad con la ley”.

16 Constitución dominicana, artículo 49: “Libertad de expresión e información. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa”.

17 Sobre el tema, v. <http://ciencia.unam.mx/leer/1062/embriologia-la-formacion-de-un-nuevo-ser-humano-y-los-riesgos-dentro-del-utero-materno> [consulta: 11/07/2021].

sexual o por manipulación científica, que une los aportes de cromosomas necesarios para dar curso a la formación del cuerpo humano. Esto habla de la ausencia de voluntad del titular del derecho al momento de adquirir el bien tutelado por el derecho a la vida y la dependencia absoluta de la decisión de la gestante de mantener el producto (cigoto, embrión o feto, según la etapa evolutiva) en el espacio vital para su desarrollo. Este espacio de dependencia habla también de la intervención del Estado en cualquier decisión que afecte la permanencia del producto en ese espacio de sustentabilidad de la vida que se desarrolla bajo la tutela y cuidado de la gestante.

En la anterior tesis, temas como la destrucción de óvulos fecundados en laboratorios (la ciencia ha experimentado incluso con procesos de clonación¹⁸), así como la interrupción del proceso de gestación en la madre (biológica o por gestación subrogada), resultan de interés para los órganos estatales, que deben intervenir en las autorizaciones pertinentes para la administración de procedimientos, que sean éticamente y científicamente admisibles, en la toma de decisiones sobre la suerte del bien jurídico vida, cuyo titular no puede autogestionarlo en ese momento.

Esa intervención estatal está llamada a ser multisectorial, provista de la legislación¹⁹ y los adecuados protocolos operativos, dada la multiplicidad de derechos (vida, salud, libertad de autodeterminación, objeción de conciencia, etc.) que podrían converger en la toma de decisiones sobre la interrupción de un proceso de gestación, que incluye la medición de desarrollo del no nacido que vienen con el proceso evolutivo que se inicia con la fecundación. Se hace esta afirmación en el marco del proceso legislativo que se lleva a cabo en la actualidad (ya mediante la Ley 550-14²⁰ se

18 DOUSTE-BLAZY, Philippe. "Francia rechaza la clonación humana". Disponible en <https://cordis.europa.eu/article/id/22309-france-says-no-to-human-cloning/es> [consulta: 02/11/2021].

19 El vigente Código Penal dominicano, modificado por la Ley 1690, del 19 de abril de 1948, establece un marco cerrado de prohibición sobre la interrupción voluntaria del embarazo (art. 317): "El que por medio de alimentos, brebajes, medicamentos, sondeos, tratamientos o de otro modo cualquiera, causare o cooperare directamente a causar el aborto de una mujer embarazada, aun cuando ésta consienta en él, será castigado con la pena de reclusión. La misma pena se impondrá a la mujer que causare un aborto o que consintiere en hacer uso de las substancias que con ese objeto se le indiquen o administren o en someterse a los medios abortivos, siempre que el aborto se haya efectuado. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años a las personas que hayan puesto en relación o comunicación una mujer embarazada con otra persona para que le produzca el aborto, siempre que el aborto se haya efectuado, aun cuando no hayan cooperado directamente el aborto. Los médicos, cirujanos, parteras, enfermeras, farmacéuticos y otros profesionales médicos, que, abusando de su profesión, causaren el aborto o cooperaren a él, incurrirán en la pena de cinco a veinte años de trabajos públicos, si el aborto se efectuare".

20 La referida ley, modificando el actual Código Penal, dispondría: "Artículo 110. Eximentes. La interrupción del embarazo practicado por personal médico especializado en establecimiento de salud,

aprobó el aborto en tres supuestos, aunque esto quedó sin efecto en virtud de la anulación de la referida ley por sentencia TC/0599/15²¹, del 17 de diciembre de 2015) para la modificación del Código Penal, en el que uno de los temas más complicados es el de la aprobación de la despenalización del aborto por causas limitadas como riesgo para la vida de la madre, violación, incesto o el originado en malformaciones del embrión incompatibles con la vida, situación que mantiene enfrentados a los grupos que defienden una u otra posición y en una suerte de parálisis de la importante reforma. Sobre esa discusión, el profesor Jorge Prats apunta que el hecho de “... que haya que garantizar el derecho a la vida del *nasciturus* no significa, sin embargo, que la legislación no pueda permitir la interrupción voluntaria del embarazo en ciertos supuestos excepcionales...”²².

En otro orden, se presentan situaciones en que una persona titular del derecho a la vida se encuentra completamente sometida a la tutela del Estado que, válidamente, restringe sus libertades, tal y como ocurre en el caso de los privados de libertad. En ese escenario corresponde al Estado el deber de preservación de la vida, tal y como lo plantea la OEA en los Principios de Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas en el que los Estados partes asumen el compromiso de reconocer “el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral”²³, tesis que en la que se inscribe el TC al reiterar la obligación del Estado dominicano en la protección “de derechos como la vida, integridad personal...”²⁴ de la persona privada de libertad.

Otros estadios que concurren en la gestión del derecho a la vida tienen que ver con la capacidad de goce de los derechos fundamentales, como antes se ha indicado. Aquí la cuestión radica en la decisión de continuar

públicos o privados, no es punible si se agotan todos los medios científicos y técnicos disponibles para salvar las dos vidas, hasta donde sea posible. Párrafo. La interrupción del embarazo por causa de violación, incesto, o el originado en malformaciones del embrión incompatible con la vida clínicamente comprobada, estarán sujetos a los requisitos y protocolos que se establezcan mediante ley especial”.

21 Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc059915/> [consulta: 20/07/2021].

22 JORGE PRAST, Eduardo. *Derecho constitucional* (vol. II), 2.ª ed.: Santo Domingo, Ius Novum, 2012, p. 159.

23 <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp> [consulta: 20/08/2021].

24 FRANCO, Francisco. *Constitución de la República Dominicana interpretada por el Tribunal Constitucional dominicano*: Santo Domingo, Francisco Franco, 2020, p. 94.

con el goce del derecho a la vida cuando el titular adquiere la capacidad de autogestión de derechos como el de la autodeterminación. Bien se sabe que factores como el deterioro de la salud hacen que la calidad de vida se deteriore a extremos que hacen cuestionar si eso es lo que la norma constitucional tutela y hace que las personas asuman actitudes frente a su propia existencia que los sumergen en procesos de sufrimientos físicos y mentales, y los colocan, muchas veces, frente a la toma de decisiones sobre el disfrute del derecho que por sí mismos no pueden autogestionar por resultarles contrarios a sus valores éticos y morales.

De lo que se habla en este último punto es de la aparición de un derecho que día a día se va posicionando en la discusiones doctrinales y jurisprudenciales, de la mano del derecho a la vida y el principio de dignidad humana, que ha venido a denominarse derecho a la muerte digna, o muerte sin dolor, y que ha encontrado en la eutanasia su campo de acción. La profesora Martín Llano se formula la siguiente pregunta: “¿Podemos hablar en el marco constitucional español del derecho a una muerte digna?”²⁵, sobre lo que se responde, citando la sentencia STC 120/1990, Fj.7, que “[e]l Tribunal Constitucional ha entendido que el sujeto, en el círculo de su libertad, puede ‘disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público...”²⁶.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha razonado, sobre la intervención estatal en la sustentabilidad de la vida más allá de la voluntad del titular en determinados supuestos de situaciones de salud, lo siguiente:

Por otro lado, se revisó la disposición según la cual el paciente tiene derecho a suscribir un documento de *voluntad anticipada* para no someterse a tratamientos médicos innecesarios en caso de enfermedad terminal e irreversible, estado de coma o sufrimientos extremos. Para el efecto, la Corte definió la *voluntad anticipada* como “el conjunto de preferencias que una persona tiene respecto

25 Martín de Llano señala que la eutanasia “consiste en la ayuda que se presta para morir por motivos estrictamente humanitarios, a una persona incurable y sin calidad de vida alguna”. Ob. cit., p. 130.

26 Ob. cit., p. 131.

del cuidado futuro de su salud, de su cuerpo y de su vida, la cual se suscribe de manera libre e informada, en pleno uso de sus facultades mentales y como previsión de no poder tomar tal decisión en el futuro, debido a un suceso que le deje incapacitada para expresar tal intención. A su vez, esta declaración, incorpora sus valores, su entorno cultural, sus creencias religiosas y su ideología.” En tal sentido, es una expresión de la autonomía como dimensión de la dignidad humana, que a su vez guarda coherencia con la proporcionalidad de los cuidados paliativos, al no prolongarse innecesariamente el dolor del enfermo y su familia²⁷.

Sobre la muerte digna la referida Corte Constitucional del país sudamericano señaló que: “[L]a Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal [de proteger la vida] cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto”.

Asimismo, la Corte agrega, sobre este particular:

... que en el evento de que una persona que padece una enfermedad terminal decide no continuar viviendo por el agudo sufrimiento que la agobia y porque estima que esa situación es contraria a su propia dignidad, no puede atribuírsele antijuridicidad a la actuación de quien le asiste para llevar a cabo ese cometido, “porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir”, razón por la cual declaró exequible la disposición demandada.

27 Sentencia T-060/20. Disponible en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-060-20.htm#_ftn51 [consulta: 07/11/2021].

Sin embargo, acerca del consentimiento del paciente terminal se precisó que “debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión”. En tal sentido, la sentencia C-239 de 1997 estableció que el sujeto activo del homicidio por piedad debía necesariamente ser un médico...²⁸.

Cabe recordar que el Código Penal dominicano no contempla la figura de la “la muerte por piedad”²⁹, sino que castiga el homicidio voluntario en sus artículos 295 y siguientes, supuestos en los que caería, bajo el actual esquema, cualquier atentado contra la vida, aun en los supuestos que en otras legislaciones se tratan como “muerte digna”. Por su parte, en el proyecto de modificación de Código Penal que se discute en el Congreso Nacional tampoco se contempla consideración alguna sobre muerte por piedad; en cambio, se establece como una agravante de la pena que la víctima padezca alguna enfermedad que la haga especialmente vulnerable. Un hecho incontestable es que la muerte pone fin al derecho a la vida, que ha estado protegida, conforme a la norma constitucional, desde la concepción³⁰ (art. 37 CD) hasta que ese conjunto de elementos detiene su actividad dinámica de forma completa por ese evento hasta ahora inevitable que se denomina muerte o, como expresan algunas concepciones religiosas, separación del cuerpo y el alma (dice el mundo católico), vida después

28 Ídem.

29 Sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional lo siguiente: “En la sentencia C-239 de 1997, la Sala Plena examinó la constitucionalidad del artículo 326 del antiguo Código Penal, que tipificaba el delito de homicidio por piedad en los siguientes términos: ‘El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años’, agregando esa Alta Corte que, “Para la Corte, quien mata a otro con fin de ponerle fin a su sufrimiento lo hace con un motivo altruista y por ello el legislador, al contemplar la piedad como consideración subjetiva del acto, fijó el homicidio por piedad como un tipo autónomo y con una punibilidad menor a la prevista para el homicidio simple y el agravado, con lo cual no se desconoce el derecho fundamental a la vida (artículo 11 C.P) en tanto la conducta sigue siendo antijurídica y, por ende sancionable, a pesar de su motivación, que –se insiste– tiene relevancia como aspecto subjetivo en el ámbito de la valoración de la culpabilidad”. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-060-20.htm#_ftn51.

30 “f. Fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide”, dice el *Diccionario médico* de la Clínica Universidad de Navarra. Disponible en <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/concepcion> [consulta:07/11/2021].

de la vida (establece el judaísmo), presumiendo que hay una continuidad de ciertos atributos de la persona más allá de ese momento de cierre. Lo cierto es que la absoluta ausencia de actividad vital en el cuerpo humano da la idea de que conjunto de prerrogativas de la persona llegarían a un punto final; empero, el resguardo de ciertos bienes como el buen nombre, por poner un ejemplo, como bien inmaterial sobrepasa la muerte, opinan los expertos³¹. En legislación también lo creen, cuando leyes como la Ley 192-19 del 21 de junio de 2019, sobre la protección de la imagen, honor e intimidad familiar vinculados a personas fallecidas o accidentadas establece en su artículo 10: “La protección de la imagen, la intimidad y el buen nombre de una persona fallecida prescribe a los veinte años”.

31 COBAS COBIELLA, María E. “Protección postmortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”. Scielo. En http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100007 [consulta 8/8/2021].

Corte Constitucional de Colombia: “43.- En concordancia con lo expuesto, la Sala reitera en esta oportunidad que la faceta fundamental del derecho a la imagen, en la medida en que está íntimamente relacionada con la dignidad humana se extiende más allá de la muerte y, por ende, el juez de tutela tiene competencia para establecer la vulneración del derecho fundamental a la imagen y tomar las medidas de protección correspondientes a pesar del fallecimiento del titular del derecho” (sentencia T-628/17 párr. 43) [consulta 8/8/2021].

COMENTARIO AL ARTÍCULO 38

POR BERNABEL MORICETE FABIÁN

Artículo 38.- Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

Comentario

Ego vox clamantis in deserto.

Fray Anton de Montesinos,
Santo Domingo, 1511

¿Habrá una definición de dignidad humana suficientemente abarcadora?

Ha dicho nuestra Suprema Corte de Justicia (en lo adelante SCJ) que la dignidad de la persona humana es entendida como elemento fundamental y esencial del ser racional. Y rescata la SCJ, como doctrina de autoridad, en su argumentación, “la opinión del filósofo alemán Emmanuel Kant sostiene que: ‘los seres humanos se merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como persona [...]’ (Emmanuel Kant, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, pág. 14)”.

Antonio Pele procura orientarnos en relación a la búsqueda de ese significado advirtiendo que

El concepto de dignidad humana suele ser estudiado muchas veces a partir de un estudio geneológico. Se suele “encontrar” en la historia del pensamiento (moral y filosófico en particular), premisas e ideas que paulatinamente hubieran, a lo largo de la historia, con-

formado la idea de un ser humano dotado de valor, y futuro titular de derechos¹.

Mientras que Häbermas, apunta el propio Pele, ubica la dignidad humana contemporáneamente como “derivada de su conexión con los derechos humanos [...] de una nueva carga moral política y progresivamente adquirida en reacción a los crímenes y atrocidades de la segunda guerra mundial”².

Es en ese contexto, de reiteradas y funestas experiencias de guerras, dictaduras y genocidios en que la dignidad humana escapa del exclusivo interés de la moral, de lo filosófico y lo religioso para acercarse al derecho, permearlo, condicionarlo y luego dirigir su producción legislativa, su interpretación y aplicación. Se posiciona la dignidad humana en el epicentro del escepticismo ante las normas³, que transforma el tradicional paradigma del Estado legal por uno nuevo, de Estado constitucional y democrático de derecho, en el que la norma jurídica solo es válida si no contradice la Constitución y en el que la configuración y desarrollo legislativo de un derecho fundamental⁴ solo es válido si no lesiona el contenido esencial, en cuyo centro está el principio de dignidad humana.

Atender a esa diversidad de sectores es lo que dificulta arribar a un concepto común al constitucionalismo mundial. Más aún, si se observa, por ejemplo, la Constitución dominicana (en lo adelante CD), esta le asigna una importante diversidad de roles a la dignidad humana en distintos escenarios, unas veces de forma expresa, y otras tantas de forma implícita y necesariamente inevitable.

Unas veces se ubica la dignidad humana en el terreno de los valores. Apuntan Gimeno Sendra, Torres del Moral y otros⁵ que el “[v]alor no es

1 PELE, Antonio. *La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales*, en file:///C:/Users/Poder%20Judicial/Downloads/Dialnet-LaDignidadHumana-5379213.pdf. Visitado > 14/11/2021.

2 Ídem.

3 Para ampliar sobre el escepticismo ante la norma, ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*: Barcelona, Ariel Derecho, 2013, p. 44.

4 Se pregunta el profesor J. J. Solozabal “¿qué debemos entender por derechos fundamentales? Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal”. SOLOZABAL, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, núm. 71, 1991, pp. 87-110. En línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27093>. Visitado 16/11/2021.

5 GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio, y otros. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*: Madrid, Ed. Constitución y Leyes, 2007, p. 51.

igual que idea; equivale, acaso a *ideal*”, para acto seguido indicar que “[e]l valor es un modo de ser de algo que, inasequible o escaso, es deseado”. Afirman de forma categórica que “la idea directriz de este proceso equilibrado es la obtención del máximo de cada uno de estos valores que no obstaculice ni perjudique a otro más que el mínimo inevitable”.

En esta línea se ha expresado la SCJ, identificando el carácter trascendente de la dignidad humana como valor que atiende, de forma individualizada, las condiciones particulares de las personas. Así, este alto tribunal establece que “... la dignidad humana es un valor jurídico trascendente a la convivencia de las personas, en este caso no solo como un ciudadano trabajador, sino como un trabajador ciudadano, donde es preciso reforzar la protección a la persona del recurrido que realiza una función en el trabajo aquejado del VIH”⁶.

Otras veces la leen en el campo de los principios, tal y como afirma Sánchez González, al expresar que “[l]a dignidad aparece, pues, como el que podríamos denominar principio fundamental de referencia [...], fundamento, o razón de ser, de los derechos y libertades recogidos en la C. [Constitución], sobre los que irradia su luz, y que conviene tener presente a la hora de abordar la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales”⁷.

Cabe recordar como Tribunal Constitucional Español ha tratado ese tratamiento de la dignidad en un espectro de consideración de elemento esencial de la existencia de estos. Así, estableció que:

La queja que formula el recurrente tendría su encaje más correcto en el derecho a la intimidad personal que garantiza el art. 18.1 CE, que se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE⁸ reconoce, e implica la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfe-

6 (SCJ, 3ra Sala, 27, del 18 de junio de 2014, B.J. 1243 Disponible en: <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/78267/124340027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Visitada en: 17/11/2021.

7 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A; GOIG MARTÍNEZ, y otros. *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*: Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. p. 24.

8 Cabe recordar que el art. 10.1 de Constitución española dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Disponible en: file:///C:/Users/Poder%20Judicial/Downloads/BOE-160_Constitucion_EspanolaLa_Constitution_Espanole.pdf. Visitado el 14/11/2021.

ra íntima del individuo frente a la intromisión ajena o, dicho de otro modo, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, entre otras muchas)” (272/2006).

Consagración constitucional: principio, valor y derecho

Determinar un concepto que alcance a definir el elemento dignidad humana resulta muy complicado si se pretende evitar que la propia definición obre en contra del amplio alcance que se pretende tenga su ámbito de protección. Basta observar cómo la propia Constitución se bifurca en su tratamiento, acomodando la dignidad en el centro de los “valores supremos y los principios fundamentales”, tal y como lo proclama en el Preámbulo:

Nosotros, representantes del pueblo dominicano, ...; regidos por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz.

Valores y principios que, en su conjunto, tienden a la búsqueda del valor superior que es la felicidad de la persona humana, si llegan a ser observados, respetados y cumplidos.

Pero no se queda ahí la CD, sino que agrega roles a la dignidad humana que la hacen sustento de la Constitución misma, así como del sistema político y social que ella organiza y rige para la nación dominicana. Dispone en su artículo 5, a este respecto, que “[l]a Constitución se fundamenta en el respeto de dignidad humana...”. Y de inmediato agrega, en el artículo 7, que su definición compromisaria de “Estado Social y Democrático de Derecho” está “... fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos

fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Sobre el particular fin que anuncia la Constitución en este contexto dan en la diana Gimeno Sendra, Torres del Moral y otros, al afirmar que “[e]n un Estado social y democrático de Derecho ningún valor debe de quedar por debajo de lo tolerable para una vida digna”⁹. Vincula, además, el poder constituyente constituido, la dignidad humana a la función del Estado en sí mismo; es lo que de forma expresa hace en el artículo 8 colocando una importante carga sobre los órganos del estatales para que sus políticas y acciones tengan como fin su tutela sin excusa alguna. Expresa el referido artículo 8 que “[e]s función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva...”. Ello inexorablemente implica planificación, inversión, acción y actuaciones que se proyecten permanentemente a la observancia de la dignidad humana como valor supremo y principio fundante del Estado y sustento de la Constitución misma.

La SCJ, al desarrollar la noción del anunciado fundamento del Estado, ha dicho que “[l]a dignidad de la persona humana obliga al Estado a reconocer y asegurar la satisfacción del ideal del ser humano, asegurar que el fin del ser humano tenga plena vigencia y eficacia y el ser humano por el solo hecho de serlo goza de una dignidad innata que al hacerlo distinto a los demás seres vivos ha de ser tenido como un fin y nunca como un medio, cuestión que reconoce la Constitución dominicana cuando afirma como su fundamento, ‘la dignidad del ser humano’”¹⁰.

Ese marco de obligaciones que genera la observancia de los roles de la dignidad humana no solo se imponen a los órganos estatales, sino también a los particulares que, en el goce de los derechos y libertades fundamentales, están llamados a no afectar la dignidad de los demás. Para muestra una expresión, pues el artículo 49 CD al referirse a la libertad de expresión e información, en su párrafo, apunta que “[e]l disfrute de estas libertades se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y moral de las personas...”.

9 GIMENO, TORRES y otros, ob. cit. p. 51.

10 SCJ, 3.ª Sala, 18 de junio de 2014, núm. 27, B. J. 1243.

En las relaciones obrero-patronales, esquema en que se desarrolla por lo regular el derecho fundamental al trabajo, el constituyente dominicano establece una relación positiva que condiciona la forma en que se exigen las obligaciones del empleador frente al trabajador. El artículo 62.3 CD establece que, entre otros, “[s]on derechos básicos de trabajadores y trabajadoras... el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal”. Protege al trabajador en este primer escenario en cuanto a las condiciones dignas en que debe desarrollar su trabajo que, necesariamente, abarca tanto el trato como los medios de realización y la actividad física e intelectual que se le exigen. La SCJ deja clara esa conexión al decir: “... que no queda dudas de que la empleadora al desahuciar al trabajador, señor [...], actuó en desmedro de su dignidad, con discriminación por su condición de portador del VIH o Sida”¹¹.

Más adelante, el mismo artículo 62, numeral 9, también vincula el fin de la remuneración que se recibe por la labor que se desempeña al valor dignidad en el marco de los efectos que debe generar el goce del derecho al trabajo. Al efecto, dispone que “[t]odo trabajador tiene derecho a una salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad...”. En esa misma línea del derecho al trabajo se orienta, aunque en el contexto del derecho a la cultura (que se ubica dentro de los derechos difusos), el artículo 64.3, que dispone, como obligación del Estado, proteger “... la dignidad e integridad de los trabajadores de la cultura”.

Se trata de obligaciones que, en lo que respecta a la garantía y tutela de la dignidad, conectan perfectamente con la obligación de vigilancia y de no afectación (prestación negativa) y, por otro lado, de acciones que potencia-licen la tutela de la dignidad de cada individuo que se imponen al Estado y a los particulares, cuya inobservancia o deficiente protección caería en el radio de las infracciones constitucionales.

No se conforma el constituyente con asignar estos roles de directrices sobre el accionar del Estado a la dignidad humana, sino que corona la CD su accionar designándole un lugar primigenio en el parnaso del catálogo de los derechos fundamentales; pero no cualquier derecho, dice Jorge Prats, sino uno “que viene a ser el pilar básico de todo el ordenamiento consti-

11 Ídem.

tucional¹²”. Es el significado que se extrae del categórico pronunciamiento del artículo 38 CD, que expresa:

Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que les son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

El TC, haciendo su labor de interpretación del alcance de la noción dignidad humana, la refiere al ámbito laboral, apuntando que

m. Para este tribunal, la degradación laboral consiste en colocar en una posición inferior a una persona que ostenta un grado superior en una institución o empresa en la que se desempeña como empleado; ésta atenta contra el respeto a la dignidad humana [...], más que la separación misma del servidor o empleado¹³ (sent. TC/0217/13).

Protección de la dignidad humana

Se trata de obligaciones que, en lo que respecta a la garantía y tutela de la dignidad, conectan perfectamente con la obligación de vigilancia de no afectación (prestación negativa) y, por otro lado, de acciones que potencialicen su tutela que se imponen al Estado y a los particulares, cuya inobservancia o deficiente protección caería en el radio de acción de las infracciones constitucionales.

El marco de protección que el artículo 38 llama a dar a la dignidad humana, no se conforma con evitar lesionar la dignidad, sino que exige un accionar que conlleve el trato digno (fundamento del principio de dignidad humana), lo que implica que la prestación de los servicios que se brindan, sean públicos o privados, se deban dar en condiciones que eleven la consideración de dignidad de las personas que los reciben. En este orden po-

12 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, 2.ª ed.: Santo Domingo, Ius Novum, 2012, vol. II, p. 152.

13 FRANCO, Francisco. *Constitución de la República Dominicana interpretada por el Tribunal Constitucional dominicano*: Francisco Franco Soto, 2020, p. 96.

dríamos parafrasear a Dworkin y preguntarnos ¿cuántos recursos debemos invertir en ofrecer un trato digno a las personas? Todo, hasta que no quede un resquicio que haga previsible cómo evitar su afectación¹⁴.

El Estado por vía de todas las instituciones es deudor de la población, en sentido general, del trato digno a las personas. El servicio de transporte, los servicios de salud, el servicio de justicia, los servicios de cobranza de las cargas impositivas... en fin, el Estado es compromisario por vía del gasto público para crear esas condiciones que posibiliten el trato digno.

No se puede perder de vista que hay, sobre todo, escenarios en que las personas se ven impedidas de administrar por cuenta propia ese respeto a la dignidad y dependen estrictamente de que un tercero se la resguarde. En estos casos se pueden mencionar las situaciones de los privados de libertad, así como de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que requieren de inversión para sustentar las condiciones de trato digno.

De tal manera que elevar la dignidad humana al carácter de derecho fundamental, proyectándola fuera del tradicional esquema de principio y valor inmanente a otros derechos, la coloca en el foco de las obligaciones de desarrollo de políticas públicas prestacionales del Estado. Así, el Tribunal Constitucional español ha vinculado su protección a aspectos relativos a la igualdad de oportunidades, estableciendo que “[d]e la legislación orgánica aludida se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de ‘Estado social y democrático de derecho’ que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales” (STC 212/2005).

Protección de la dignidad más allá de la muerte

Es tan amplio el ámbito de protección, que no concluye con la muerte de su titular. El legislador orgánico en la Ley 192-19, sobre Protección de la Imagen, Honor e Intimidad Familiar vinculados a Personas Fallecidas y

14 Ver DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana*: Ediciones Paidós Ibérica, 2003.

Accidentadas, ha dispuesto en el art. 14.4 que se considerará intromisión ilegítima “[I]a imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de una persona fallecida o de su familia, que menoscaben su fama, se difame o atenten contra su imagen”.

Conclusión

Esa imagen de norma general, indeterminada y a veces abstracta que según se nos muestra tiene la dignidad humana como mandato que hoy busca ser derecho que condiciona la producción, interpretación y aplicación del derecho, refleja el deseo de conocer el derecho a través de los ojos del buen hombre del Juez Holmes¹⁵, de ese que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia¹⁶, toda vez que el respeto a la dignidad humana resulta de las cuestiones de hecho que, en el trato a las personas, alcanza a reconocer los límites que las lesionan y las acciones que las protegen y ensalzan. Hasta las más crueles dictaduras llegan a elaborar buenas leyes que, en manos del *mal hombre* de Holmes, terminan sirviendo incluso para lesionar la dignidad de los demás en su aplicación estricta, sin reparar en el carácter ético y moral de las consecuencias de la aplicación de la norma y solo importándole la previsibilidad de los resultados.

Es un ejemplo interesante de ese proceso de adecuación del derecho positivo que, sin intervención legislativa para su adecuación, encuentra en la dignidad humana nuevas líneas justificativas para su relectura, venciendo ancianas presunciones legales que hoy, con los avances científicos, quedan rezagada por la posibilidad de revelar la verdad de forma objetiva y documentada. Así ha indicado el Tribunal Constitucional español:

7. Avanzando un paso más en el análisis de la alegada vulneración del art. 24.1 CE, hemos de ponerlo ahora en conexión con el mandato al legislador, contenido en el art. 39.2 CE de que «posibi-

15 Citado por NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*: Barcelona, Ariel Derecho, 2013, p. 46.

16 Ídem.

lite la investigación de la paternidad». Como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, «[h]istóricamente los problemas de la determinación de la filiación, particularmente en cuanto a la paternidad (*mater semper certa est*), han tenido su razón de ser en la naturaleza íntima de las relaciones causantes del nacimiento y en la dificultad de saber de qué relación concreta, si las hubo con diferentes varones, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente. Ello ha justificado, en beneficio de la madre y del hijo, el juego de presunciones legales, entre ellas la de paternidad matrimonial (*pater is quem nuptiae demonstrant*) y las restricciones probatorias que han caracterizado al Derecho de filiación». Y añadimos que es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)¹⁷ (STC 273/2005).

17 En <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/5533>, visto el 16/11/2021.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 39

POR ALDEMARO MUÑIZ MENA

Artículo 39.- Derecho a la igualdad. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia:

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

Comentario

La adecuación de nuestro actual sistema constitucional adoptado en el año 2010 revela la intención del constituyente de instaurar la dignidad humana como fundamento de la Constitución, cuando en su preámbulo la Asamblea Nacional Revisora, como representante del pueblo dominicano, resaltó la voluntad de que el constituyente instaurara como principios rectores fundamentales la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia y la solidaridad.

Como valor, la igualdad tiene un alcance general que, juntamente con la libertad, es uno de los más importantes señalados en el preámbulo de nuestra Constitución, conforme al modelo de Estado perteneciente a los sistemas políticos modernos denominados Estado social y democrático de derecho en el que la República Dominicana se adscribe, de acuerdo a su fisonomía de política estatal. Nuestro modelo de Estado se fundamenta en el reconocimiento de la igualdad de todas las personas. Por el hecho de serlo, la dignidad representa algo innato a la persona, sin distinción de circunstancias de origen, raza o pensamiento, lo cual se traduce en la afirmación de una serie de derechos fundamentales inviolables, como la igualdad, y en la obligación respecto al poder político de garantizarla y de facilitar su ejercicio efectivo a favor de quien invoca su protección.

Para abordar el contenido de la igualdad como derecho fundamental, resulta oportuno establecer la dignidad como punto de partida de cualquier otro derecho, dado su efecto irradiador en el catálogo de prerrogativas desarrollado en la carta magna. A la dignidad se subordinan la propia Constitución, la cual, según informa el artículo 5, se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y en la indisoluble unidad de la nación, así como el propio Estado que se legitima en el respeto de la dignidad y la protección de los derechos fundamentales, de tal modo que su función esencial es la protección efectiva de los derechos de las personas y la obtención de los medios para alcanzarlos, tal y como lo refieren las disposiciones de los artículos 38 y 7, respectivamente.

El alcance del concepto de dignidad de la persona conlleva la obligación de un tratamiento igualitario susceptible de preverse como un principio rector dentro de los supuestos a considerar por la ley. La Constitución

actual llena una laguna que la anterior no contemplaba, pues aún establecía una interpretación análoga del concepto de dignidad en su artículo 100, donde encajaba en la igualdad como principio, al establecer sobre la “igualdad de todos los dominicanos” y la no discriminación.

Concebida la noción de dignidad y expresamente establecida en el artículo 38 de la Constitución, la cual proyecta todos los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad, en el sentido de que su función es similar a la que desempeñaban la libertad e igualdad cuando fueron concebidas las primeras declaraciones de derechos, como la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776, en cuyas afirmaciones se establecía que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos”¹; también a través de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del Norte de 1776, cuyo contenido expresaba que “sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”².

Por su parte, en Francia la Asamblea Nacional Constituyente del 26 de agosto de 1789 aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre, el cual es un documento producto de la Revolución francesa, cuyas repercusiones más importantes a nivel de la humanidad ha sido el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, en las que se estableció “los hombre nacen y permanecen libres e iguales en derechos”³, lo que demuestra la condición de igualdad del hombre sin distinción de condición de esclavitud que se vivía para ese entonces con la monarquía imperante.

En nuestro país, de nuestra primera Constitución del 6 de noviembre de 1844 se plantea la igualdad como eje rector del sistema político y constitucional de la en aquel entonces joven nación, por lo que en su artículo 14 se dispone que “los dominicanos nacen y permanecen libres e iguales en derechos”⁴.

En el ámbito de las Naciones Unidas, se reiteran las regulaciones de la igualdad como principio o valor como garantía del respeto a los dere-

1 Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 12 de junio de 1776.
2 Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776.
3 Declaración francesa del 26 de agosto de 1789. Artículo 1.
4 República Dominicana. Constitución del 6 de noviembre de 1844. Artículo 14.

chos fundamentales, señalando en los Pactos Internacionales de Derecho de 1966, tanto en el de Derechos Civiles y Políticos, como en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que los Estados parte “se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos [...] enunciados en el presente Pacto”⁵. De su lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 promueve la igualdad como pilar fundamental de los sistemas de derecho cuando establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”⁶.

Así las cosas, casi todas las constituciones de Latinoamérica reproducen literalmente en sus contenidos el reconocimiento de la dignidad humana como valor que irradia la igualdad y libertad, como derechos fundamentales a favor de todas las personas, sin contemplar ningún tipo de condición con base en el género, origen o filosofía de vida, reconociendo que nacen libres e iguales ante la ley, y deben recibir la misma protección de sus derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación.

Alcance del concepto de igualdad

Según el *Diccionario de la lengua española*, el término *igualdad*, desde el punto de vista etimológico proviene del latín *aequalitas*, *-atis*, y significa, entre otras definiciones, “conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”; “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”⁷.

Es así como la igualdad tiene una connotación como valor que se fundamenta conforme al sistema jurídico y político desde dos perspectivas o dimensiones: a) una subjetiva como garantía general, en tanto que asegura un trato igualitario y no discriminatorio de las personas a cargo de los poderes públicos; en esta dimensión la igualdad trasciende como principio, y b) otra como derecho particular, el cual debe ser protegido bajo la fisonomía de derecho fundamental a la igualdad.

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966 [en línea]. Fecha de consulta: 10 de julio 2022. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

6 La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. Art.1 [en línea]. Fecha de consulta: 10 de julio 2022. Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

7 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 10 de julio 2022].

El valor de la igualdad opera desde una vertiente formal o jurídica, es decir, como garantía de la igualdad de trato ante la ley con un carácter individual, y otra material o real, la cual propugna la búsqueda de la igualdad efectiva en la vida social a través de la mejora de las condiciones de vida de los más desfavorecidos, de carácter colectivo o general⁸.

El principio de igualdad entre las personas va muy ligado al principio de igualdad ante la ley y muy influenciado por el derecho fundamental establecido en la Constitución dominicana, en el artículo 39, donde dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

Como norma, el principio de igualdad propugna por la equidad, equilibrio y transparencia, lo cual acarrea un conjunto de reglas en los ordenamientos jurídicos, cuya finalidad es hacer cumplir las leyes dictadas por las autoridades competentes. La igualdad es el tercer valor que aparece en el preámbulo de la carta magna y que se despliega en su artículo 39, el cual delimita el alcance general de este principio, tal y como expresáramos anteriormente, en la protección de los derechos de las personas, sin distinción de condición alguna para su invocación ante las instituciones públicas y frente a las demás personas que se encontraren en tensión respecto a quien la pida. En palabras más simples, la igualdad se inspira en la triple concepción en la que es considerada como un derecho, un principio y un valor a la vez.

Además, la Constitución especifica realidades concretas, tales como la igualdad de derechos y deberes de los extranjeros con relación a los dominicanos, con las excepciones que establece la propia carta maga (art. 25); la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (art. 55.1); la igualdad de los hijos ante la ley al margen de su filiación (art. 55.9); la igualdad de desarrollo y acceso a la economía (art. 217) y la igualdad de condiciones a la inversión nacional y extranjera (art. 221).

8 *La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). *Igualdad de mujeres y hombres*. BIB 2007\1914. Editorial Aranzadi, septiembre de 2007. ISBN 978-84-470-2844-. Disponible en línea: <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Montoya.pdf#:~:text=La%20igualdad%20como%20valor%2C%20como%20principio%20y%20como,es%20el%20reconocimiento%20de%20la%20igual%20dignidad%20>. Fecha de consulta: 22 de julio 2022.

De lo anterior se evidencia que la Constitución, al establecer el modelo de Estado social, entiende que el concepto de igualdad reviste dos dimensiones, que es la igualdad formal frente a la igualdad ante la ley, pudiendo comprobarse que según el contenido del referido artículo 39.3 lo que se pretende es alcanzar la igualdad real y efectiva a favor de quien la implore.

La igualdad material de cara a la igualdad real

Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la igualdad puede ser concebida de manera material o desde una perspectiva de igualdad real, las cuales, conforme a su definición, arrojan dos acepciones que, desde el ámbito constitucional la describen como:

Mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad entre los individuos y los grupos sea efectiva en la realidad de las cosas y no solo en las normas, removiendo los obstáculos que dificulten o impidan su plenitud” y, como la “Garantía del derecho al sufragio que no comporta habitualmente la igualdad de peso en el voto o igualdad real en la proporción entre número de votos y escaños en las diferentes circunscripciones⁹.

La igualdad efectiva es la que se corresponde con la realidad, aquella que, entre personas desiguales, frente a la ley sí lo sean. Es por eso que nuestra Constitución en su artículo 39 promueve el principio de igualdad respecto a todas las personas sin ningún tipo de discriminación, lo que implica que en todos los ámbitos que conforman el conglomerado de la sociedad no sea limitado este mandato a simple proclamación de derechos en equidad de disfrute, sino que la aspiración sea que estos se manifiesten mediante una aplicación real, sin ningún tipo de discriminación, por cualquier condición de la persona.

Consecuentemente, podemos decir que la igualdad formal refiere a la igualdad que se expresa y que encontramos en la legislación, la que señala la igualdad de derechos de hombres y mujeres, sin distinción de raza,

9 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. <https://dpej.rae.es/> [Fecha de la consulta: 10 de julio de 2022].

ideología o alguna condición especial. Tal y como pudimos observar, es un principio que se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Cuando existe igualdad real y efectiva, todas las personas han de ser reconocidas partiendo desde su condición de ser humano y la dignidad, como valor que le representa, para así poder acceder en igualdad de condiciones al disfrute de todos sus derechos, en las mismas oportunidades en los diferentes ámbitos político, social, económico y laboral en las mismas condiciones de tratamiento.

El concepto de igualdad ha experimentado transformaciones, superando su carácter puramente formal, que no se limita al concepto formal frente a la ley, sino que se transforma en una igualdad material en su aplicación. De su parte, Carmona Cuenca entiende que:

El principio de igualdad material o real suele entenderse como una reinterpretación del principio de igualdad formal en el Estado Social del Derecho. La mera igualdad formal a ante la ley, sea corregida en el Estado social mediante la consideración de la posición real en que se encuentran los individuos a los que se va a aplicar esa ley. Así afirma: La igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, procede un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad a la democracia social. Puesto que es un hecho que en toda comunidad se dan desigualdades sociales y económicas entre los individuos, una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio¹⁰.

De lo anterior queda despejado, sin lugar a duda, que es al Estado a quien le compete procurar de forma efectiva el cumplimiento de la aplicación del principio de igualdad, no bastando con que se dicten normas no discriminatorias, sino que es necesaria la adopción de medidas para alcanzar la igualdad de los ciudadanos.

10 CARMONA CUENCA, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, España (abril-junio 1990), p. 271.

La prohibición de la discriminación

La acción de discriminar implica la presunción de amparar una actitud injusta que acarrea formular una distinción en perjuicio de una persona, contrario a lo dispuesto por la ley. Es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible, es decir, que no se tipificaría cualquier trato desigual, sino que dicho trato de desigualdad se fundamenta en un criterio no razonable e incluso prejuicioso. Así, se afirma que:

El contenido que podría entonces tener el mandato de no discriminación se formularía de la siguiente manera: a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra. Cuando un ordenamiento jurídico reúne al mandato de no discriminación señalado de manera expresa y al principio genérico de igualdad (que incluye la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en el contenido de la propia ley) garantiza la doble función que corresponde a la igualdad, a saber: ser límite objetivo del poder y ser derecho fundamental de la persona, de acuerdo con el doble significado de la Constitución, como estructuración del poder y como declaración de derechos¹¹.

Conforme a esta posición del autor, debe existir una equivalencia entre las actuaciones llevadas a cabo en el régimen de la igualdad, respaldando de esta forma los instrumentos internacionales que promueven hacer respetar los derechos y garantías inherentes a las personas.

La prohibición de discriminación tiene por finalidad principal evitar tratos diferenciados, con la finalidad de brindar de manera proporcional una igualdad efectiva tendente a impedir que la discriminación se ejerza, la cual pone al ciudadano en un estado de indefensión y vulnerabilidad y afecta la igualdad como principio de derecho.

En síntesis, consideramos que la interpretación más acorde del término discriminación es que implica, en cierto modo, toda distinción, ex-

11 RABOSI, Eduardo. "Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 44, Madrid (2001), pp. 220-225.

clusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

La igualdad en el ámbito judicial

La aplicación efectiva de la igualdad se encuentra señalada de manera expresa en nuestras legislaciones especiales, lo cual responde a la aplicación de convenios, declaraciones y pactos internacionales de los que ha sido parte la República Dominicana. Para ello, se hace necesario indicar que es a través de la tutela judicial efectiva que se garantiza la igualdad de partes.

El principio de efectividad judicial o la tutela judicial efectiva, como más se conoce, se trata obviamente de un derecho fundamental que le asiste a todos los justiciables, en vista de que cualquier persona tiene la capacidad de exigirle a su Estado la protección jurídica plena de todos sus derechos y garantías, por la que también les sea posible reclamar y proponer las pretensiones derivadas de esos derechos sustantivos o de fondo ante los órganos jurisdiccionales creados al efecto y que se obtenga una resolución sobre la petición del justiciable fundada en las leyes vigentes, observando en todo caso el principio *pro actione*.

El principio de efectividad judicial es un principio general del derecho que, en algunos casos, como el dominicano, se encuentra expresamente consagrado en la Constitución, y en otros casos, como se verá en otra parte de este comentario, no está de manera expresa, sino que puede ser extraído de los textos legislativos o jurisprudenciales. Sin embargo, en cualquier caso, el principio de efectividad judicial se manifiesta, procesalmente hablando, con la sucesión de procedimientos que se enmarcan en el debido proceso.

La tutela judicial efectiva resulta igualmente una garantía del derecho del justiciable de acceso a la justicia expedita, sin demoras indebidas y sin formalismos innecesarios que solo persiguen la obstaculización de los procesos y el retardo en la protección del derecho invocado. Al respecto, el

Estado tiene la obligación de brindar un servicio de justicia apto para estos fines, creando herramientas totalmente accesibles a sus ciudadanos, sin ningún tipo de discriminación, y que esto les permita tener algún tipo de respuesta a sus pretensiones, de modo que el derecho fundamental del que se viene hablando constituye también una obligación esencial del Estado para con sus ciudadanos.

De su parte, cuando se manifiesta el principio constitucional de igualdad, se infiere que las normas jurídicas no generen entre los ciudadanos situaciones discriminatorias o desiguales, resultando así que en el ámbito del derecho procesal el principio de efectividad judicial constituye una garantía para restablecer la igualdad en los casos en que haya sido quebrantado ese equilibrio, a través de mecanismos jurídicos-procesales, ya sea para cuando se genere una indefensión procesal, la violación a un principio, norma o garantía procesal, o por la privación o limitación de los medios de defensa.

En ese mismo orden, la naturaleza jurídica del principio de efectividad judicial indica que se trata de un derecho ejecutable en los órganos jurisdiccionales, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, el cual, por ser una garantía fundamental, se convierte en innegociable, irrenunciable del principio de seguridad jurídica.

En fin, de todo lo antes expresado se hace afirmativo el hecho de que la naturaleza jurídica del principio de efectividad judicial es mixta, pues se trata de un principio general del derecho y, a su vez, garantía fundamental, en tanto que se trata de la garantía de todos los demás derechos del justiciable, tal como lo afirma el jurista español Luis Díez-Picazo cuando dice que “se trata de un auténtico derecho fundamental, que además ha de ser considerado como uno de los más relevantes garantizados por nuestra Constitución”¹².

De la naturaleza jurídica planteada se derivan las características que perfilan el principio de efectividad judicial, la cual se considera de gran transcendencia para el estudio en cuestión. En un primer orden se habla de que la tutela judicial efectiva se trata de “un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de

12 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed.: Madrid, Editorial Aranzadi, 2008, p. 13.

pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio”¹³.

De ello se deriva que la tutela judicial, en el escenario dominicano, es un derecho fundamental prestacional y de configuración legal, pues se encuentra amparado en los textos legales, al menos en el caso dominicano, denotándose que posee un contenido múltiple, tal como ya se ha explicado.

La igualdad en el proceso penal

Todo ser humano cuenta con los mismos derechos y ante la ley nadie es más privilegiado que otro. Es por esta razón que la igualdad de las partes en el proceso acusatorio significa que estas deben estar provistas de las mismas facultades y oportunidades. En ese sentido, las partes deben tener las mismas posibilidades de poder defenderse, así como también de hacer valer sus derechos y de que sean garantizados. El juez debe oír de igual manera a ambas partes. Esta igualdad debe estar manifestada de forma cualitativa y cuantitativa, pues la preferencia para una de las partes violentaría el principio de igualdad.

En este orden, Gozaini expresa: “En el trámite procesal ambas partes deben tener iguales derechos y posibilidades, lo que se conoce como igualdad de armas, es decir, el equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones”¹⁴. La idea está en quitar espacio a la inferioridad jurídica, sin conceder a unos lo que a otros se niega en igualdad de circunstancias.

Además de lo expuesto, lo cierto es que resulta en muchas ocasiones importante conocer la naturaleza de las figuras jurídicas, o como es el caso del principio de efectividad judicial, el cual podría iniciarse señalando que se trata de un derecho que resguarda a los justiciables, pero que a su vez se genera en el ámbito procesal, donde lo que sucede es una exigibilidad de ciertos derechos ante los órganos jurisdiccionales creados por los Estados y a través del cumplimiento de determinados procedimientos que han sido creados por el sistema legislativo de los Estados.

13 Perú. Tribunal Constitucional, sentencia del 13 de abril de 2005, expediente núm. 763-205-PA/TC.

14 ORTIZ NISHIHARA, Mario Humberto. “Principales principios del proceso penal” [en línea] 8 de febrero 2014. Disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2014/02/08/principales-principios-del-proceso-penal/>. Fecha de consulta: 10 de julio 2022.

En el ordenamiento jurídico dominicano, el Código Procesal Penal, específicamente en el artículo 12, define la igualdad de la siguiente manera: “Igualdad entre las Partes: Las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad”. Para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan “la vigencia o debiliten este principio”, razón por la cual el juez debe sanear el proceso en el sentir de que no debe manifestarse nada que ponga en desventaja las condiciones de las partes entre ellas. En ese mismo orden, el Tribunal Constitucional dominicano ha fijado el criterio de que:

... dentro del marco de un proceso penal, implica que tanto la parte acusadora como la defensa deben tener la posibilidad de acudir ante el juez con los mismos instrumentos, las mismas herramientas, sin que ninguno se encuentre en estado de privilegio, pero tampoco en desventaja.

De igual forma ha expuesto que “garantiza que las partes dentro del proceso van a contar con idénticas oportunidades y potestades al momento de exponer y defender sus pretensiones, con inmediación de la pruebas y con el derecho de contradicción plenamente garantizado”¹⁵.

Así, y entendiendo que lo que busca la igualdad entre las partes dentro de un proceso penal, a través del derecho de defensa, viene a ser como aquella prerrogativa que posee todo individuo que requiere que en un proceso sus intereses estén protegido y defendido ante un tribunal. En ese orden, se puede observar en la Constitución dominicana, precisamente en el artículo 69 que trata sobre la tutela judicial efectiva y debido proceso, exactamente en el inciso 4, que toda persona tiene “el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa”. Es esto una prerrogativa procesal a la que se debe dar cumplimiento para impartir justicia y no dejar vulnerado a una de las partes frente a otra.

15 “Conflictos jurídicos en la función del fiscal ante la afectación del principio de igualdad de armas en el proceso penal”, Arequipa, Perú [en línea]. Disponible en https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Tesis-de-fiscal-Jos%C3%A9-Domingo-P%C3%A9rez-Legis.pe_.pdf#:~:text=Es%20as%C3%AD%20que%20el%20principio%20de%20igualdad%20de,defensa%20r%C3%A9cnica%20privada%20muy%20onerosa%20para%20el%20imputado. Fecha de consulta: 10 de julio 2022.

Es por esto que el derecho de defensa está íntegramente relacionado con el principio de igualdad de armas y así mismo es manifestado por la Corte Constitucional de Colombia, pues en la sentencia C-536/08 explica que:

... el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso.

En consecuencia, son las partes en un proceso las que deben estar en igualdad de condiciones para hacer valer sus pretensiones, lo que garantiza la protección de lo que promueve la tutela judicial efectiva, como un derecho fundamental que, a su vez, protege la igualdad de las partes involucradas.

La interpretación del TC dominicano de la igualdad

a) Configuración de la igualdad y el acceso a la justicia

Una de las decisiones más emblemáticas en las que el Tribunal Constitucional ha fijado su posición respecto al tratamiento de la igualdad en sede judicial es su sentencia TC/0107/13, en la que dio por sentado la inconstitucionalidad de la fianza *judicatum solvi*, en ocasión de un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 534 y 589 del Código de Trabajo, determinando la expulsión del ordenamiento jurídico de la fianza *judicatum solvi* a través del análisis de inconstitucionalidad, conforme a su confrontación con lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución, enmarcado dentro del Código de Trabajo, al cual pertenecen las normas impugnadas.

Posteriormente, mediante sentencia TC/0281/19, de fecha 8 de agosto de 2019, con motivo de una acción directa de inconstitucionalidad, en cuyo contexto se atacaba el contenido de las disposiciones de los artículos 16 del Código Civil de la República Dominicana, y 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana, que instituyen y regulan la figura de la fianza *judicatum solvi*.

Según los argumentos de la accionante, las indicadas disposiciones respecto al establecimiento de la fianza *judicatum solvi* vulneran los artículos 8, numerales 2.j y 5, 9, 10, 38.c, 45, 46, 47 y 55, numerales 2 y 6 de la Constitución de 1994, vigente al momento de la interposición de la referida acción, cuyas disposiciones se mantienen vigentes en los artículos 40, numeral 15, 44, numeral 3, 49, numeral 2, 93, numeral 3, 109, 110 y 128, literales *a* y *b* de la actual Constitución. De igual manera, señala que dichas normas transgreden el artículo 76, literal *d*, de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 y el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Nuestro Tribunal Constitucional consideró que del estudio de la acción se advierte que, de las infracciones constitucionales que fueron invocadas, las únicas que fueron válidamente sustentadas son las alegadas violaciones a los principios de igualdad de todos ante la ley y razonabilidad, y el acceso a la tutela judicial efectiva (artículos 39, 40.15 y 69 de la Constitución dominicana). En efecto, la línea argumentativa de la accionante redundante en señalar que:

... este precepto constitucional supracitado, riñe con el precepto establecido en la norma de derecho privado, en el artículo 16 del Código Civil dominicano, donde los nacionales dominicanos, se benefician de una situación de desigualdad frente a los extranjeros, en las circunstancias y motivos que pudieran surgir en una litis judicial por ante nuestros tribunales, los extranjeros transeúntes, están desprotegidos y por la vía causal, cualquier contestación sería, no prospera debido a que tienen que presentar fianza de solvencia judicial en caso de que sucumba en justicia¹⁶.

El Tribunal Constitucional estableció que la figura de la fianza *judicatum solvi* y su establecimiento en nuestro ordenamiento jurídico responde a una garantía exigida para extranjeros que no están domiciliados ni poseen bienes en el territorio de un Estado y así puedan promover demandas judiciales, lo cual se instituye en beneficio de la parte demandada para

¹⁶ Tribunal Constitucional, TC/0281/19, 8 de agosto de 2019 [en línea]. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc028119/>. Fecha de consulta: 10 de julio 2022.

que, en el caso de que se declare que esa pretensión es infundada y se imponga el pago de las costas del juicio al demandante, tal condenatoria no quede ilusoria.

El Tribunal Constitucional resaltó que, dado que el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), aprobado en La Habana el 20 de febrero de 1928, y ratificado por el Congreso dominicano el 3 de diciembre de 1929, prescribe, en su artículo 383, que “no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio”, por lo que para los Estados partes resultaban claramente inaplicables las citadas disposiciones relativas a la fianza *judicatum solvi*.

Así, amén de que la Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana no contiene ninguna disposición que de manera expresa ni tácita derogue las citadas disposiciones atacadas en la referida acción de inconstitucionalidad, consideró que se generó una antinomia entre instrumentos legales, cuya determinación escapaba de la naturaleza del proceso constitucional dirigido a confrontar esas disposiciones legales con disposiciones constitucionales.

Partiendo de los señalamientos que anteceden, el TC entendió que constituye una discriminación cuando a un mismo supuesto de hecho se aplican criterios diferentes, tal como se verifica en las disposiciones contenidas en los artículos 16 del Código Civil dominicano, 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil dominicano, cuando establece para el acceso a la justicia un criterio distinto aplicable a los extranjeros, en franca contradicción con el referido principio de igualdad y la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 69 de la Constitución, que garantiza el acceso sin distinción de todas las personas a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses.

Por eso, luego de haber sometido las disposiciones atacadas al denominado test de razonabilidad, el cual es mecanismo que ha sido aplicado por dicha alta corte para verificar si la limitación o regulación de un derecho fundamental por parte del legislador ordinario respeta o no dicho principio, agotó su análisis en los siguientes criterios: a) el análisis del fin buscado; b) el análisis del medio empleado y, finalmente, c) el análisis de la relación entre el medio y el fin.

Lo interesante de esta referencia jurisprudencial, y de carácter vinculante para todos los órganos estatales, fue que dicho análisis advirtió del primer elemento del test, que las normas impugnadas en su conjunto procuran instituir una garantía en beneficio de la parte demandada por un extranjero que no posea domicilio ni bienes en el país, para que en el caso de que se declare infundada esa pretensión y se imponga el pago de las costas del juicio al demandante, tal condenación no resulte incobrable.

De ahí que el medio utilizado por la norma consiste en el establecimiento de una fianza que deben presentar los extranjeros que no tienen domicilio o bienes inmuebles en el país para poder incoar demandas judiciales ante los tribunales locales, con lo cual, al abordar el último paso del indicado test, se advierte que en función de los derechos fundamentales afectados (igualdad y acceso a la justicia), el medio empleado por las normas impugnadas resulta desproporcionado y es el menos idóneo, puesto que, ante la eventual condenación en costas en favor de la parte demandada, su reclamación puede ser perseguida, en el caso de ser revocada la decisión condenatoria, a través del agotamiento de un proceso administrativo de homologación de decisión judicial en el país de origen, motivo por el cual se acogió la acción directa en inconstitucionalidad contra los artículos 16 del Código Civil dominicano, 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil dominicano, por vulnerar los principios de igualdad y razonabilidad, y el acceso a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 39, 40, numeral 15 y 69 de la Constitución de la República Dominicana y los citados acuerdos internacionales ratificados por el país en materia de Derechos Humanos.

b) *Configuración de la igualdad de participación de la mujer en la cuota electoral*

El Tribunal Constitucional dominicano, mediante sentencia TC/0159/13¹⁷, de fecha 12 de septiembre de 2013, en ocasión de una acción en declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley núm. 12-00, de fecha 2 de marzo de 2000, que modifica la parte final del artículo 68 de la Ley Electoral núm. 275-97, en lo relativo a la nominación de candidatos, exi-

17 Tribunal Constitucional, TC/0159/13, 12 de septiembre de 2013 [en línea]. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc015913/>. Fecha de consulta: 10 de julio 2022.

giendo una proporción mínima de un 33 % de mujeres en la participación política, se pronunció al respecto.

Lo que se pretendía era desechar la disposición, al ser considerada como arbitraria e ilegítima y, por razones de género, contradecir la igualdad consagrada en el artículo 39 de la Constitución al establecer beneficios y privilegios a favor de las mujeres, en vez de dar el mismo trato a los hombres, quienes en esa medida son discriminados, toda vez que para alcanzar una candidatura política se ven en la obligación de hacer grandes esfuerzos e inversiones, contrario a las mujeres que, por el solo hecho de serlo, quedan previamente posicionadas.

Se planteó la cuestión a resolver por este tribunal sobre si la norma impugnada, al establecer la cuota mínima del 33% a favor de la mujer en la participación política, discrimina, en sentido opuesto a lo plasmado en el artículo 39 de la Constitución, a los hombres. El TC dominicano entendió útil analizar el caso objeto de estudio a la luz del test de igualdad concebido por la jurisprudencia colombiana y reiterado por este mediante su sentencia TC/0033/12, de fecha 15 de agosto de 2012, a través de la cual estableció que "... resulta un método idóneo y razonable del cual puede hacer uso el juez constitucional, a fin de evaluar cualquier situación y establecer si una norma transgrede el principio de igualdad (...)"

La concepción del Tribunal Constitucional dominicano, haciendo referencia a la Corte Constitucional de Colombia, ha diseñado un indicado un test o juicio de igualdad¹⁸, cuya importancia radica en otorgar objetividad y transparencia a los exámenes de igualdad que realizan los jueces sobre las normas, cuya finalidad no es otra que la de analizar si una norma transgrede el principio de igualdad. La estructura analítica básica del juicio de igualdad puede resumirse de la siguiente forma:

- (i) Lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación, o *tertium comparationis*, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas, no procede el test de igualdad;

18 Test de igualdad desarrollado en la sentencia TC/0033/12, del 15 de agosto de 2012.

- (ii) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines (sent. C-748/09, de fecha 20 de octubre de 2009, Corte Constitucional de Colombia).

El TC dominicano partió de la evaluación de los sujetos bajo revisión, con la finalidad de determinar si dichos sujetos se encontraban en una situación de vulnerabilidad, con lo cual no se pudo confirmar de forma objetiva una discriminación, sino que, de lo que se trató fue de una configuración de una acción positiva situada en el ámbito de discriminación, estableciendo que dada la realidad social en materia de participación política a lo largo de la historia jurídica dominicana reconocida en detrimento de la mujer, llevó a evaluar objetivamente la igualdad desde una perspectiva fáctica.

De tal manera, aparte de la procura de una igualdad absoluta entre dominicanas y dominicanos, en la que las diferencias solo resulten de sus talentos y virtudes, se exige además al Estado promover las condiciones jurídicas y administrativas para que dicha igualdad sea notoria. En este sentido, el Tribunal Constitucional se había referido anteriormente a la obligación de la protección de la mujer en virtud de la desigualdad fáctica manifestada en una sociedad en la que prevalece la hegemonía masculina -sentencia TC/0028/12, de fecha 3 de agosto de 2012-, reafirmando el estado de vulnerabilidad sociocultural que padece la mujer frente al hombre.

La citada jurisdicción constitucional añadió que, contrario a la imposición de establecer mecanismos discriminatorios, los hechos presentados dieron lugar a la implementación de medidas jurídicas tendentes a promover un aumento de la participación femenina en los cargos de elección popular, dentro de la cual se circunscribe la cuota mínima de candidatura femenina en la nominación de los partidos políticos, es decir, se evidenció que, a pesar de toda prohibición a la discriminación por razones de género, la cuota mínima de candidatura femenina busca equiparar real y efectivamente la participación femenina en toda la esfera del campo político dominicano, configurándose de esta manera en una discriminación positiva.

En igual sentido, se ponderó que Ley núm. 12-00, que establece la cuota mínima de participación femenina en la participación política, electiva o

gubernamental, se encuentra acorde con distintos instrumentos internacionales producto de los acuerdos establecidos en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz (Beijing, China), y en el artículo 7 de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, organizada por las Naciones Unidas, ambas convenciones relativas a la igualdad de acceso y la plena participación de la mujer en la estructura de poder.

Por tales razones, el TC entendió que la orientación del legislador es la de garantizar y promover la plena participación de la mujer en la estructura de poder, y, como resultado, el referido establecimiento de la cuota mínima de participación femenina de la Ley núm. 12-00 se instaura dentro de las denominadas acciones positivas de discriminación, lo que condujo a desestimar la acción directa de inconstitucionalidad de la que fue apoderado.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 40, NUMERALES 1 A 7

POR YGNACIO CAMACHO

Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo Tanto:

- 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo caso de flagrante delito;

Comentario

Dos aspectos fundamentales contiene el texto de referencia, uno que versa sobre la prohibición de establecer la prisión contra la persona, lo que es igual a recluido, apartado o privado del derecho natural que constituye la libertad mediante el encierro o exclusión de su ambiente social, laboral y familiar; el segundo trata de la cohibición, que es igual a impedir o limitar el libre desplazamiento. Ambas acciones son tendentes a limitar el disfrute del estado de libertad en su más amplia expresión. La norma sustantiva lo deja condicionado a que intervenga una decisión de juez o tribunal competente mediante la expedición de una resolución o sentencia contentiva de la disposición restrictiva que así lo ordene, bajo la condición de que se sustente en la debida motivación escriturada y que provenga como resultado necesario e imprescindible para fines y consecuencias judiciales.

Una excepción a la exigencia de la intervención judicial, por igual prevista en la norma constitucional, lo constituye el flagrante delito, ante lo cual toda autoridad pública, y hasta un simple ciudadano, están facultados para detener a la persona que comete un hecho que altera la normal actividad cotidiana y que se considera violatorio de una norma de comportamiento previamente prohibida por una disposición de la ley adjetiva o

resolución provisional y excepcional regulatoria, conforme al título XIII de la Constitución referente a los estados de excepción.

El arresto constituye, en la praxis, la verdadera manifestación mecánica de sujeción a la disposición judicial para contraer a la persona al cumplimiento del dictamen de coartar su libre albedrío, y a tales efectos el Código Procesal Penal contiene, en los artículos 224 y 276, las directrices regulatorias para la eficacia y validez de la intervención de la autoridad que la ejecuta, controlando la violencia del Estado que se vale de los medios y mecanismos de fuerza capaces de suprimir la reacción natural de aquel contra quien se materializa. Ambos textos se nutren de disposiciones que complementan la naturaleza y finalidad de las previsiones; legalidad, razonabilidad y pertinencia son requisitos que deben ser cumplidos y consignados en la motivación de la decisión del juez o tribunal para evitar el uso desproporcionado de la autoridad que ejecuta. Así también, cuando el arresto lo hace la ciudadanía, los textos de referencia obligan a entregar inmediatamente a la persona a la autoridad competente más cercana al lugar de la ocurrencia de la detención.

El delito flagrante es el resultado inmediato de la materialización de un ilícito sancionable por una disposición legal. La característica principal del hecho lo constituye la actualidad. No existe otra forma de percibirlo que no sea en el momento actual o la inminente relatividad entre el tiempo de la comisión y la actuación de la autoridad o de la sociedad. Si actúa la autoridad, debe recabar los elementos de prueba indiciarios que puedan encontrarse en el lugar.

En todo caso se trata de una limitante al derecho natural de la libertad que disfruta el ser humano por su propia condición, el cual solamente puede ser inculcado cuando se verifique una de las dos causas que describe el texto constitucional; en consecuencia, se coloca al ser humano en estado de vulnerabilidad frente a las acciones limitantes provenientes de la autoridad del Estado si se trata de un funcionario estatal o de otra persona que por iniciativa individual ejecute acciones tendentes a coartar el derecho natural del hombre que es la libertad manifestada en su transitar de manera libre y voluntaria dentro de su territorio o aquel en que legítimamente trashuma aunque sea de forma errante.

La motivación de la decisión judicial es la garantía de que se justifica la decisión; el Tribunal Constitucional se ha referido al tema de la motivación en varias decisiones en las cuales ha fijado determinados criterios y parámetros que deben ser tomados en cuenta por los jueces y tribunales del sistema de justicia para el cumplimiento de la debida argumentación y fundamentación que se requiere como un mínimo aceptable.

El estatuto de libertad no debe ser un simple enunciado; este comporta una serie de disposiciones de raigambre constitucional y está previsto en convenciones y tratados, de preferencia aquellos vinculados a los derechos humanos y fundamentales de los cuales la República Dominicana es parte signataria y, en consecuencia, está en la obligación de aplicarlos y consignarlos en disposiciones adjetivas, que les permitan a los ciudadanos tener pleno conocimiento y para su aplicación en los casos que fuere necesario. Todo esto se encuentra amparado en el llamado bloque de constitucionalidad, que promueve la conjugación de todas las disposiciones legales al amparo de la Constitución y la sumisión al compendio de normas supranacionales que se vinculan a la libertad.

El derecho a la libertad individual contenido en el numeral 1 del artículo 40 está íntimamente relacionado con el derecho a la libertad de tránsito previsto en el artículo 46 de la Constitución en lo referente al desplazamiento, tránsito y libertad, y ambos forman parte del capítulo I del título II, que contiene el enunciado sobre los derechos, garantías y deberes fundamentales, lo que genera una simbiosis indisoluble, concreta y absoluta. La libertad constituye un principio rector enarbolado en el preámbulo de la Constitución proclamada por la Asamblea Nacional conformada por los representantes del pueblo dominicano, congresistas distribuidos en el Senado de la República y la Cámara de Diputados, en fecha 26 de enero del 2010 y modificada en 2015.

Con antelación a lo establecido por la Constitución dominicana y en relación al derecho a la libertad ya existían normas regulatorias tendentes a que los Estados no instrumentalicen el uso de la fuerza más allá de lo legítimamente permitido, exaltando como un corolario el principio de que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El antecedente más remoto del contenido del texto constitucional se verifica en el artículo 20 del Proyecto de Constitución de Juan Pablo Duarte, el cual indicaba:

La nación está obligada a conservar y proteger por medio de sus delegados, y a favor de las leyes sabias y justas, la libertad personal, civil, e individual, así como la propiedad y demás derechos legítimos de todos los individuos que la ocupan.

El patricio se había educado y formado en Europa teniendo a su disposición libros, textos, bibliotecas y la socialización con pensadores de la época, por lo cual adquirió una amplia cultura que le convirtió en líder, ideólogo y guía de los trinitarios. Estos asumieron la gesta libertaria; el patricio siempre daba demostración de sus dotes intelectuales, los aires democráticos de la Europa de las luces se manifestaban en cada acontecimiento, sus compañeros lo consideraban un ilustrado.

La primera Constitución, votada el 6 de noviembre del 1844, establecía lo siguiente:

Artículo 16. 'La libertad individual queda asegurada. Nadie puede ser perseguido sino en los casos previstos por la ley, y en la forma que ella prescribe'.

Art. 17.-'Fuera del caso de in fraganti delito, ninguno puede ser encarcelado sino en virtud de una orden motivada del juez, que debe notificarse en el momento del arresto, o a lo más tarde dentro del término de veinte y cuatro horas'.

Art. 18.-'Los sorprendidos infraganti serán llevados ante el juez competente, y si fuere en la noche, se llenará esta formalidad a las seis de la mañana del siguiente día, sin que puedan ser presentados ante ninguna otra autoridad'.

Como se puede advertir, desde el inicio de nuestra vida republicana la norma constitucional ha contenido directrices inherentes a preservar, salvaguardar y proteger el derecho a la libertad como ente depositario del ser humano. Así lo confirma el escrutinio realizado a las cartas sustantivas surgidas en el devenir de nuestra historia constitucional. El cumplimiento y efectividad del contenido de la disposición a cargo de la autoridad pública y por quienes tienen el deber de hacerlo se corresponde con el periodo político y el ejercicio del poder; en consecuencia, dependiendo

de esta contingencia político-histórica, la garantía del ejercicio pleno de los derechos fundamentales ha sido inconstante y no forma parte de las políticas públicas de aplicación como una norma general del sistema de derecho y consuetudinaria. La tutela y seguridad jurídica sobre la garantía de la libertad personal se presenta como una tarea pendiente en cada caso en que el Estado no es una continuidad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948, ya había consagrado el estatuto de libertad como uno de los pilares de los derechos y garantías de la persona. A tales efectos, en el documento que contiene esta declaración se hace alusión a la libertad, afirmando de manera categórica que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados por esta Declaración”; además, que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad...”. En otro orden, consigna que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido o preso”; [...] “toda persona tiene derecho a circular libremente...”.

En iguales términos se pronuncian otros documentos generados en la comunidad internacional que acoge en plenos deliberativos a representantes de los Estados partes, quienes asumen el compromiso de implementar en sus respectivos territorios las disposiciones contenidas en los acuerdos, entre ellos la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en los artículos 7.1 y 7.2 sobre Derecho a la Libertad Personal, que afirma: “Toda persona tiene derecho a la libertad; “nadie puede ser privado de su libertad física...; nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley...”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene disposiciones en los artículos 8, 9 y 10 que abordan el tema de la libertad personal y sugieren, además, la adopción de políticas públicas para fomentar la elaboración y aplicación de disposiciones mediante las cuales se garantice la efectividad de los derechos de las personas conforme a los protocolos de entendimiento y aceptación del contenido de los instrumentos internacionales.

La comunidad jurídica dominicana reconoce que la Resolución núm. 1920-2003, de fecha 13 de noviembre del 2003, contentiva de las medidas anticipadas para la aplicación del Código Procesal Penal, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, constituyó el paradigma de la consti-

tucionalización del sistema judicial, toda vez que esta disposición contenía la manifestación de una voluntad y la firme convicción de que se iniciaba, para permanecer por siempre, el respeto y la sumisión al contenido de la Constitución dominicana y a los convenios internacionales adoptados por los poderes públicos, de conformidad con lo que la ley sustantiva dispone. En su contenido se pueden leer las reseñas de los tratados y convenciones internacionales que reconocen los derechos fundamentales, entre ellos el estatuto de libertad.

La libertad es la regla, la prisión es la excepción; fraseologías contenidas en textos legales que se constituyen en corolario de referencia cuando se trata de resaltar el balance entre la libertad de la persona y la prisión como su limitante; además de que se asume como un razonamiento lógico que está fundamentado en el estado de naturaleza del ser humano de que se nace libre, las ataduras surgirán en el devenir de los tiempos. Toda persona tiene derecho a la libertad; así lo consigna el artículo 15 del Código Procesal Penal que describe el estatuto de libertad y expresa el mismo contenido del artículo 40 de la Constitución dominicana.

El principio de legalidad abarca una gama de preceptos jurídicos que son vinculantes con el estatuto de libertad; la vida en sociedad demanda de la aplicación de disposiciones que establezcan regulaciones para la autoridad y los ciudadanos, única garantía de que el Estado de derecho se encuentra vigente haciendo efectiva y exigible el cumplimiento de lo acordado por la ley. En sociedad se vive en libertad y bajo el amparo de la ley que tiende a regular toda actividad y conforme a lo que dispone el artículo 6 de la referenciada norma sustantiva, que estatuye el Estado social y democrático de derecho, bajo el cual se ampara el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales enumerados en ella, incluyendo el estado de libertad individual.

El sistema judicial a través del juez o tribunal tiene la facultad de limitar el estado de libertad de la persona, siempre a pedimento de parte interesada, sobre todo cuando lo demanda el Ministerio Público, funcionario del Estado con autoridad otorgada por la Constitución y las leyes en su condición de encargado de la investigación por hechos de naturaleza penal que ameriten la restricción de la persona señalada o vinculada, sin menospreciar que la prisión tiene el carácter de excepcionalidad y que requiere de

una justificación expresa y necesaria que sostendrá la emisión de la orden así peticionada.

La motivación del juez o tribunal tiene que contener la justificación para limitar el derecho constitucional de la libertad individual, que puede afectar otros derechos fundamentales. La motivación de las decisiones judiciales, como protección judicial, ha sido juzgada y conceptualizada por decisiones de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Constitucional, enmarcando en cada caso recurrente los aspectos que deben ser plasmados con la finalidad de que la motivación se constituya en la fuente de legitimación del propio juzgador que interviene y de la decisión evacuada para que el destinatario y la colectividad la sometan a valoración, además para que los tribunales superiores puedan ejercer su control mediante el recurso pertinente presentado por quien tenga inconformidad con la decisión rendida.

Toda persona afectada en su derecho a la libertad sin mediar razón fundada y carente de legalidad o legitimidad tiene a su alcance la vía del *habeas corpus* conforme lo dispone el artículo 71 constitucional, consignado como mecanismo de tutela judicial efectiva para que el juez o tribunal le devuelva la libertad y que los funcionarios estatales se sujeten a la legalidad de sus actuaciones. El procedimiento regulatorio de esta garantía se encuentra descrito en los artículos 381 al 392.

- 2) Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse;

Comentario

Una de las grandes y notorias deficiencias en el accionar de las autoridades es la falta de identificación al momento de tomar una medida propia de su ejercicio como agente del orden, entendiéndose que por ser la autoridad no tiene que presentarse o identificarse: “¡soy la autoridad!”, “¡icállese!”, “usted no es nadie”, “¡deme los papeles!”, “¡usted está preso!”... son los términos intimidatorios y amenazantes usados por quienes actúan contra los ciudadanos. Pocos agentes o autoridades inician su comunica-

ción identificándose e indicando el porqué de su actuación; no son interlocutores persuasivos.

La identificación previa a la actuación tendente a la limitación de la libertad del ciudadano forma parte de los derechos resguardados por las normas de procedimiento, y sobre todo por la convivencia social, toda vez que la autoridad forma parte de ella, además de que robustece la legalidad de la medida, mas cuando no se trata de una acción arbitraria o antojadiza fruto del ímpetus de la autoridad que le otorga la función pública, sino que la restricción proviene de una autorización contenida en una disposición legal o fundamentada en una decisión judicial y de la competencia de quien así lo dictaminó. La resolución del juez o tribunal contiene la identidad de este, cumpliendo con esta previsión. Con más razón, quien materializa el contenido de la disposición concurre con el deber y obligación de identificarse y expresar la razón de su actuación.

3) Toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos;

Comentario

La autoridad actuante en la detención de una persona está en el deber ineludible, por ser consustancial al ejercicio de su función estatal de agente del orden público o de Ministerio Público, de informarle de manera simple y entendible cuáles son sus derechos, entre ellos, el de comunicarse con la persona más allegada o familiar o de su confianza o con su abogado personal; tiene derecho a saber de manera precisa la causa de su arresto o detención, así como estar informado del lugar al cual sería conducido, ejercer el derecho a la llamada telefónica, el derecho de saber quién o quiénes ejecutan la disposición de la detención o arresto, así como el derecho a guardar silencio sin que esto le pueda perjudicar en su defensa cuando tenga que hacerlo durante el procedimiento una vez judicializado su caso ante los tribunales.

El artículo 95 del Código Procesal Penal contiene la relación detallada sobre los derechos que le asisten a la persona cuando resulta imputada,

los que tienen aplicación como un todo en cualquier circunstancia en que tenga la necesidad imperiosa de hacerlos valer, toda vez que estos derechos son inherentes al ser humano y por consecuencia siempre los acompañan con la misma vigencia y efectividad.

Los derechos de Miranda —así le denomina la doctrina haciendo alusión al origen del derecho a ser informado y en consecuencia la lectura de estos derechos— se imponen, y para no olvidarlo, en nuestro caso, tal como lo contiene el indicado artículo, debiera ser una norma de cumplimiento por parte de los agentes de la Policía Nacional que actúan en los arrestos y detención de las personas, quienes podrían portar en su carnet de identificación, al dorso, una planilla con el listado de derechos que enuncia el artículo 95.

- 4) Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, quienes tienen el derecho a ser informados del lugar donde se encuentra la persona detenida y de los motivos de la detención;

Comentario

El mecanismo más idóneo para el ejercicio de este derecho es el derecho a la llamada telefónica contenido en la Ley núm. 6-96, en su artículo 1, que dispone:

Toda persona privada de su libertad por autoridad policial, militar o judicial, tiene derecho a comunicar a sus familiares, amigos o abogados, por vía telefónica u otra vía posible, las circunstancias y sitio de su detención.

La defensa material de la persona se inicia a partir de la comunicación y asistencia de la defensa que pueda realizar bien sea un familiar, un amigo, un abogado privado o un defensor público asignado, todo lo cual está conforme con el artículo 18 del Código Procesal Penal, derecho refrendado

por los instrumentos internacionales de los cuales la República Dominicana forma parte como ente miembro de la comunidad internacional.

Cualquier ciudadano puede hacer uso de este derecho avisando o comunicando a familiares o conocidos sobre la situación del detenido, con la finalidad de que estén al corriente de lo que ocurre con su familiar, y en la actualidad las redes sociales comunican con gran efectividad todo lo que acontece en cualquier lugar de forma directa constituyendo un medio idóneo para informar y comunicar.

- 5) Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare;

Comentario

Toda acción humana está sometida al inexorable tiempo, de ahí que se acepte como un principio lo relativo a la temporalidad de las actuaciones, lo que aplica se al contenido del texto de referencia, en el cual se enuncian dos tiempos para dos actuaciones, una relativa a la restricción de la libertad materializada por la autoridad facultada por mandato expreso o en caso de ocurrencia de un hecho que así lo determine, y la otra, una vez encontrándose en sede judicial la persona retenida o coartada de su libertad para que un juez o tribunal decida sobre la situación que limita al ciudadano; para ambos casos el tiempo promedio de duración es de cuarenta y ocho horas, tiempo que no es común o concomitante, sino que es sucesivo, de manera que el segundo acontece posterior a la ocurrencia del primero y en consecuencia el juez o tribunal tiene la potestad de conocer de manera inmediata o fijar posteriormente la audiencia sin sobrepasar el plazo a no ser que la persona presentada renuncie al plazo con la intención de estar en mejores condiciones para sus alegatos frente a los ya obtenidos por el Ministerio Público como autoridad persecutora que actúa contra la persona detenida y señalada como autora o cómplice de un hecho punible.

Solo el juez tiene la potestad de prolongar el estado de restricción de la libertad de una persona, siempre dentro de los límites admitidos, y deberá estar contenida en la decisión que al efecto dictare, teniendo en cuenta las formalidades y condiciones que contiene la ley aplicable, conforme lo establecen los artículos 227 al 229 del Código Procesal Penal, consignando en la resolución que fundamenta esta determinación la pertinencia de la medida, necesidad, utilidad, razonabilidad, justeza, entre otros aspectos nodales que la justifiquen, que no sea el resultado de una apreciación personal del Ministerio Público actuante, aclamación social o sobre el reclamo de quien se siente afectado.

- 6) Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;

Comentario

El *habeas corpus* es el medio jurídico de stirpe constitucional para reclamar la puesta en libertad de quien se encuentra privado de ella. Así lo consigna el artículo 71 de la carta sustantiva y que se encuentra regulado por el procedimiento instituido en los artículos 381 al 390 del Código Procesal Penal. La forma de la narrativa del texto de ambos artículos, el 71 constitucional y el 381 de referenciado código, comparten determinada similitud, como si en ambos hubiese intervenido una coincidencia de propósito en cuanto a su finalidad.

Le corresponde a la autoridad actuante (agente policial o Ministerio Público) demostrar que el privado de libertad lo está en atención a que existe una orden del juez de las garantías que contiene la instrucción de arrestar o detener a la persona, o que se trata de la ejecución de una decisión que ordena, como medida de coerción, que la persona sea conducida a un lugar de reclusión mientras el caso en su contra se desarrolla; también la Constitución y la ley autorizan la detención y la privación de libertad cuando se trata de la ocurrencia de un hecho flagrante a condición de que

sea llevado ante el juez en el plazo de las cuarenta y ocho horas. Fuera de estos supuestos, la privación de la libertad deviene en ilegal y cualquier persona puede y debe peticionar la inmediata liberación de la persona.

- 7) Toda persona debe ser liberada una vez cumplida la pena impuesta o dictada o una orden de libertad por la autoridad competente;

Comentario

La puesta en vigencia del Código Procesal Penal en el año 2005 trajo consigo la figura del juez de la ejecución de la pena, facultado para todo lo pertinente, útil y necesario para controlar lo ya decidido judicialmente a consecuencia del juicio llevado contra el ahora condenado. Este funcionario es la única autoridad competente para ejecutar la sentencia condenatoria y resolver todas las cuestiones o incidentes que se presenten durante el tiempo de cumplimiento de la condena, y preservar los derechos que le asisten al penado.

La intervención del juez se justifica en la función de controlador del cumplimiento de la condena para evitar la violación de los derechos del penado, conforme lo disponen la ley y los convenios internacionales sobre derechos humanos. “El condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución”, expresa el artículo 436 del código ya referenciado. Al efecto, uno de los derechos es el cómputo de la pena, labor que hace el juez de la pena, para que sea de su conocimiento cuándo se inicia y cuándo termina su condena, de manera que pueda exigir la puesta en libertad a la llegada del término.

Antes de la introducción de la figura del juez de la ejecución de la pena todo lo concerniente a la pena como sanción restrictiva de libertad era controlado por la Dirección General de Prisiones, con la participación del Ministerio Público, y tenían el monopolio de atribución como órganos encargados del régimen penitenciario previsto por la Ley núm. 224 ya derogada por la Ley núm. 113-21. Estos, el director general de prisiones y el representante del Ministerio Público correspondiente en cada caso, o

directamente la Procuraduría General de la República o por conducto de uno de sus adjuntos, ejercían la potestad de autorizar y ejecutar el proceso de puesta en libertad del interno cuando así procediera.

La nueva ley cambia la fisonomía del aparato carcelario, así como la denominación de la Dirección de Prisiones por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y Correccionales, y mantiene la dependencia de la Procuraduría General de la República. Esta nueva norma asume la figura del juez de la ejecución de la pena con la misma regulación instaurada por el Código Procesal Penal y la Resolución 296-05.

La pena es de naturaleza restrictiva de la libertad natural de que goza la persona, y es la consecuencia de la violación a una norma de comportamiento social, organizada y ejecutada por el Estado mediante el uso de la facultad sancionadora amparada por el sistema legal que lo comprende. De forma y manera que la pena comporta en su sentido mas efectivo el objetivo que cada sociedad organizada determine que es el mejor en su caso particular; en esas atenciones, la pena ha tenido diferentes perspectivas en el desarrollo evolutivo alcanzado de cada etapa de la historia, existiendo en la actualidad la pena de muerte, cosmovisión y remanente del primitivismo de una sociedad ubicada en el pasado no superado, a pesar de estar considerada como una violación de derechos humanos. Así lo consigna Amnistía Internacional, por demás, de que la misma no tiene efectos disuasivos, lo que ha generado su abolición progresiva, incluyendo a muchos Estados de Norteamérica que han legislado para su erradicación definitiva.

El sentido de la penalización es de cumplimiento, no de sufrimiento; no debe ser aflictiva. Es, ante todo, socializadora; así lo consigna la penología moderna, ciencia que se concentra en el estudio, ejecución y cumplimiento de las penas, fijando su atención en el tratamiento penitenciario que se desarrolla en los centros de reclusión de los condenados.

La persona condenada tiene deberes y derechos; la libertad como derecho fundamental se encuentra limitada o suspendida como resultado de un juicio de culpabilidad o limitada temporalmente. En ambos casos solo el juez o tribunal tiene la capacidad para decidir sobre la interrupción del disfrute de este derecho, y que se enmarca dentro en el principio *pro homine*, interpretación que debe tenerse en cuenta para el dictamen de la ordenanza que contiene la limitación. La tutela judicial efectiva continúa dentro

del recinto penitenciario y está a cargo del juez de la ejecución de la pena.

Si verdaderamente se busca una resocialización y reintegración del recluso a la sociedad, es preciso recordar que el trato y la condición de vida que este obtenga en el tiempo que guarde prisión por su conducta antijurídica será reflejada inmediatamente se incorpore al conglomerado social, por lo que es de vital importancia que los Estados sociales y democráticos de derechos como el nuestro lleven de la mano e incorporen a su sistema penitenciario las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o Reglas Nelson Mandela, y el Estado deberá velar por su íntegro cumplimiento.

Las Reglas Nelson Mandela fueron creadas para humanizar los recintos cancelarios, siendo estos otrora e incluso hoy día instrumentos de sufrimientos y de vejaciones inútiles para un ciudadano que busca reformar su mal accionar y poder reintegrarse a esa sociedad que en un momento dado le falló. Es por estas razones que las reglas de Mandela se hacen necesarias para contribuir con el fortalecimiento del sistema penitenciario, reglas universalmente reconocidas y que han tenido un gran valor e influencia en la creación de leyes y políticas públicas en beneficio del recluso o quien guarda prisión, toda vez que son derechos fundamentales a resguardar.

Una vez cumplida la condena u ordenada la libertad del interno, el juez de la ejecución, sin más trámites, deberá colocar al liberado en el seno de la sociedad de la cual se encontraba apartado. Los artículos 28, 74, 338, 342, 343, 368, 436, 437, 438, 440 al 447 del Código Procesal Penal normativizan todo lo concerniente a las funciones inherentes al juez de ejecución.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 40, NUMERALES 8 Y 9

POR JOSÉ ALEJANDRO VARGAS GUERRERO

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

[...]

- 8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho;
- 9) Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar.

Comentario

El derecho a la libertad y seguridad personal en la Constitución dominicana

El capítulo II de la primera carta sustantiva dominicana, la del 6 de noviembre de 1844, dedicaba al “Derecho Público de los Dominicanos” sus artículos 14 al 38, ambos inclusive. Consagró tanto la libertad —particularmente en sus artículos 14 y 16— como otros derechos, entre ellos la inviolabilidad del domicilio, la integridad física, el juez natural y a la libre expresión y difusión del pensamiento sin sujeción a censura previa, pero el derecho a la seguridad personal no fue considerado como parte del catálogo de prerrogativas individuales reconocidas por la Constitución. A pesar de tan notoria falta, sí constan en el preámbulo de la carta, como derechos “imprescriptibles”, la seguridad, la propiedad, la libertad y la igualdad (en ese orden).

La mención concreta del artículo 16 de la Constitución de 1844 era la siguiente: “La libertad individual queda asegurada. Nadie puede ser perse-

guido sino en los casos previstos por la ley, y en la forma que ella prescribe”. En cuanto a la seguridad personal, puede decirse que la no mención específica de este derecho quedaba cubierta por el impedimento de arrestar ciudadanos sin orden de juez competente excepto en caso de delito flagrante (artículo 17) pero, incluso en este supuesto, con el deber de notificarse al juez a más tardar en las subsiguientes 24 horas. El plazo de presentación de los arrestados en flagrancia era inmediato y obligatoriamente ante el juez, “sin que pudieran ser presentados ante ninguna otra autoridad”, como disponía expresamente el artículo 18 de la carta magna de 1844. De producirse el arresto durante la noche, el plazo de presentación era hasta las seis de la mañana del día siguiente al arresto, de manera que era claramente inferior a las actuales 48 horas.

Es oportuno destacar que en la Constitución de diciembre de 1854, artículo 8.º, se consagró el “derecho a la seguridad individual” como parte de los derechos “naturales y civiles”, que reconocía los derechos a la libertad, a la seguridad y a la propiedad “de todos los dominicanos” y los concretaba de manera tal que así se visualizan incluso hoy en día, por lo que establecía:

- respecto de la libertad individual, en el numeral 1 del referido artículo 8, que nadie podría ser perseguido “sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ella prescriba”;
- respecto de la seguridad personal, en el numeral 9 del mismo artículo: “La Constitución garantiza la seguridad. No pudiendo ser presos, ni distraídos de sus jueces naturales, ni juzgados en causas civiles ni criminales por comisión alguna, ni sentenciados sino por el juez o tribunal competente determinado con anterioridad por la ley, en virtud de leyes anteriores al delito y en las formas que ellas prescriban, sin que en ningún caso pueda alterarse ni abreviarse la forma de los juicios”.

En constituciones posteriores (a 1844), la designación de la parte donde radicaban estos derechos se denominó de diferentes formas, tales como “de los dominicanos, de sus derechos y de sus deberes” (como rezaba el título III, artículos 5.º y siguientes de la Constitución de 1872); “de los

derechos individuales” (en el título II, artículos 6.º y siguientes de las constituciones de 1908 y de 1924); “de los derechos humanos” (en el título II, artículo 55 y siguientes de la Constitución de 1963); “de los derechos individuales y sociales” (en el título II, sección I, artículo 8.º y siguientes de las constituciones de 1966 y 2002).

Así consideradas la libertad y la seguridad personal, se observa que en nuestro sistema constitucional inicialmente se trata de derechos separados, deslindados (en la carta de 1844), es decir, se consideraban diferentes, aunque ambos se hicieron figurar en un mismo apartado constitucional y ambos conservaron relación directa con la restricción de las persecuciones, los arrestos y los sometimientos judiciales para que ellos tuvieran validez solamente cuando se hicieran de la manera legalmente permitida y, por si hacía falta decirlo, con irrestricto apego al principio de legalidad y en el marco de procesos penales controlados por el juez preinstituido a los hechos, que la propia carta denomina “juez o tribunal competente” (por ejemplo, en el artículo 18 de la Constitución de 1844) o “jueces naturales” (como consta en el numeral 9 del artículo 8 de la carta de diciembre de 1854).

En fin, en las constituciones de 2010 y 2015, vigente, la libertad individual y la seguridad personal figuran, como se dijo, unificados, en una sola descripción, tal como consta en el ya referido artículo 40, numerales 8 y 9.

Al contexto de lo sancionado por el artículo 40 de la carta sustantiva puede aplicársele lo reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador¹, en el sentido de que estos derechos, particularmente el de seguridad, son entendidos como “la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable”, esto es, las menciones constitucionales respecto de estos derechos consagran la “protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”, de manera que es la regla la libertad y la seguridad, y es la excepción la detención, el arresto o el encarcelamiento preventivo.

No es para menos, dado que se trata de derechos de múltiple significación, incluyentes de otros varios derechos. Por ejemplo, en cuanto a la libertad personal se refiere, cita de manera no limitativa la jurisprudencia

1 CIDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Washington: Serie C No. 170, p. 51 y ss.

del Tribunal Constitucional español que la libertad ha de entenderse como autodeterminación individual para elegir las creencias, para expresar las convicciones, para adscribirse o salir de organizaciones de todo tipo, para reservarse un espacio íntimo y una imagen propia determinados, para obtener información o transitar sin cortapisas, con sujeción al orden público².

Con el mismo acento los describe la doctrina al referir que la libertad personal se configura como “el atributo personal de actuación sin restricciones, aunque respetando el derecho de los demás”³, configurándose como garantías contra la privación ilegal de la libertad (aquí, en su acepción de libre tránsito) e incluyentes de las garantías procesales relativas al arresto, el derecho a acceder al juez natural, al debido proceso, al derecho de defensa y a permitir el control jurisdiccional de la persecución, el arresto y sus formas de realización, validación y duración (que materializan la seguridad personal).

De esta dijeron los revolucionarios franceses, de acuerdo a observación doctrinal, que “después de la libertad, la seguridad personal es el más precioso de todos los derechos”⁴, revelándose así el elevado concepto en que le tenían.

El derecho a la seguridad personal es “un derecho fundamental que ha sido instituido por la Constitución como obligación del Estado y sus instituciones, para garantizar su pleno imperio, “de manera que todo ciudadano pueda alcanzar el pleno disfrute del mismo sin restricción ni dificultad alguna”⁵.

La seguridad personal aparece, así, como una obligación de medios planteada contra el Estado, obligado a respetar la convivencia social fundada sobre reglas estables y regulares, que permitan a los individuos el ejercicio sin sobresaltos de su libertad individual.

2 STC- 137/1990, de 19 de julio, fundamento jurídico 9.º.

3 Ídem.

4 ÁLVAREZ ALONSO, C. El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales: España, DIALNET, 1989, pp. 285-350.

5 TC/0233/13, del 29 de noviembre, p. 14.

8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho

El Código Procesal Penal, Ley núm. 76-02, promulgada el 19 de julio de 2002, regula la imposición de medidas de coerción en sus artículos 226 y siguientes, como sigue:

Art. 226.- Medidas. A solicitud del ministerio público o del querrelante, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se explica en este código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:

- 1) La presentación de una garantía económica suficiente;
- 2) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- 3) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez;
- 4) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- 5) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;
- 6) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;
- 7) La prisión preventiva.

La norma procesal penal establece criterios acerca de la procedencia y de la forma en que deben solicitarse e imponerse en su artículo 227:

- 1) Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;
- 2) Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento;

- 3) La infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad.

Estos criterios de imposición, particularmente en cuanto al peligro de fuga, fueron ampliados por el legislador del CPP en su artículo 229, cuyos numerales 3, 4, 5, 6 y 8 fueron reformulados por la Ley núm. 10-15, de 10 de febrero de 2015 para que dispusieran como se resume a segundas:

Artículo 229.- Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga el juez toma en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio y residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo, las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad, ocultamiento o falta de información sobre el domicilio del imputado, constituye presunción de fuga;
- 2) La imposibilidad de identificación cierta y precisa del imputado, como consecuencia de su pretensión de ocultar su verdadera identidad a los fines de evadir su responsabilidad, o la posesión de más de un documento de identidad, constituye presunción de peligro de fuga;
- 3) La gravedad del hecho que se imputa, el daño ocasionado a la víctima y a la sociedad, así como la pena imponible al imputado en caso de condena;
- 4) La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo;
- 5) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
- 6) La existencia de procesos pendientes o condenas anteriores graves, encontrarse sujeto a alguna medida de coerción personal, gozar de la suspensión, requerir la revisión de las medidas de coerción impuestas en todos los casos anteriores;
- 8) Haberse pronunciado una pena de prisión en su contra aun cuando la misma se encuentre suspendida como efecto de la interposición de un recurso.

De manera que la prisión preventiva es una posibilidad procesal cuya materialización, para no resultar ilegítima, ha de realizarse a la vista del derecho a la libertad y la seguridad personal, de manera tal que sea fruto de un “proceso debido”, rectorado por el juez de la instrucción como funcionario judicial competente, cuya aplicación no puede ser un fin en sí mismo y deberá durar tanto como sea absolutamente necesario para asegurar la realización del proceso penal.

Esta es la finalidad fundamental de las medidas de coerción: coadyuvar a la realización del proceso en un marco jurisdiccional que posibilite al imputado, la víctima y las partes, establecer la relación dialéctica que supone todo proceso, así como presentar al juzgador posiciones encontradas y verdades procesales justificativas de sus pretensiones, a fin de que este decida si existe o no compromiso de la responsabilidad penal.

Por ello, resulta claro que a la realización del proceso no pueden oponerse válidamente ni la presunción de inocencia ni el estatuto de libertad, tal como se encuentran previstos por los artículos 14 y 15 del Código Procesal Penal, que se limitan a establecer reglas de procesamiento contra imputables, en cuyo entorno concreto se restringe la aplicación de las medidas de coerción en tanto medidas excepcionales y como derechos cuyos propósitos son los de evitar el encarcelamiento indefinido, arbitrario o abusivo de poder o derecho, en aras de la realización de un proceso penal democrático en el que el imputado no sea “una cosa”, un objeto que pueda tenerse a disposición permanente y voluntariosa del órgano investigador.

En efecto, de lo que se trata es de garantizar que nadie sea privado de su libertad “sino en los casos y de acuerdo con el procedimiento legalmente previstos. De esta forma, lo que se consagra, en último término, es la garantía legal de la privación de libertad; dicho de otro modo, que nadie pueda ser desposeído de su libertad si no es por una circunstancia legalmente predeterminada y con arreglo a un procedimiento preestablecido por la misma norma legal”.

Ningún hombre es considerado una isla, ni frente a la sociedad a la que pertenece puede creérsele como un ser que flota en el mar del incumplimiento de los deberes que le impone el artículo 75 de la Constitución. Lo que hace el Juez de la Instrucción, al imponer o no una medida de coerción o al decidir cuál es la medida idónea para el caso de que se trata, es

ponderar la clase de intervención estatal que se ha producido frente a los derechos individuales, el grado probable de compromiso de la responsabilidad del imputado y la efectividad y eficacia de la medida para lograr sus finalidades procesales.

La precedente es la razón declarada por el Tribunal Constitucional como justificación de la retención del peligro de fuga en la imposición de la medida de coerción, lo que se ha decidido ya en la TC/0402/17, del 1.º de agosto de 2017, párrafos 10.5, 10.6 y 10.8, páginas 20 y 21, decisión en virtud de la cual:

- en cuanto al peligro de fuga en el artículo 229-CPP, se asumió que “este no contiene parámetros ni pautas para que sea interpuesta una medida de coerción, sino que establece las circunstancias que podría conllevar que un imputado pueda tener peligro de fuga al momento de cometer un delito; por lo que el legislador ha diseñado un sistema judicial que brinde eficacia al momento que cualquier ciudadano infrinja la ley. Las exigencias del artículo 229 y sus numerales del Código Procesal Penal son, pues, un instrumento que sirve de base al momento de un juez tomar una decisión, que brinde seguridad, a la ciudadanía, ante un delito cometido”;
- en cuanto a la prisión preventiva, que “es un medio que permite asegurar la presencia de un imputado ante un juicio, cuando este no contribuya ni demuestre garantía ante el juez que le permita afianzar que este no presenta peligro de fuga”, y
- en cuanto a lo que ha de exigirse al ordenamiento, en el orden de su validación o justificación, que ofrezca al imputado la oportunidad de defenderse, asegurarse de que el principio de legalidad punitiva y ordenar medidas revisables cada cierto tiempo, que no resulten definitivas y sean siempre “... un medio que permite asegurar la presencia de un imputado ante un juicio, cuando este no contribuya ni demuestre garantía ante el juez que le permita afianzar que este no presenta peligro de fuga”.

El precedente esquema justificativo de la privación de libertad en supuestos justificados por el enjuiciamiento penal o la comisión de in-

fracciones penales ha recibido atención jurisprudencial en otros sistemas u ordenamientos penales, como por ejemplo lo ha decidido el Tribunal Constitucional español, que se ha pronunciado sobre estas justificaciones de la libertad en sus sentencias STC 425/1985, de 3 de julio, fund. jur. 4.º, c/ y en STC 19/1988, de 16 de febrero, fund. jur. 4.º), entre otras que pueden citarse.

El tema subyacente aquí, sin embargo, es otro: si el derecho a la libertad (como norma constitucional) puede ser restringido por la norma procesal (en tanto norma infraconstitucional). Se defiende aquí que sí, puesto que el mismo texto de la Constitución así lo determina al establecer, por ejemplo, que “toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos” (de manera que sí es aceptable la detención, que de hecho es la primera medida de coerción de acuerdo al título II, capítulo I-CPP, art. 223, que al hablar de las “medidas de coerción” cita solamente el arresto y la conducencia, siendo las demás agrupadas bajo el epígrafe “otras medidas”).

Asimismo, en lectura alternativa consta que las personas pueden ser sometidas a medida de coerción por su propio hecho, con la exigencia de que su aplicación sea proporcional al peligro que tratan de resguardar, como al efecto consta, obviamente, en los numerales 8 y 9 del artículo 40 de la Constitución.

9) Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar

En sentido amplio, la referencia a la proporcionalidad de la medida de coerción remite al necesario cumplimiento de tres elementos capitales por parte de la resolución de imposición, a saber: que la medida impuesta sea idónea para alcanzar el fin procesal que persigue con la restricción de la libertad; que resulte imprescindible, es decir, que sea la medida menos gravosa para el imputado, como dispone el artículo 234-CPP; y que, siendo necesaria, la medida guarde relación con la gravedad de los hechos y las probabilidades de imposición de la pena ante la contemplación inicial de los elementos de prueba sometidos a consideración del juez.

Estos elementos conforman el test de proporcionalidad como mecanismo para la verificación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha de la medida, tema que ha sido profusamente considerado por la Suprema Corte de Justicia (entre otras en la sentencia núm. 631, del 26 de julio de 2017) como, en diferentes contextos, por el Tribunal Constitucional.

En el sentido precedente, cabe señalar que la sede constitucional inadmitiesió la revisión de la decisión que desestima una apelación de medida coercitiva (aplicando el precedente instituido por la sentencia TC0096/13, falta de agotamiento de los recursos); se ha pronunciado la inadmisibilidad de la revisión constitucional en ocasión de medida de coerción al ser posible que se solicite la revisión o el cese de la medida en cualquier etapa del procedimiento (TC/107/14 y TC/0533/15, entre otras); se ha indicado que el comienzo del “plazo razonable” de duración del proceso comienza el día en que a una persona se le haga una imputación formal, a través de un acto que tenga el carácter de medida cautelar o de coerción, cuyo objeto esté encaminado a sujetar al imputado al proceso. Así, la citación tiene el carácter de medida cautelar personal, por cuanto la misma tiene por efecto limitar, durante el período en el cual sea cumplido el referido acto, la libertad personal del individuo a la cual va dirigida⁶ y se ha decidido que el hecho de que se haya solicitado medida de coerción e, incluso, que se haya puesto fecha para la audiencia, no impide al imputado objetar la declaratoria de admisibilidad de la querrela puesta en su contra⁷.

En general, en la jurisprudencia constitucional prevalece la defensa de la medida de coerción personal como una medida asegurativa de los fines del proceso, manifestada a través de decisiones que no generan cosa juzgada material y contra la cual, plantear deficiencias protectivas sobre la base de la proporcionalidad, tanto en esa como en las restantes jurisdicciones, es asunto íntimamente relacionado con la complejidad de los casos, la actividad procesal de las partes y las autoridades y con la carga procesal, entre otros factores.

Lo indicado no obsta para comprender que en la actualidad la política criminal, en relación con la legitimación de las funciones penales, se en-

6 TC/0214/15.

7 TC/0260/18.

tiende sujeta a los principios penales de orden constitucional, entre ellos el precedentemente considerado, la proporcionalidad. Se trata de un instrumento capital en la evaluación de la aplicación de las medidas de coerción y el respeto por los derechos de los justiciables. Y es así a tal punto que alguna doctrina se ha decantado por afirmar que “no existe otro mecanismo que este principio de proporcionalidad para valorar la constitucionalidad de la restricción de la libertad individual en el proceso penal”⁸.

En definitiva, la justificación de las medidas de coerción, frente al estado de inocencia y el estatuto de libertad, pasa necesariamente por la constatación fehaciente de parte del juez que la impone, de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. De otro modo su aplicación es injusta y justifica la receptividad del órgano de revisión de la medida o de apelación, incluso si solo se tratara de reticencia del juez al explicitar por qué se decanta por una y no otra medida o, en otros casos, de deficiencias en la motivación orientada al imputado, esto es, si el juez no hace constar por qué es imponible una u otra medida restrictiva de su libertad.

8 YACOBUCCI, G. *El sentido del control constitucional en materia penal*: Colombia, Uniboyaca, 2000.

COMENTARIO A ARTÍCULO 40, NUMERALES 10 A 14

POR RAFAEL BÁEZ

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

[...]

10) No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales;

Comentario

La prohibición de la ‘prisión por deudas’ o *pro debito* aparece con el derecho romano y luego se consagra internacionalmente en tratados internacionales y constituciones de diversos países, lo que demuestra la importancia que tiene el derecho a la libertad personal por sobre el cobro de las deudas civiles en la sociedad moderna.

En el derecho romano anterior a las XII Tablas, dictadas en el año 451 a. C., la prisión por deudas se aplicaba de forma particular. Los acreedores patricios encerraban a los deudores (generalmente plebeyos o sus familiares) en sus prisiones privadas y les sometían a tortura hasta obtener el pago de lo adeudado. Esto se hacía con conocimiento del cónsul, quien determinaba la forma en que se ejecutaba la deuda, en el marco de un procedimiento seguido de acuerdo a la costumbre¹.

Posteriormente, en la tabla III, se estableció un nuevo método de ejecución de las deudas que otorgaba un plazo de treinta días al deudor para reunir el dinero y cumplir con la obligación adeudada. Si se cumplía el plazo sin solucionarse la deuda, se podía iniciar la ejecución llamada *ma-*

1 HENNISCH ESPÍNDOLA, Hugo. “Historia y evolución del procedimiento ejecutivo en el derecho romano”. *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Vol. 9, 1983, pp. 9-23. Santiago de Chile.

*nus iniectio*², expresión que proviene del acreedor que toma al deudor en presencia del magistrado imponiendo sobre él su mano en señal del poder que le otorga su condición de acreedor.

De no pagar en el acto, el acreedor aprisionaba al deudor en su propia casa, para luego pregonarlo en las ferias anunciando lo que le debía y, si no obtenía el pago, lo ofrecía en venta como esclavo en ferias establecidas en las afueras de la ciudad. Cuando los acreedores eran muchos y no se obtenía el pago, o tampoco se lograba vender al deudor luego de asistir a tres ferias, se le daba muerte y se repartía el cuerpo entre ellos.

Para el año 324 a. C. se dictó la ley *poetelia papiria*, que estableció una especie de prohibición de la prisión por deudas e hizo aplicable la ejecución solo sobre los bienes del deudor, ley que lamentablemente no recibió aplicación. En realidad, esa declaración fue solo una disposición de una ley de mero valor histórico, pues la prisión del deudor por impago de sus deudas existía aún en la época de Justiniano³.

Con el paso del tiempo la prisión por deudas seguiría aplicándose, pero de manera más humanitaria, suavizando las torturas y eliminándose la posibilidad de la venta y muerte del ejecutado, de manera que este debía pagar sus deudas con su trabajo y ya no con su vida. Si bien más adelante apareció la ejecución sobre el patrimonio del deudor, esta solo constituía una posibilidad que no derogaba la de apresarle. Más tarde, en el alto Imperio romano, se introdujo una modificación mediante la cual la prisión del deudor se debía llevar a cabo no en las prisiones privadas de los acreedores, sino en cárceles públicas y bajo la custodia de funcionarios imperiales. Cabe mencionar que se ha dicho que existió en la antigua Roma una institución para cautelar a los ciudadanos de la privación de la libertad personal pero no habría tenido aplicación en el caso de la prisión por deudas.

En la Edad Media la prisión por deudas apareció de modo cautelar y de manera subsidiaria, es decir, se aplicaba solo cuando el deudor no contaba con bienes o dinero suficientes para establecer una garantía que asegurara el resultado del juicio, y nuevamente se retrocedió a la idea de la prisión privada en la casa del acreedor en razón de la dificultad de mantener el poder público tras la invasión musulmana en la península ibérica. Al res-

2 *Ibid.*, p. 24.

3 *Ibid.*

pecto, la doctrina ha dicho que, durante dicho plazo, el acreedor no podía maltratar ni matar a su prisionero, ya que se trataba de un encarcelamiento cautelar a la espera de la satisfacción del crédito que compelia al alma, no al cuerpo⁴.

Con el fuero de Soria, que prefirió la ejecución de los bienes del deudor, se volvió a la prisión en recinto público, pero solo hasta que se dictara la sentencia, pues, si no se pagaba la deuda, el deudor se le entregaba en prisión y servidumbre al acreedor. Este criterio se recogió de manera muy similar en otros fueros que tuvieron vigencia en la época.

Posteriormente, con el paso del tiempo, la prisión por deudas como servidumbre sufrió un decaimiento en su aplicación gracias a los mecanismos alternativos, como la cesión de los bienes del deudor en favor del acreedor y aquella práctica en que el juez consideraba que el primer acreedor del deudor casado era la esposa por “haber consumido este su dote”, lo que determinaba la entrega del marido a la esposa y no a sus acreedores. Luego la única forma de prisión por deudas que se realizaba en Europa a partir del siglo XVII era la prisión coactiva con la que trataba de procurarse la cesión de bienes⁵. Finalmente, la expansión y el aumento de los privilegios que implicaban la prohibición de prisión por deudas para ciertos grupos de personas hicieron que su aplicación se redujera en mayor medida.

Consagración de la prohibición de la prisión por deudas en la norma supranacional

La regulación internacional de los derechos humanos nace bajo el entendido de que estos son inherentes a la persona humana y por lo tanto no son creados por los Estados, sino que deben ser respetados y resguardados por estos. Tal como lo ha indicado la Convención Americana de Derechos Humanos, “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional”⁶. De acuerdo a lo anterior, ningún cuerpo legislativo interno

4 RAMOS VÁSQUEZ, Isabel. *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*: Madrid, Editorial Ministerio del Interior, 2007.

5 *Ibid.*, p. 120.

6 Preámbulo de la *Convención Americana de Derechos Humanos* firmada en San José, Costa Rica en 1969.

de un Estado puede privar o lesionar los derechos humanos establecidos en los respectivos tratados de los que sean signatarios.

En lo que respecta a la prohibición internacional de la prisión por deudas, esta se inserta habitualmente en el derecho a la libertad personal, en conjunto con la seguridad personal y la libertad ambulatoria. Si bien la literalidad de las normas varía en cada uno de los cuerpos normativos internacionales, su núcleo es el mismo. La prohibición internacional se puede encontrar, entre otros, en tres importantes cuerpos normativos internacionales: 1) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) la Convención Americana de Derechos Humanos; y 3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece dicha prohibición en su artículo XXV, inciso 2, en los siguientes términos: “Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”. Esta norma difiere de otras en el sentido de que especifica la naturaleza de las obligaciones exclusivamente sobre asuntos contractuales de carácter civil⁷.

En cambio, la Convención Americana de Derechos Humanos, más comúnmente conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, establece que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”⁸. De su lectura se advierte que la sanción por el incumplimiento de los deberes alimentarios de los progenitores con sus hijos se encuentra fuera del alcance de esa disposición normativa, por tanto, el incumplimiento en esta materia conlleva prisión. En consecuencia, es legítimo utilizar la privación de libertad por deudas en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que con esta salvedad se sustraen de la prohibición los casos de arrestos coercitivos previstos en algunos ordenamientos jurídicos —como el caso de nuestra norma constitucional— mediante los cuales, dadas ciertas condiciones, se puede privar de la libertad por deuda al obligado en alimentos, por constituir ello una infracción a las leyes penales que lo constriñe a satisfacer dicha obligación.

7 NIKKEN, Pedro. “La Declaración Universal y La Declaración Americana”. *Revista IIDH*. 1989, p. 83. San José, Costa Rica.

8 STEINER, Cristhian. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*: Bolivia, Plural de Editores, 2014, p. 205.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos es una norma internacional que, a diferencia de la Convención Americana de los Derechos Humanos, no es aplicable solo a países americanos, sino a muchos otros a escala mundial y ha sido efectivamente ratificada por ellos en la actualidad⁹.

El objetivo de este pacto, de acuerdo a su preámbulo, es propender a realizar “el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria...”, creando las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales buscando realizar la obligación de los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades de los humanos. La razón de ser de este precepto normativo internacional radica en una limitación al *ius puniendi* del Estado, en cuanto a no estar este autorizado para criminalizar, esto es, definir o tipificar como delitos y, consecuentemente, aplicar y ejecutar sanciones penales o medidas de naturaleza coercitivas equivalentes a la privación de libertad, por el mero incumplimiento de obligaciones civiles contractuales. Esto no significa que no pueda existir otro tipo de medidas legales que afecten la libertad individual como medio de hacer cumplir obligaciones civiles que no tengan por fuente el mero contrato, sino la ley o una decisión judicial.

La prohibición de la prisión por deuda en el Tribunal Constitucional dominicano

Nuestro Tribunal Constitucional, como máximo órgano intérprete de la Constitución de la República, en su valoración de esta como un supraordenamiento en relación a los demás ordenamientos¹⁰, juzgó en su sentencia TC/108/13 que las sanciones o condenaciones deben estar revestidas del carácter de una pena, emanar de una jurisdicción represiva y deben, además, contener una declaración de culpabilidad de un hecho ilícito debidamente tipificado como una infracción en una norma penal previa¹¹. Por

9 Este instrumento internacional se firmó por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En Chile, este Pacto se aprobó el 16 de diciembre de 1966, esto es, en la misma fecha en que se originó por la Asamblea General de la ONU, depositándose el instrumento de ratificación con fecha 10 de febrero de 1972, promulgado el 30 de noviembre de 1976 y publicado el 29 de abril 1989, mediante el Decreto núm. 778.

10 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*, vol. 1., 4.^a ed.: Santo Domingo, Editora Búho, 2013, p. 285.

11 FRANCO, Francisco. *La Constitución de la República Dominicana interpretada por el Tribunal Constitucional dominicano*: Santo Domingo, Sello Independiente, 2020, p. 116.

tanto, solo de ese modo será posible justificar la prisión por deuda en el entendido de que la sanción dimanó de una infracción a la ley penal, como bien lo prescribe el artículo 40.10 de la Constitución de la República.

En el Código Procesal Penal dominicano la multa, como pena pecuniaria, encuentra su legitimidad en el artículo 446 y podemos definirla como una pena de carácter económico, que una vez impuesta por un tribunal mediante sentencia firme genera un crédito, o más bien una obligación de pago frente al Estado dominicano en virtud de su certidumbre, liquidez y exigibilidad¹².

Un clásico en la materia, Stooss, escribía hace muchos años que la pena de multa es una reacción contra el culpable tendente a influir sobre su voluntad por medio de la disminución forzosa de sus derechos patrimoniales y motivados por el delito. Carrara la definía como la disminución de nuestras riquezas aplicadas por ley como castigo de un delito¹³.

El artículo 446 del Código Procesal Penal establece algunas modalidades para que el condenado pueda pagar la multa impuesta en la sentencia condenatoria, esto es: a) la posibilidad de convertirla en trabajos comunitarios; b) que se le conceda un plazo al condenado para pagarla; c) que el condenado entregue bienes de su propiedad que alcancen a cubrir el monto de la multa, d) que el juez de ejecución de la pena autorice su pago en cuotas; e) que el juez de ejecución de la pena ordene el embargo y venta en pública subasta de los bienes del condenado, conforme a las reglas del proceso civil o ejecute las fianzas para cubrir el monto de la multa; f) que, si fuere necesario, se puede convertir la multa en prisión, convocar a las partes y celebrar una vista y en ella decidir por resolución motivada y ordenar el arresto del condenado.

12 BÁEZ GARCÍA. Rafael A. *La ejecución de la pena*: Santo Domingo, Editora Blanco y Prieto, 2017, p. 163.

13 ESPAÑA. Consejo General del Poder Judicial. *Las penas y medidas de seguridad* (Cuadernos de Derecho Judicial): Madrid, Editora Lerko Print, 2006, p. 228.

[...]

11) Toda persona que tenga bajo su guarda un detenido está obligada a presentarlo tan pronto se lo requiera la autoridad competente;

Comentario

El legislador constituyente ha dejado muy claro, y de manera imperativa, la obligación de todo aquel que tenga bajo su custodia a una persona detenida de presentarlo ante la autoridad competente para juzgar y decidir sobre su situación de prisión, ya que, al tener bajo su custodia a un detenido, se genera de manera automática la obligación de trasladarlo de inmediato y satisfacer esa declaración de voluntad de la autoridad judicial¹⁴. Modernamente, los ordenamientos constitucionales dedican un importante espacio a la libertad personal y contemplan el procedimiento denominado *habeas corpus* que tiene como finalidad principal y exclusiva la inmediata disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente¹⁵.

En el ámbito de la acción constitucional de *habeas corpus* regulada en el Código Procesal Penal de la República Dominicana, específicamente en el artículo 384, se establece lo siguiente:

El mandamiento de *habeas corpus* debe ser cumplido y ejecutado, sin que haya lugar a su desconocimiento por defectos formales. Cualquier persona a quien se haya entregado el mandamiento se considera como su destinatario, aun cuando se haya dirigido con un nombre o generales equivocados o a otra persona, siempre que bajo su guarda o disposición se encuentre la persona en cuyo favor se expide o le haya sido encargada la ejecución de un arresto que se pretenda ilegal.

Ese mandato de ley de naturaleza imperativa obliga a quien tenga en calidad de detenido a cualquier persona a presentarlo ante la autoridad competente de manera inmediata. Más aún, el legislador codificador in-

14 GIMENO SENDA, Vicente, *et. al. Derecho procesal penal*: Madrid, Editorial Colex, 1997, p. 826.

15 GARCÍA GUERRERO, José Luis. *Los derechos fundamentales*: Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 114.

troujo la figura del desacato en el artículo 385 estableciendo que “si el funcionario a quien se le dirige un mandamiento de *habeas corpus* no presenta a la persona en cuyo favor se expide, sin alegar una causa de fuerza mayor, es conducido en virtud de una orden general de captura expedida por el juez o tribunal”.

Sobre el desacato debemos apuntar que nuestro catálogo punitivo no lo contempla como tipo penal. Se habla de él en otras materias entendiéndose que se trata de un acto de desobediencia a la ley o a la autoridad que la representa. Lo más parecido al desacato sería el tipo penal de coalición de funcionarios o el de rebelión, conforme a los artículos 123 y 209 del Código Penal dominicano. Los maestros López López y Perdiguero Bautista definen el desacato como la falta al debido respeto a los superiores, irreverencia, calumnia, injuria o insulto a una autoridad en el ejercicio de sus funciones, ya sea de hecho o de palabra¹⁶.

La idea que prima en la interpretación de esta disposición constitucional es garantizar real y efectivamente la presencia de cualquier persona detenida ante la autoridad que la requiera sin demora alguna, en el entendido de que la norma suprema busca evitar violaciones al derecho fundamental de la libertad de los ciudadanos, de manera que, de la reflexión lógica planteada, se infiere que la validez de las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico no solo dependen de su aplicación concreta, sino de la corrección con que han sido puestas en él¹⁷. Por eso, encomienda con la respectiva y enérgica exigencia a toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido a presentarlo, sin pretexto ni demora, ante la autoridad, dado que los procedimientos constitucionales requieren actuación inmediata.

16 LÓPEZ LÓPEZ, Enrique, y PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo. *Enciclopedia penal*: Madrid, La Ley, 2011, p. 677.

17 FERRER M., Eduardo, ZALDÍVAR, Arturo, CANOSA, Raúl, *et al.* *La ciencia del derecho procesal constitucional* (Homenaje a Hector Fix-Zamudio): México, Marcial Pons, 2008, p. 57.

[...]

- 12) Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de autoridad competente;

Comentario

La reforma constitucional del año 1966 introdujo en su artículo 8, numeral 2, literal *f*, la prohibición de trasladar reos desde un recinto penitenciario a otro lugar sin la debida orden motivada y escrita de la autoridad judicial competente, con lo cual se procuraba evitar que los privados de libertad fuesen llevados a determinados lugares al margen de la ley. Sobre el particular debemos apuntar dos cosas.

En primer lugar, se ha dicho que la idea de esa disposición constitucional fue en esencia evitar que sacaran los reclusos de las cárceles y fueran llevados a otros lugares que no eran los tribunales en los palacios de justicia, sino que se especulaba que reclusos con poder e influencias en el orden económico, político o militar eran llevados a sus casas o a actividades festivas, no obstante las prohibiciones legales y limitaciones que se desprendían del régimen de encierro y la imposición de la condena.

En segundo lugar, se interpreta que con esa prohibición se pretendió erradicar las torturas y vejámenes a los llamados presos políticos o contrarios al régimen de la época de la dictadura de Rafael Leónidas Trujillo Molina, a quienes se les trasladaba desde el penal de La Victoria a lugares de tortura. La cárcel clandestina conocida como La 40, regentada por el famoso Johnny Abbes García y un personaje siniestro llamado Navajita, fue instalada por la dictadura con el fin de interrogar a los reclusos aplicando crueles torturas y también para asesinar a los opositores. Sus actividades estaban íntimamente ligadas a la existencia del Servicio de Inteligencia Militar (SIM)¹⁸.

De las dos situaciones de marras se advierte que en ambas el legislador constitucional de la época quiso censurar esas prácticas violatorias de las

18 CAPDEVILA, Lauro. *La dictadura de Trujillo (1930-1961)*: Santo Domingo, Sociedad Dominicana de Bibliófilos. 2010, p. 286.

más elementales normas que protegen los derechos humanos y las buenas prácticas penitenciarias, prohibiendo el traslado de personas detenidas a distintos lugares sin la existencia de la debida autorización judicial. Esta prohibición se mantuvo vigente e intacta en las reformas constitucionales subsiguientes hasta la del año 2010, en la cual se modificó el texto original de la reforma del año 1966 y ahora se lee de la manera siguiente: “Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada por la autoridad competente”. Si observamos la redacción del texto vigente, nos damos cuenta de que el legislador constituyente sustituyó la frase ‘autoridad judicial competente’ por la de ‘autoridad competente’, eliminando la palabra ‘judicial’. De manera que, conforme a la norma, el traslado de un interno puede realizarlo otra autoridad que no sea un juez; en ese caso, se le confiere autoridad para ello a la administración penitenciaria o al Ministerio Público.

Con la entrada en vigencia del nuevo orden procesal penal en la República Dominicana quedó instituida la figura del juez de ejecución de la pena, cuya presencia constituyó un significativo paso de avance en los términos de judicialización y humanización del proceso penal en la etapa del cumplimiento de las condenas, entrando en armonía perfecta con las disposiciones del artículo 149 de la Constitución dominicana, el cual encomienda al Poder Judicial “juzgar y ejecutar lo juzgado”. De manera que con la presencia de este funcionario judicial la situación de los traslados quedó en manos de su juez natural.

La influencia normativa supranacional sobre derechos humanos, incorporada a nivel constitucional, se extiende a la etapa procesal de la ejecución de la sentencia y su mayor impacto es el de incorporar expresamente los derechos de los condenados a la garantía judicial en el entendido de que la justicia no puede detenerse en las puertas de las cárceles. Esto supone la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, sobre todo cuando se trata de la pena de prisión, procurando a través de la intervención de los jueces garantizar al penado un trato humano durante la privación de libertad y respetuoso de la dignidad inherente al ser humano¹⁹.

19 CAFFERATA, José. *Proceso penal y derechos humanos*, 2.^a ed.: Buenos Aires, Editores del Puerto. 2008, p. 235.

En cuanto al tema del traslado de los privados de libertad, el Tribunal Constitucional dominicano ha sido reiterativo en el sentido de que el director general de Prisiones no puede ordenar el traslado de un interno de un establecimiento carcelario a otro lugar al margen de lo preceptuado por la Constitución de la República, salvo la declaratoria de estado de excepción, estado de conmoción interior o estado de emergencia; así lo ha consignado en las sentencias TC/0086/16 y TC/0253/17, y refrendado en el cuerpo motivacional de la sentencia TC 0233-2013, dictada por ese mismo órgano en fecha 29 de diciembre de 2013. Por tanto, se advierte con lógica contundente que la facultad de ejecutar traslados de privados de libertad sigue siendo una cuestión judicial, ya sea en manos del juez de la causa o en manos del juez de ejecución de la pena. Más aún, la nueva Ley núm. 113-21, que regula el Sistema Penitenciario y Correccional de la República Dominicana, dispone en su artículo 115 lo siguiente:

Los traslados de las personas privadas de libertad con carácter preventivo o de las condenadas, solicitados por el director del centro de corrección y reinserción social, por la misma persona privada de libertad o de quien la represente, serán ordenados en el primer caso, por el juez de la causa, y de los condenados, por el juez de ejecución de la pena por resolución motivada, o por la Procuraduría General de la República, cuando aplique.

[...]

13) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa;

Comentario

Esta disposición es una consecuencia lógica más del principio de legalidad que se traduce en que el mandato de prohibición que contiene la ley penal limita al contenido estricto de la norma lo que en la ley se describe

como un tipo penal o falta administrativa. Por ende, no hay infracción ni sanción penal fuera de su alcance y, más que eso, tampoco habrá imputabilidad, prohibición, tipicidad, antijuridicidad ni culpabilidad sobre conductas que la ley no considere como delitos.

En otras palabras, nuestra carta política señala taxativamente las líneas normativas de comportamiento social y las que se alejan del control social y, consecuentemente, se alejan del plano punitivo por el Estado. El ciudadano común es consciente de si las dimensiones de su conducta deben ajustarse a derecho, o si, por el contrario, puede proceder conforme a su libre albedrío, y llega a la conclusión de que deben respetarse los parámetros impuestos por la sociedad, siendo más perceptivo a aquellas conductas que puedan ser reprimidas penalmente por el Estado.

Si bien el Estado, a través de su marco normativo, impone obligaciones que los ciudadanos deben cumplir —entonces se cumple la premisa de la obediencia por parte de la ciudadanía—, para aquello que no está normado no existe obligación de acatamiento. Esto significa que, mientras no exista una norma expresa prohibitiva, el ciudadano puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe, y, por ende, no se sujeta a una sanción.

Esto indica que todos los ciudadanos están en el deber de cumplir con lo que establece la ley, empero nada ni nadie los puede obligar a cumplir más allá de su contenido; asimismo, la autoridad está en la obligación de cumplir y hacer cumplir únicamente lo que establece la ley²⁰. Esto quiere decir que mientras la ley no sancione una conducta no se le puede exigir a ninguna persona su cumplimiento, porque para la exigencia del cumplimiento debe existir previamente una ley escrita, emanada de los órganos del Estado facultados para esos propósitos, de manera que podemos decir que el principio de legalidad genera obligaciones simultáneas tanto para el Estado como para el ciudadano, en el sentido de que desde ambas perspectivas es necesario ‘cumplir y hacer cumplir’, como al efecto lo ha juzgado nuestro Tribunal Constitucional al manifestar en la sentencia 0667-16, “que el principio de legalidad es uno de los principios pilares del Estado constitucional y sobre esa base, la Administración pública no puede imponer una sanción que no esté tipificada en la ley”.

20 SOSA PÉREZ, Rosalía *et al.* *Constitución comentada*: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2011, p. 74.

[...]

14) Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro;

Comentario

Hoy es común aceptar que la pena se concreta y agota en el responsable del delito y que afecta su persona y sus bienes. Esto es consecuencia natural del carácter personal e intransferible de la responsabilidad penal. Salvo en asuntos civiles, nadie responde por el comportamiento delictuoso de otro; solo por su propia conducta. La pena no es traslativa, o sea, no se traslada del culpable al inocente.

El pilar del constitucionalismo, que actúa también como parámetro de legitimidad de un sistema constitucional determinado, es el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales²¹, el cual conecta con esta disposición constitucional garantista que se resume en el llamado principio de la personalidad de las penas en el entendido de que la responsabilidad penal no se traspa a otra persona que no sea autor de un hecho que la ley reputa como delito. De este principio se entiende también que su mandato taxativo envuelve no solo la pena privativa de libertad, sino cualquier tipo de penalidad accesoria a la pena principal.

Por largo tiempo hubo trascendencia o traslado de la pena a personas diferentes del infractor. De esta suerte, la pena se extendía sobre la vida y el honor de otras personas, prologando la vida y el honor del delincuente. Una especie de herencia o transferencia de la culpa se traducía en herencia o transferencia del castigo. Esto ha desaparecido del derecho penal moderno por resultar una práctica abusiva contra los derechos de los inocentes y por constituir un acto atentatorio contra el propio principio de legalidad.

Según Beccaria, la trasmisión de las penas pecuniarias e infamantes a los familiares del delincuente eran “injusticias autorizadas y repetidas”, que en el pasado se habían tolerado por los hombres más iluminados en las repúblicas más libres por haber considerado la sociedad no como unión de hombres, sino como unión de familias. En aquella sociedad jerarquizada,

21 GONZÁLEZ-TREVILJANO, Pedro, ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, *et al.* *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, Editora La Ley, 2012, p. 180.

los hijos permanecían bajo la potestad del padre de la misma manera que este permanecía bajo la potestad absoluta del soberano. Pero cuando la república es de hombres, la familia no es una subordinación de mando, sino de contrato, y los hijos, al tiempo que la edad les saca de la dependencia de naturaleza por su flaqueza, necesidad de educación y defensa, vienen a ser miembros libres de la ciudad²².

Las ideas de Beccaria influyeron decisivamente en el pensamiento penal contemporáneo y la defensa del principio de personalidad de las penas se adoptó en todas las reformas penales, afirmando categóricamente una máxima cierta y conforme a la razón y a la humanidad que reza que “ninguno debe ser castigado por delito ajeno, por grave y enorme que sea”.

La protección patrimonial de la nueva clase social en el poder, que se sustentaba principalmente en el control del capital, se unió, en consecuencia, a otras justificaciones más dogmáticas, como las que se derivaban de la teoría del pacto social, para erigirse en defensa de un sistema penal garantista de los derechos del individuo, utilitario para el resto de la sociedad, proporcional y moderado. Los principios de racionalidad y de individualidad que marcaban el discurso liberal traían, así como uno de sus corolarios más evidentes, la necesidad de descargar exclusivamente la penalidad sobre aquellos ciudadanos que hubiesen delinquido, sin que ello pudiese afectar a sus descendientes o familiares²³.

Finalmente, afirmamos que toda responsabilidad penal se debe a hechos y actos y no a un estado o situación. En este contexto, jamás debe olvidarse que toda persona será investigada a partir de lo que la inacción o acción positiva que despliegue cause, y en la medida en que se verifique una concreta afectación de un bien jurídicamente protegido, o bien se genere una situación de peligro para la integridad física, la vida, libertad, honor, y el patrimonio. Es la consecuencia derivada que nace como respuesta jurídica a partir de la comisión de un hecho típico, antijurídico y punible, conforme describe la ley penal.

Ahora bien, la necesidad de alcanzar el castigo frente al obrar antijurídico obliga a extremar el celo y respetar la exigencia del carácter personal

22 RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. “El principio de la personalidad de la pena en el derecho histórico castellano”. *Revista de la Inquisición*. 2005, p. 271. España: Universidad de Jaén.

23 BABIANO, J. y FERNÁNDEZ ASPERILLA, A. *Justicia y delito en el Discurso Liberal de las Cortes de Cádiz, en antiguo régimen y liberalismo* (Homenaje a Miguel Artola): Madrid. 1995, p. 395.

de la pena. En materia penal, la responsabilidad siempre es consecuencia del hecho propio, alcanzando solo a quien ha intervenido en el injusto típico comprobado. El principio de personalidad de las penas es parte integrante y derivación razonada del principio de legalidad, principio este que ha referido nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia TC 0075-16 como una condición básica del Estado de derecho, o, más bien, es una exigencia de seguridad jurídica y una garantía individual, lo que en buen español significa que todo sujeto responderá por su comportamiento y no por el de terceros.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 40, NUMERAL 15

POR LUIS HENRY MOLINA PEÑA

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

[...]

15) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica;

Comentario

Introducción

El principio de razonabilidad asigna atención especial a los derechos, libertades y oportunidades. Es una columna básica de la razón jurídica que sostiene el derecho como un espacio de intercambio para garantizar la dignidad de las personas. Esto conecta con los valores y principios que nuestra Constitución recoge en su preámbulo, entre ellos libertad, igualdad, imperio de la ley y bienestar social. Además, la razonabilidad como principio se interconecta con otros, entre ellos la supremacía constitucional, igualdad, legalidad, seguridad jurídica, entre otros.

Esta interconexión, abordada en el mundo de la interpretación constitucional como el principio de unidad constitucional, predica la unidad armónica y coherente de la carta magna. Todo esto fortalece la estructura del ordenamiento jurídico, resalta el carácter superior de la Constitución y traza el camino para que nuestras acciones y decisiones puedan estar filtradas por dicho principio.

Comentando el artículo 40.15 a la luz de los principios jurídicos constitucionales

Para comentar el artículo 40.15 de la Constitución se hace necesario mencionar textualmente su contenido. La carta magna en este artículo dice: “15) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica”.

Es mucho lo que ha sido desarrollado con relación al principio de razonabilidad amparado en los componentes de justicia y utilidad que menciona este artículo. La disposición constitucional va más allá del principio de razonabilidad. En su primera línea resalta la importancia del principio de legalidad, que implica completa sumisión de los poderes públicos, órganos del Estado y ciudadanos al régimen legal establecido en el ordenamiento jurídico. No hay restricción de derechos fundamentales sin ley; no hay delito, falta, pena o sanción sin que las leyes lo establezcan.

Aunque el principio de legalidad ha encontrado gran desarrollo en el proceso penal a raíz de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (no hay delito o crimen, ni pena sin ley previa), la realidad es que toda acción o decisión de quienes componen la sociedad está amparada en lo que las leyes que la rigen establecen.

Existen dos elementos destacables del principio de legalidad desprendidos desde la Constitución. En primer lugar, el artículo 7 de la Constitución dominicana declara la República Dominicana como un Estado social y democrático de derecho, y como estado de derecho, todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas tienen la obligación de respetar las leyes.

En segundo lugar, el artículo 6 dispone que la Constitución es la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Esto quiere decir que las restricciones y regulaciones del ordenamiento jurídico deben ser realizadas en las formas que dispone la Constitución. De acuerdo con el artículo 74.4 de la misma carta magna, “sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales”.

Por tanto, el principio de legalidad presupone que toda acción debe estar sometida a la ley y exige, además, que toda prohibición o restricción deba formularse de forma expresa, previa y taxativa. Con ello brinda al ciudadano la seguridad de que solo está prohibido lo que las leyes establecen. Con esto se evita que órganos, personas o instituciones, subrogados en facultades que no le correspondan, dispongan lo que la ley no establece y restrinjan derechos, garantías o facultades de los ciudadanos. Es decir, en principio supone un blindaje constitucional a las garantías jurídicas relativas a la dignidad de la persona humana.

El artículo 40.15 también aborda el principio de igualdad, aunque este es desarrollado con mayor amplitud y en otros contextos en el artículo 39 de la Constitución. Es prudente hacer algunos apuntes que para comprender este principio se deben considerar. Ejemplo: los objetivos del principio de igualdad ante la ley, la igualdad establecida en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley.

El principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, conquista del Estado liberal moderno, asume que todos los ciudadanos de un Estado, que adoptan este principio, se organizan bajo una misma legalidad que, en contenido y forma de aplicación, obliga a un mismo trato. Esto no quiere decir que una norma no pueda establecer distinciones en la forma de configuración de la ley, y es ahí donde entra el principio de igualdad en la ley. Se impide que el Poder Legislativo o la Administración, mediante reglamentos, puedan configurar normas con supuestos de aplicación que evidencien un trato distinto a personas que se encuentran en similar condición.

En ningún caso los supuestos pueden obedecer a excepciones personales; de lo contrario estaríamos frente una violación a la igualdad. Para que las normas no se conviertan en arbitrarias o irrazonables, deben mantener el trato igual para los ciudadanos de condiciones similares. En el aspecto de aplicación de la ley se busca que quienes apliquen las leyes no establezcan diferencias más allá de las dispuestas por el legislador.

En suma, el principio de igualdad tiene como objetivo orientar la configuración, recepción y aplicación de la ley, evitando distinciones en función de las personas que se traduzcan en acciones arbitrarias. Las normas de carácter general tendrán, entonces, aplicación de manera concreta en de-

terminado grupo de personas y, como dice la misma Constitución en el artículo 39, “sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal”.

El vínculo entre los principios de igualdad y razonabilidad es notable. Por ejemplo, si observamos el test de igualdad desarrollado por el Tribunal Constitucional dominicano en sus sentencias TC/0033/12, TC/0094/12, TC/0049/13, TC/0035/17, entre otras, observaremos que uno de los componentes de este test es la razonabilidad y proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma que se cuestiona como inconstitucional, además de evaluar los fines perseguidos por un trato disímil, los medios empleados y la relación entre estos. Son elementos similares al test de razonabilidad que abordaremos más adelante. Es por ello que no es casual que el constituyente haya redactado el artículo 40.15 en la forma plasmada en nuestra carta magna.

En cuanto al principio de razonabilidad, es preciso establecer la siguiente interrogante: ¿por qué está considerada como un principio jurídico y no como una regla o disposición en concreto? Los principios en el mundo jurídico otorgan razones que tienen el propósito de ser el camino para llegar a la decisión concreta sin llegar hasta lo decidido. Es decir, parámetros que, de manera abierta, permiten configurar sin llegar a casos establecidos, con el objetivo de que puedan ser aplicables mediante el razonamiento jurídico. Esto permite una mayor evolución en la amplitud y asegura la cobertura de las garantías.

El principio de razonabilidad orienta la función de decidir o elaborar disposiciones legislativas o reglamentarias, ayudando a tomar decisiones más adecuadas y orientadas en los propósitos y fines de lo que se pretende decidir, y respetando los derechos de quienes son impactados por ella. Aunque el texto constitucional parece solo limitar el principio de la razonabilidad al ámbito legislativo, es válido señalar que va más allá. Así como puede ser que la ley disponga algo en perjuicio de la ciudadanía violentando el principio de razonabilidad, también es posible que los jueces, juezas y órganos administrativos, al momento de tomar una decisión, ignoren el principio de razonabilidad, adoptando o aplicando regulaciones contrarias a este.

En el libro *Interpretación constitucional*¹ se propone una definición del principio de razonabilidad que refleja lo que hemos mencionado en el párrafo anterior:

Es aquel que exige que al interpretar la norma se haga con espíritu de justicia, en función del interés colectivo, que aun protegiendo el interés particular exige que toda limitación a los bienes y derechos que así resulte debe ser adecuada, en relación a los fines constitucionalmente legítimos, lo menos perjudicial a esos bienes y derechos y que las ventajas superen los sacrificios tanto con respecto a los titulares de los derechos, como para los ciudadanos en general, dentro del marco de los valores constitucionales...

Para continuar con el abordaje del principio de razonabilidad debemos atender la noción de debido proceso. El Tribunal Constitucional, en su sentencia TC/0331/14, señala que:

El debido proceso es un principio jurídico procesal que reconoce que toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, mediante las cuales se procura asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso que se lleve a cabo en su contra, permitiéndole tener la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juzgador, es por ello que, la Constitución lo consagra como un derecho fundamental...².

Podemos distinguir dos sentidos del debido proceso que se han constituido en dos grandes garantías constitucionales distintas: un sentido procesal (debido proceso adjetivo para los Estados Unidos de Norteamérica, proceso justo o derecho al debido proceso en otros países) el cual ha sido denominado por la República Dominicana como debido proceso y que implica una garantía de ciertas formas procesales; y, además, un sentido axiológico (debido proceso sustantivo, para los Estados Unidos de

1 Escrito por Domingo Rafael Vásquez Correa, Hermógenes Acosta de los Santos y Domingo Gil, 1.^a edición, agosto 2020 ©Escuela Nacional de la Judicatura, 2020.

2 Tribunal Constitucional, TC/0331/14, 22 de diciembre de 2014, literal g), p. 18.

Norteamérica, criterio de razonabilidad de las leyes, garantía de racional y justo procedimiento o el principio de debido proceso sustantivo para otros países).

Dentro de este sentido axiológico y como componente del debido proceso sustantivo encontramos el principio de razonabilidad. En el pasado se abordaba la razonabilidad como una condición. Hoy la razonabilidad es considerada como un principio, una necesidad *sine qua non* indispensable para las funciones de los poderes constituidos que, más allá de la protección a sus potestades, busca evitar el desborde de facultades y sujetarlas a razones de necesidad y utilidad que se correspondan con el espíritu de la Constitución y con el fin de la medida, evitando así la afectación de derechos y la arbitrariedad, que es lo contrario a decidir bajo parámetros de razonabilidad.

En los Estados Unidos aparece la razonabilidad a partir del 15 de diciembre de 1791, con la V enmienda para la Federación y el 9 de julio de 1868, con la XIV enmienda para los estados, estableciendo un debido proceso legal para la privación de la libertad o la propiedad. Este proceso legal constituyó un camino para lograr una decisión con fines y medios adecuados. Todo debía estar amparado en un proceso establecido en la ley.

Durante mucho tiempo este precepto fue interpretado por los tribunales en un sentido que, indudablemente, respondía a la intención del legislador, correspondiéndose con una garantía de ciertas formas procesales, pero con el paso del tiempo y alrededor de los años 1880 la interpretación de esta cláusula y el concepto de debido proceso gana profundidad y extensión.

De hablar de una garantía procesal de raigambre constitucional y vinculada al debido proceso legal adjetivo se comenzó a desarrollar y elevar el principio de razonabilidad a la categoría de contenido estimativo y de recurso técnico axiológico, lo cual constituyó una herramienta jurídica que limita a los poderes y entes de derecho público. Desde entonces podemos hablar de la razonabilidad como un patrón para la toma de decisiones y la elaboración de textos legislativos de aplicación general.

Dicho esto, podemos afirmar que el principio de razonabilidad es el límite general fijado por la Constitución para el ejercicio de los poderes constituidos y que tiene como objetivo condicionar la toma de decisión a la necesidad que existe de decidir como se ha hecho y al fin utilizado para adoptar la medida.

El Estado y la sociedad deben asegurar, para ejercicio efectivo de sus libertades, que toda persona pueda contar con la protección de este marco jurídico-político y las posibilidades que la legalidad que emana del él habilita.

Nuestra Constitución consagra en el artículo 40.15 el principio de razonabilidad. Rechaza la arbitrariedad, permitiendo que solo lo razonable sea considerado constitucional. La necesidad de que esto sea así también encuentra fundamento en el mencionado principio de supremacía constitucional, que busca como fin esencial sujetar todo el ordenamiento jurídico a los principios, valores y disposiciones de la carta magna.

Además, el principio de razonabilidad ha sido reconocido en instrumentos internacionales, que por disposición del artículo 74.3 de la carta magna pertenecen al llamando bloque de constitucionalidad y por tanto sus principios y mandatos son aplicables al ordenamiento jurídico dominicano. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que dispone en su artículo 30 lo siguiente:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En el contexto jurisprudencial, las sentencias TC/0044/12, TC/00150/17, entre otras, dictadas por el Tribunal Constitucional, asumen la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional de Colombia para desarrollar un test de razonabilidad que a su vez se divide en test estricto, intermedio o leve y buscar imprimir objetividad al análisis de ese principio. En ese sentido, la sentencia establece lo siguiente:

El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas,

según se trate de un test estricto, intermedio o leve (...) El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto...

Como ya hemos señalado, por el enfoque abstracto del principio de razonabilidad la jurisprudencia ha desarrollado pasos que buscan orientar un análisis más objetivo para la conformidad de una medida con este principio. Estas pautas cuestionan la medida o decisión adoptada y buscan analizar la finalidad, el medio y la relación entre ambos. Cuando se aplica el test de razonabilidad, quien evalúa la razonabilidad se cuestiona el propósito de la norma para determinar su real finalidad, buscando parámetros históricos, políticos y sociales que ayuden a la comprensión del texto escrito por el legislador. En algunos casos por el paso del tiempo esta evaluación debe analizarse desde el punto de vista de la temporalidad de la norma.

Además de esto, se analiza el medio, lo que constituye la forma en la que haya sido adoptada la medida. Es bueno recordar que los procedimientos de debido proceso dieron origen al principio de razonabilidad, por lo cual todo lo que tenga como objetivo analizar disposiciones desde el enfoque de la razonabilidad debe tener un canal de adopción de la norma que sea conforme a derecho. Esto evita que quienes toman decisiones lo hagan asumiendo sus propios medios sin considerar que la Constitución y las leyes establecen cómo dictar leyes, reglamentos o resoluciones. Un ejemplo puede ser que los legisladores decidan restringir derechos por medio de una resolución del Congreso Nacional cuando la Constitución establece en el artículo 74. 2 que solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales.

Finalmente, se evalúa la relación entre ambos aspectos que procura armonizar la visión del legislador con su manera de establecer la medida y evaluar qué tan favorable resulta la medida para alcanzar el fin que ha sido dispuesto. Esto es lo que sirve como armonía entre la medida y el fin y

permite comprobar si la afectación resultó ser razonable en atención a las necesidades existentes.

Con relación a la actividad jurisdiccional y la vinculación del principio de razonabilidad es bueno recordar que la Suprema Corte de Justicia, en una decisión de 1978, afirmó lo siguiente:

Que si el texto legal citado parece conferir a la autoridad aduanera un poder sancionar incondicionado, es preciso declarar que, conforme a la Constitución de la República en su reforma de 1966, toda ley debe ser “justa y útil” (art. 8 inciso 5) lo que confiere a los tribunales la facultad de exigir la condición de razonabilidad en la aplicación de toda ley por los funcionarios públicos, condición que debe alcanzar, sobre todo, aquella que impongan cargas y sanciones de toda índole³.

Con esta jurisprudencia podemos demostrar el alcance del principio de razonabilidad en el ejercicio jurisdiccional. Por mandato del párrafo I del artículo 149 de la Constitución, “la función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Esto supone que el juez está llamado a resolver casos concretos desprendidos de hechos y pruebas. Esta labor envuelve la interpretación de las normas que componen el sistema jurídico.

Al decidir casos concretos el juez se aparta del ejercicio abstracto del principio de razonabilidad; por lo tanto, en la función jurisdiccional no resulta aplicable el principio de razonabilidad a lo decidido por el juez sino a la interpretación de las normas para la solución del conflicto, es decir, a la labor de comprensión de la norma envuelta en la controversia. Es en este sentido que el Tribunal Constitucional, para explicar esta diferencia, estableció en la sentencia TC/00150/17 lo siguiente:

El test de razonabilidad, normalmente aplicado por los tribunales y cortes constitucionales en su labor intelectual, opera en un nivel que trasciende la simple concreción de las normas que llevan a

3 SCJ, 15 de junio de 1978, B. J. 751, p. 1601.

cabo los jueces ordinarios; su rol es penetrar en el aspecto subjetivo y en las condiciones en las que estas (las normas) se producen, sometiendo a un riguroso examen el grado de afectación o limitación que provocan en la esfera de actuación de los ciudadanos a los que va dirigida la actividad normativa, es decir, el órgano jurisdiccional se ve precisado a utilizar los parámetros de razonabilidad en su escrutinio como resolvió el tribunal en la Sentencia TC/0044/12.

La actividad jurisdiccional, en cambio, en la medida que está llamada a resolver casos concretos mediante la aplicación e interpretación de las normas que integran el ordenamiento jurídico, contiene otros elementos. Su labor se aparta considerablemente del control abstracto de constitucionalidad, pues en estos casos el juez no tiene que acudir al análisis del fin buscado, el medio empleado y a la relación medio-fin para resolver la controversia.

El principio de razonabilidad permite hacer lo que la Constitución no prohíbe, respetando los parámetros constitucionales de la razonabilidad. De modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquella sea razonable, justo y válido. Es decir, coherente con una interpretación razonable, ligada al debido proceso.

El valor de la justicia en el entorno republicano está ligado a la regulación de la convivencia a través de sus decisiones. Ellas determinan el cumplimiento cabal de las leyes para la protección y garantía de los derechos. Derecho es, entonces, el límite de la fuerza, para que no se convierta en abuso, la posibilidad óptima de vivir en una sociedad democrática. Su adaptación es precisamente la realización de sus garantías y los avances logrados hasta hoy.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 40, NUMERALES 16 Y 17

POR JUAN FRANCISCO CARVAJAL CABRERA

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

[...]

16) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada y no podrán consistir en trabajos forzados;

Comentario

Las penas y medidas de seguridad como mecanismos de control social

El numeral 16 del artículo 40 de la Constitución dominicana, proclamada por la Asamblea Nacional el 13 de junio del año 2015, se refiere básicamente a las finalidades perseguidas con las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. Se destaca que estas estarán orientadas a la reeducación y reinserción social de la persona procesada que resulte penalmente responsable. En otros términos, esto implica que se persigue que toda persona sometida a proceso penal (que resulte privada del disfrute de la libertad por la comisión de alguna infracción penal), luego de cumplir la pena impuesta, retorne regenerada al seno de la sociedad. A su vez, se advierte que el constituyente ha prohibido como medio de sanción los trabajos forzados, con lo que se persigue la protección de la integridad física y psíquica de todo/a privado/a de libertad.

Se advierte que el numeral 14 del artículo 40 de la Constitución política dominicana encierra conceptos como 1) penas privativas de libertad;

2) medidas de seguridad; 3) reeducación social; 4) reinserción social; 5) persona condenada; y 6) trabajos forzados.

En lo que respecta a los trabajos forzados, se precisa decir que era un tipo de pena que tuvo vigente en nuestro país hasta que se dictó por el Congreso Nacional la Ley núm. 224, sobre Régimen Penitenciario, del 26 de junio de 1984. El artículo 1 de la referida ley dispone que las penas privativas de libertad tienen como objeto la protección social y la readaptación de la persona condenada. Esto, a su vez, implica que fue interés del legislador que, mientras se encuentren bajo el régimen penitenciario, se dé a los seres humanos privados de libertad una educación adecuada y acorde con los progresos científicos imperantes en el mundo libre, lo que naturalmente permitirá su adecuada reinserción social una vez retornen a su estado de libertad. Por tanto, al proclamarse la Constitución dominicana en fecha 26 de enero del 2010, y mantenerse en similares términos el artículo 40, numeral 16, en su posterior reforma del 13 de junio del 2015, los trabajos forzados han sido expulsados como pena de nuestro derecho y, consecuentemente, la ley que los prohibió en 1984 viene a formar parte del bloque de constitucionalidad. Es decir que se trata de una norma que se coloca a la misma altura de la ley fundamental respecto del particular, puesto que está dirigida a la protección de la integridad física y psíquica de la persona condenada. De ahí que las únicas penas que resultan aplicables por la comisión de alguna infracción penal son las demás que contemplen las leyes penales vigentes.

Finalidades de las penas y medidas de seguridad

Conforme a la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, se entiende por “Pena o condena privativa de libertad: La privación de libertad, previamente prevista en la ley, impuesta en virtud de un proceso al condenado o condenada responsable de una infracción penal, mediante sentencia irrevocable, por un tiempo determinado”. En tanto que entiende por “Multa: Pena, generalmente accesoria, de carácter pecuniario”. (Resolución núm. 296-2005).

En términos generales, las penas hay que entenderlas como sanciones que se imponen a alguien por el incumplimiento de algún mandato

normativo y, consecuentemente, con ello se persigue el mantenimiento del orden en un determinado conglomerado social, por tanto, se necesita que haya alguna causa o justificación para su imposición. En orden similar han sido concebidas las medidas de seguridad, con la variante de que, aunque apartan a un ser humano en particular del seno social, se advierte que lo hacen por fines muy distintos a los perseguidos con las penas.

Respecto de las medidas de seguridad ha sido sostenido: “que... constituyen una irrupción en los derechos de las personas propiamente tales, tienen como objetivo el aseguramiento de ella”¹. Este autor critica tal restricción a la libertad personal basado en que resulta injusto castigar a un sujeto que no es responsable del delito cometido. Agrega que solo puede aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que ha llevado a cabo un hecho típico y antijurídico y siempre que existan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas. Da como ejemplo que, según la gravedad, puede imponerse al enajenado mental la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia o tratamiento, al tiempo que advierte que en ningún caso puede llevarse a cabo en un establecimiento carcelario.

En el caso de la República Dominicana, conforme a la Suprema Corte de Justicia, se ha de entender por “Medidas de Seguridad: aquellas medidas complementarias o sustitutivas de las penas aplicables a imputados que por sus particulares circunstancias personales son inimputables, por lo que no es procedente la aplicación de pena”. A su vez, son “Penas y medidas accesorias: Aquellas que acompañan a la pena principal, de privación de libertad, como son las costas, restitución de los objetos secuestrados, el decomiso y destrucción del cuerpo del delito (Resolución núm. 296-2005).

Se puede observar que las medidas de seguridad son una seria irrupción en los derechos fundamentales de la persona afectada con su aplicación, ya que se encuentra de por medio su integridad personal, y se advierte que se persigue evitar que pongan en peligro a otras personas. Por tanto, este tipo de restricción la ha de imponer la autoridad correspondiente a individuos que tienen serias afectaciones a su salud mental y que en determinadas circunstancias han quebrantado alguna norma penal que implique que su estadía en libertad plena sería un peligro para otros seres humanos y para

1 Chahuán Sarrás (2002, pp. 387-388)

ellos mismos. De ahí que su uso ha de ser excepcional, por tanto, resultan menos frecuentes que las penas.

Se precisa volver al análisis de las penas, puesto que estas son más comunes que las medidas de seguridad. Respecto del fundamento de la pena, Báez García afirma²:

El fundamento de la pena se configura como un conjunto de escalonado de decisiones político-criminales, basadas todas ellas en los presupuestos ya citados, y que pretenden legitimarse en motivos utilitarios. El objetivo inmediato es evitar los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, y se legitima por la necesidad de mantener el orden social básico.

Al margen de las críticas que se hayan hecho tanto a las penas privativas de libertad como a las medidas de seguridad, no se discute que se trata de restricciones de derechos fundamentales al amparo de la Constitución. Ahora bien, tal restricción para ser legítima ha de emanar de la jurisdicción, entendida esta como los jueces y tribunales habilitados por las leyes a tales fines, que en el caso de la República Dominicana son los penales. En este orden refiere el autor citado lo siguiente:

Las penas privativas de libertad tienen como propósito privar o limitar la libertad de una persona e virtud de la decisión de un juez consignado en la ley. Esta privación de libertad tiene que estar bajo el control o vigilancia de una autoridad administrativa. El cumplimiento adecuado de una sentencia condenatoria está bajo el cuidado del Juez de la Ejecución de la Pena. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deben estar organizadas bajo el fundamento de humanidad descartando en su ejecución todo cuanto sea dañino para la dignidad humana, tomando en cuenta que el interno, aunque sea un condenado, forma parte de la sociedad con pleno ejercicio de sus derechos exceptuando aquellos suspendidos o limitados como consecuencia de la sanción penal³.

2 BÁEZ, Rafael. *La ejecución de la pena*: Santo Domingo, Blanco y Prieto, Servicios Bibliográficos, 2017, pp. 43-44.

3 *Ibid.*, p. 45.

Es abundante la literatura respecto de los fines de las penas. Sobre el particular ha sido sostenido:

En cuanto a las teorías de la pena, que ilustran sobre su finalidad, sabemos que existen las *teorías absolutista*, para las cuales la pena tiene su justificación en sí mismas, conforme a Kant y Hegel. Las *teorías relativas* se subdividen en las de la *protección general* y la *prevención especial*, que ubican la finalidad preventiva en la comunidad no criminal que se disuade, o en el sujeto que sufre la pena para que no repita en el futuro su conducta, respectivamente. Las *teorías mixtas* intentan un juego dialéctico partiendo de las teorías absolutas, para luego aplicar elementos de las relativas. Una de sus variantes es la que ha asigna a la pena todas las finalidades, pero ubicadas en las instancias legislativa, judicial y de ejecución⁴.

Al margen de la teoría que se prefiera, no cabe duda alguna de que las penas y medidas de seguridad tienen como objetivos el retorno e integración a la sociedad de toda persona condenada, una vez que haya cumplido el tiempo de la sanción impuesta. En este orden ha sostenido el Tribunal Constitucional dominicano lo que se expresa a continuación:

v. En efecto, existe evidencia de que los órganos especializados para suministrar las informaciones referentes a las fichas de ciudadanos, han incursionado en falta al no suministrarle al recurrente la certificación de no antecedentes penales solicitada, ya que el motivo principal de la ficha penal que existe registrado a nombre del recurrente, fue cumplido por el mismo con una pena privativa de libertad de 5 años, y a pesar de haber cumplido una condena definitiva, hoy luego de más de 20 años de cumplida la referida condena y tampoco haber incursionado nueva vez en delito alguno, a la fecha no se le otorgue una certificación de no antecedentes penales, cuando el cumplimiento de la pena por medio de sentencia definitiva según el citado artículo 40.16 de nuestra Consti-

4 ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminología*: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1998, pp. 111-112.

tución, indica que, “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada*” es decir que cumplida la condena se entiende que el condenado ha sido reeducado y reinsertado socialmente en la sociedad⁵.

Se trata de una jurisprudencia constante o precedente del Tribunal Constitucional, ya que el mismo criterio es referido en el fundamento “t” de la sentencia TC/0615/19 del 26 de diciembre del 2019, en los mismos términos indicados.

Se advierte del razonamiento anterior que las penas no han de eternizarse y que, por demás, hay un derecho al olvido a favor de la persona afectada por el dictado de una condena o medida de seguridad. Es decir que el hecho la privación o restricción de la libertad personal no ha de surtir efectos *a posteriori* que afecten la dignidad de la persona procesada penalmente, pues ella sigue siendo sujeto de derecho durante y después del proceso penal. Esto ha planteado un serio debate en cuanto al manejo de las fichas o registros públicos relacionados con los antecedentes penales, los cuales generalmente se encuentran a cargo del Ministerio Público y de la Policía Nacional. Aunque los registros de los órganos encargados de la persecución penal son parte esencial de la política criminal del Estado, han de estar condicionados a que no se afecte otros derechos de la persona condenada penalmente. En este orden, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha fijado precedente:

q)... aun tratándose de un condenado a penas privativas de libertad, puede ser mantenido soportando de por vida el fardo de antecedentes penales destacados en registros de acceso público, lo que constituye un serio obstáculo para el ejercicio de importantes prerrogativas ciudadanas, en especial el derecho a no ser discriminado pudiendo, en determinados casos, generar daños irreparables⁶.

5 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0237/15, del 20 de agosto del 2015.

6 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0027/13, 6 de marzo de 2013. Con relación a este precedente véase el fundamento “y” de la sentencia TC/0237/15, dictada por el mismo tribunal.

Con este razonar el Tribunal Constitucional dominicano sentó un sólido criterio respecto del manejo de las fichas o registros públicos relacionados con los antecedentes penales. Sin embargo, dejó sentado por igual, de manera meridiana en la misma sentencia, lo siguiente: “r) Sin embargo, lo expresado en el párrafo anterior no implica que las entidades del Estado, responsables de la investigación de los crímenes y delitos, no puedan preservar un archivo de informaciones que le permita hacer consultas al momento de cumplir sus funciones”.

En otros términos, la exclusión de la ficha en nada implica que se borren los antecedentes de la persona condenada penalmente o sometida a alguna medida de seguridad, sino que, no se han de usar de manera indiscriminada o de manera tal que ello implique alguna discriminación, atentado a su dignidad o a la afectación de derechos fundamentales, muy particularmente después de haber cumplido la sanción impuesta.

Control jurisdiccional de las penas y medidas de seguridad

La imposición de las penas y medidas de seguridad, si bien son monopolio del Estado, no le está encomendada a todas las autoridades públicas. Del estudio del artículo 40, numeral 16, de la carta magna se deriva que lesionan tanto la libertad como la seguridad personales; en consecuencia, solamente la sede jurisdiccional (en atribuciones penales), puede imponerlas luego de la celebración de un juicio oral, público y contradictorio en que se haya observado de manera plena el debido proceso previsto en las disposiciones combinadas de los artículos 68 y 69 de la Constitución de la República, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución núm. 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977 y publicada en la Gaceta oficial núm. 9460 del 11 de febrero de 1978. Esto conlleva naturalmente que se permitiese el ejercicio de los recursos correspondientes a la persona condenada y que la sentencia correspondiente haya adquirido firmeza (autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada).

Tanto el constituyente como el legislador ordinario se han encargado de establecer los postulados bajo los cuales a una persona se le podría privar o limitar su libertad y con cuáles fines, a un punto tal que, aún luego de

que se pronuncia tal privación o restricción en observancia del debido proceso, se ha de vigilar que se logren sus fines en sede jurisdiccional, ya que la privación o restricción de la libertad no constituye un fin en sí mismo, sino que persigue como objeto esencial la reinserción social o reeducación de la persona condenada.

En el estado actual de nuestro derecho, las penas están previstas en el Código Penal de 1884, sin perjuicio de las leyes que lo complementan, y del contenido del Código para el Sistema de Protección de los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, instituido mediante Ley 136-03 del 2003.

Se ha de retener, en consecuencia, que al instante de la imposición de la pena no se procede a ello en forma mecánica o mediante un mero ejercicio matemático, pues la sede jurisdiccional ha de tomar en cuenta una serie de parámetros o criterios para que exista un justo equilibrio entre la corrección encargada al Estado como órgano persecutor de las infracciones penales y las posibilidades de reinserción social de la persona condenada. En este orden, el Código Procesal Penal dominicano, instituido mediante la Ley 76-02 del año 2002, ha dispuesto en su artículo 339 lo siguiente:

ARTÍCULO 339.- Criterios para la Determinación de la Pena. Al momento de fijar la pena, el tribunal toma en consideración, los siguientes elementos:

- 1) El grado de participación del imputado en la realización de la infracción, sus móviles y su conducta posterior al hecho;
- 2) Las características personales del imputado, su educación, su situación económica y familiar, sus oportunidades laborales y de superación personal;
- 3) Las pautas culturales del grupo al que pertenece el imputado;
- 4) El contexto social y cultural donde se cometió la infracción;
- 5) El efecto futuro de la condena en relación al imputado y a sus familiares, y sus posibilidades reales de reinserción social;
- 6) El estado de las cárceles y las condiciones reales de cumplimiento de la pena;
- 7) La gravedad del daño causado en la víctima, su familia o la sociedad en general.

Del texto precedente se advierte que las penas no se deben imponer de manera arbitraria, sino razonada, lo cual es aplicable a las medidas de seguridad. Esto es debido a que ellas están dirigidas a la protección de la persona humana, como de los derechos fundamentales, y su efectividad queda a cargo de las autoridades del Estado. En este orden, en alusión a un criterio jurisprudencial, Fermín Ramírez en sus cometarios a la Constitución de la República proclamada en el año 2002, refiere que ha sido fallado por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana que "... la seguridad individual, que es uno de los medios fijados por la propia Ley Fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas humanas, es decir de la persona física, única capaz de incurrir en delito, protección que es proclamada precisamente en la parte capital del canon constitucional, para as persecuciones de carácter penal que puedan afectarla..." (B. J. 1100, pp. 9-10)⁷.

En ese orden es preciso exponer que, cuando se trata de penas o medidas de seguridad, estas no se pueden aplicar de espaldas a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, puesto que estos forman parte de nuestro derecho interno a la luz de los artículos 26 y 74 de la Constitución en vigor.

En realidad, las penas, ya sean de multa o privativas de libertad, no son un fin en sí mismo, sino que están dirigidas a preservar la paz de la comunidad y retornar a la persona condenada al seno de la sociedad de la manera más razonable y provechosa posible. Esta es la razón por la cual, tanto al instante de su imposición como de su ejecución, toda pena queda sometida al control jurisdiccional (de los jueces de juicio oral en lo penal y de ejecución de la pena, según corresponda). La doctrina ha sido enfática respecto del particular, y ha sostenido:

Las penas privativas de libertad tienen como propósito privar o limitar la libertad de una persona en virtud de una decisión del juez consignado en la ley penal. Esta privación de la libertad tiene que estar bajo el control y vigilancia de una autoridad administrativa.

7 FERMÍN RAMÍREZ, Frank Reynaldo. *Constitución de la República Dominicana. Anotada, ordenada, sistematizada y actualizada octubre del 2002, conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y los tratados debidamente ratificados por el Congreso dominicano*: Santo Domingo, Editorial Advocatus, 2003, p. 11.

El cumplimiento adecuado de la sentencia condenatoria está bajo el control del juez de ejecución de la pena. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deben estar organizadas bajo el fundamento de humanidad, descartando en su ejecución todo cuando sea dañino para la dignidad humana, tomando en cuenta que el interno aunque sea un condenado forma parte de la sociedad con pleno ejercicio de sus derechos, exceptuando aquellos perdidos, excluidos o limitados como consecuencia de la sanción penal⁸.

El hecho de que la pena o medida de seguridad sea impuesta en sede jurisdiccional, es decir, por un juez competente, en nada implica que no deba de ser vigilado por el mismo órgano jurisdiccional. La razón de que exista el juez de la ejecución penal o de la ejecución de la sanción está justificada por el hecho de que la persona condenada no es un objeto del proceso, sino que una vez declarado culpable de manera definitiva e irrevocable, o sea, por resolución con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, únicamente se le ha de restringir de los derechos humanos y fundamentales que afecta el fallo de que se trate. Por tanto, el cumplimiento de la privación o restricción de la libertad ha de ser judicializada, con lo cual se garantiza que no habrá afectación de derechos no restringidos, y por demás que se cumplirá la sanción conforme con la dignidad humana y que se lograrán la reeducación y reinserción social de la persona condenada.

Respecto de las restricciones de derechos que pueden emanar del dictado de una sentencia penal, el Tribunal Constitucional dominicano ha expuesto que hay una serie de derechos intangibles. En este orden, ha expresado lo siguiente:

En ese sentido, la citada dimensión de los derechos de las personas sometidas a un proceso judicial fueron abordados por este colegiado en su Sentencia TC/0555/17, del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), en la que precisó: *l. Es importante destacar, que toda persona, sin importar su situación, se encuentra amparada por derechos constitucionales que no pueden ser objeto de restricción*

8 SOSA PÉREZ, Rosalía, *et al. Constitución comentada*: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2011, p. 80.

durante su estadía en prisión. Se trata de derechos como el derecho a la vida, derecho a la salud, integridad personal, dignidad humana, el honor personal, entre otros. m. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional comparada clasifica los derechos fundamentales de los internos en tres grupos: (i) aquellos derechos suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción y los derechos políticos, como el derecho al voto. (ii) los derechos intocables, conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano; son ejemplo de estos: el derecho a la vida y el derecho al debido proceso, y por último, (iii) se encuentran los derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles.

Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la educación. Respecto de los derechos fundamentales de los reclusos que admiten restricción, es importante tener en cuenta que su limitación es constitucionalmente válida en la medida en que se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. n. En este tenor, para la jurisprudencia constitucional ha sido claro que en el contexto de un Estado social de derecho le está permitido al Estado suspenderles a algunos ciudadanos, en condiciones muy especiales, su derecho a la libertad, pero esto implica como contrapartida, que el Estado debe garantizarle a estas personas, las condiciones necesarias para una vida digna, por cuanto que, las mismas se encuentran en situación de especial vulneración, lo cual surge tanto de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, así como del sistema de protección de los derechos humanos⁹.

9 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0377/19, 20 de septiembre de 2019, en el fundamento “qq” (cursivas del texto original).

No hay duda de que al instante en que se impone o ejecuta una pena, como cualquier medida de seguridad, el órgano jurisdiccional de encuentra limitado por el principio de supremacía constitucional y, además, por el principio de legalidad. En cuanto a este último, el artículo 4 del Código Penal dominicano dispone lo siguiente: “Art. 4.- Las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión”. En tanto que, en orden similar, establece el artículo 7 del Código Procesal Penal dominicano:

Artículo 7.- Legalidad del Proceso. Nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además en todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales.

Con ello se persigue humanizar las penas y medidas de seguridad para respetar el debido proceso, así como lograr los fines de tales restricciones, que son básicamente la reeducación y la reinserción social de la persona condenada o sometida a medida de seguridad.

Para de lograr los fines constitucionalmente perseguidos con las penas y medidas de seguridad (la reeducación y reinserción social de la persona condenada), se han previsto en el ordenamiento procesal penal dominicano diversas figuras, entre las que destacan las siguientes: 1) el juez de la ejecución de la pena, el cual es el encargado de aplicar la Ley 224, sobre Régimen Penitenciario, y dirimir toda controversia respecto de las personas condenadas por sentencia irrevocable; 2) la libertad condicional, conforme a la Ley 164 del 14 de octubre de 1980; 3) el perdón judicial, según el artículo 340 del Código Procesal Penal; 4) la prescripción de las penas (artículo 439 del Código Procesal Penal); 5) la suspensión condicional de la pena (artículo 341 del Código Procesal Penal), y 6) la suspensión condicional del procedimiento (artículo 40 del Código Procesal Penal).

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que la imposición de la pena y toda afectación de la libertad personal es un tema del derecho interno y también del derecho internacional de los derechos humanos, ya que trasciende las fronteras nacionales; pero siempre se ha de perseguir la reinser-

ción social de la persona condenada, no importa en qué país se imponga la sanción. A propósito del control preventivo del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República Dominicana y la República de Panamá, el Tribunal Constitucional dominicano ha sostenido:

10.5. Este tipo de acuerdos bilaterales son suscritos para fomentar la cooperación judicial y son basados en principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el entendido de que cuando una persona cumple una condena en el país de su nacionalidad, facilita y conlleva también una mejor integración de dicha persona a la sociedad¹⁰.

El artículo 74 de la Constitución nacional establece la forma de interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en ella, en cuanto dispone en los numerales 3 y 4 lo siguiente:

3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

En realidad, resulta coherente con la protección de la persona humana condenada al anterior criterio del Tribunal Constitucional dominicano (sentado mediante sentencia TC/0074/18), ya que nuestro país es un Estado miembro de la comunidad internacional y por lo tanto reconoce y aplica el derecho internacional general y americano. Tal como se desprende del mandato del artículo 26 de la Constitución de la República, tanto las penas como las medidas de seguridad han de ser humanizadas, lo que equivale a decir que en su aplicación y cumplimiento se ha de proteger la dignidad

¹⁰ Tribunal Constitucional, sentencia TC/0074/18, 23 de marzo de 2018.

humana, lo que implica respetar la integridad física y psíquica de toda persona a la que se le haya aplicado alguna de estas restricciones que por igual afecte cualquier otro derecho humano o fundamental que no haya sido restringido por la resolución judicial dictada al efecto.

Al instante en que se impone una pena o sanción restrictiva de la libertad personal, se ha de respetar el principio de juicio previo. En este orden, la doctrina más socorrida ha sostenido:

La promesa constitucional de un juicio previo, ante jueces imparciales y con arreglo del derecho de defensa, cobra sentido como institución política cultural solo si se le visualiza como exigencia previa a la aplicación de una pena. La sentencia judicial de condena es el único fundamento válido para la actuación del poder penal material del Estado. En otras palabras, no hay derecho a castigar en ausencia de sentencia judicial firme derivada de un juicio desarrollado en la forma señalada por la norma sustantiva¹¹.

En resumidas cuentas, toda pena privativa de libertad o medida de seguridad ha de ajustarse al mandato de la Constitución de la República, así como a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a fin de que no se vulnere la dignidad de la persona afectada. Esto implica la observancia de una serie de principios como el de Estado social y democrático de derecho, debido proceso de ley, jurisdiccionalidad y legalidad.

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

[...]

17) En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad.

11 OLIVARES GRULLÓN, Felíz Damián (*et al.*). *La constitucionalización del proceso penal*, 2.^a ed.: Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2021, p. 75.

Comentario

A modo de introducción

El numeral 17 del artículo 40 de la Constitución política dominicana reconoce que las autoridades del Estado están facultadas legalmente para imponer sanciones administrativas, pero en ningún modo pueden afectar la libertad de movimiento de las personas. Dicho de otra manera, se advierte desde la ley fundamental de la nación una prohibición absoluta de legislar para que la Administración pública, en ejercicio de su potestad sancionadora, pueda restringir la libertad personal ni de forma directa (principal) ni subsidiaria (secundaria).

Ahora bien, resulta válido advertir que lo que se hace en el referido artículo es proteger la libertad personal para que esta no sea afectada mediante la potestad sancionadora que las leyes otorgan a la Administración pública. Este mandato constitucional, lejos de impedir la sanción administrativa lo que hace es a establecer su excepción.

Al margen del sistema de gobierno imperante en toda sociedad, desde siempre se ha ejercido esa potestad sancionadora de la administración. En ese orden ha sido sostenido:

En este caso, al interior el aparato público la Administración aparece como el complejo orgánico que puede garantizar un cierto orden, responder a estas demandas sociales y dar protección de bienes jurídicos supra-individuales, ejerciendo entre otras herramientas, un poder punitivo directo. En este escenario, la sanción administrativa no sólo es una herencia histórica, sino que se trata de una herramienta que debe ser reforzada y estimulada como uno de los principales mecanismos de acción del aparato público¹².

12 CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUANATE LIZANA, Eduardo. "Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la administración". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012, 2.º semestre), p. 342.

Naturaleza, fines y características del derecho administrativo sancionador

Cordero, E.¹³ sostiene: “... la sanción administrativa es un mal infligido por un órgano administrativo que supone una conducta ilícita por parte del particular y una finalidad esencialmente represora”. Esta definición permite afirmar que el derecho administrativo sancionador se caracteriza por tener una estrecha relación con el derecho penal. Esta es la razón principal por la que diversos autores coinciden en que la sede de la sanción administrativa sean de aplicar y reconocer los mismos principios que se aplican ante el derecho penal, a fin de que se respeten las mismas garantías.

Ahora bien, al margen de su naturaleza, fines y características, cuando el Estado ejerce el *ius puniend*, entiéndase que aplica su política represiva o de persecución de las infracciones en contra de su ordenamiento legal, ha de hacerlo dentro de las limitaciones impuestas constitucionalmente, lo que implica respetar la dignidad humana de la persona sometida ante la administración.

Pero se debe de aclarar que lo expuesto en nada implica que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal sean del todo similares, sino que podrían tener un tronco común, el cual radica en la persecución de las infracciones contra el Estado y ciertos particulares, pero mediante mecanismos muy diferenciados, pues hay infracciones de naturaleza administrativa que se distancian mucho de los fines del derecho penal. Muestra de ello son las infracciones de naturaleza disciplinaria. En este orden se precisa exponer que, en alusión al Tribunal Constitucional chileno, Cordero Quinzacara afirma:

... el Tribunal sostiene que la actividad disciplinaria no forma parte del *ius puniendi* del Estado, ni tiene por objeto la prevención general de sujetos indeterminados, sino la disciplina de quienes cumplen una determinada función pública y quedan por ello sujeto a

13 Citado por CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er. Semestre), p. 401.

especiales obligaciones cuyo cumplimiento resulta necesario para el buen funcionamiento de un órgano del Estado, todo ello en base a sus respectivos estatutos¹⁴.

Esto nos permite sostener que en virtud del principio de reserva de ley, el cual es de raigambre constitucional, le corresponde al legislador ordinario establecer cuáles infracciones son perseguibles y sancionables por el derecho penal y cuáles mediante el derecho administrativo, y, dentro de estas últimas, establecer aquellas que a su juicio serían de mera índole disciplinaria.

Generalidades sobre la potestad sancionadora de las autoridades públicas

La potestad sancionadora siempre ha sido facultad de quien desempeña alguna autoridad. Esto permite adelantar que la ejerce el gobernante sobre el gobernado. Modernamente se advierte que, aunque el ejecutivo o presidente de la nación conserva atribuciones sancionadoras sobre los gobernados o administrados, ellas se encuentran sometidas al debido proceso legal y pueden ser revisadas a petición de parte interesada en sede jurisdiccional. Sin embargo, la facultad sancionadora de la administración no descansa únicamente en el Gobierno central (presidente o ejecutivo), sino que las constituciones y leyes especiales han disgregado tales facultades en diversos funcionarios, instituciones y ministerios o secretarías de Estado (sin perjuicio de las facultades de los organismos autónomos del Estado), a fin de hacer más operativo el sistema de gobierno y la separación de los poderes.

Al margen de a quién le asista la facultad sancionadora, esta no puede ser ejercida de manera arbitraria. En consecuencia, toda decisión dictada al efecto ha de estar debidamente fundada, lo que equivale a decir que debe ser debidamente motivada, lo cual es consustancial al debido proceso y va más allá de la administración misma, puesto que el debido proceso abarca la sede jurisdiccional, tal como se desprende del artículo 69, numeral 10, de la Constitución dominicana. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional dominicano ha sostenido lo siguiente:

14 Ibid., p. 420.

z. Cabe recordar que este colegiado ha perfilado una serie de lineamientos generales que deben observar los tribunales al momento de dictar sus decisiones, con el fin de concretizar toda una corriente que han venido desarrollando otras jurisdicciones constitucionales en relación con la necesidad de que las decisiones judiciales se fundamenten en razonamientos y consideraciones vinculadas al punto de objeto de ponderación, como una de las garantías que integran el debido proceso y la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 69 de la Constitución [Sentencia TC/0009/13, del once (11) de febrero de dos mil trece (2013)]¹⁵.

Límites a la potestad sancionadora establecida por las leyes a cargo de la Administración pública

En el artículo en comentario (40.17, constitucional) se establece que al instante en que se ejerce la potestad sancionadora de las autoridades públicas (que tienen a su cargo la administración del Estado), se tocan aspectos punitivos; pero estos no son de naturaleza penal, sino administrativa, pues justamente es por ello que hay una disposición expresa de que no se ha de afectar la libertad cuando se sanciona a una persona por alguna infracción de esta naturaleza. En el mismo orden de ideas, al realizar un análisis al artículo 25 de la Constitución española, el cual es el equivalente al 40 numeral 17 de la Constitución dominicana, ha sido sostenido que “el hecho de que se haya constitucionalizado la potestad sancionatoria de la administración no significa que se prohíba que la administración sancione, sino que las sanciones sean de privación de libertad”¹⁶.

Además de la limitante a la afectación a la libertad personal, el poder sancionador que ejerce la administración del Estado se encuentra con serias restricciones u obstáculos sustanciales. En este orden, la Constitución de la República dispone en su artículo 139, que “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

15 Ver sentencia TC/0377/19, 20 de septiembre de 2019.

16 VILLA SANA, Rangel. “Los principios Generales de la potestad sancionatoria de la administración y su relación con el derecho disciplinario”. En línea: www.juridicas.unam.mx (consultado el 17 de mayo de 2021), p. 794.

la ley”. En tanto que, en similar orden de ideas, el artículo 69, numeral 10, de la ley fundamental dispone que “las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Del análisis conjunto de los indicados textos constitucionales se advierte que toda actividad sancionadora (sin perjuicio de otros), ha de regirse por ciertos principios esenciales o cardinales. A saber: a) principio de legalidad; b) principio de acceso a la justicia, y c) principio del debido proceso de ley.

La facultad sancionadora que ha conferido el constituyente dominicano a la autoridad administrativa mediante el artículo 40, numeral 17, no es un mero capricho de nuestro derecho. Tanto la doctrina nacional como la legislación constitucional comparada han tratado la cuestión. En ese orden ha sido expresado que “en el derecho constitucional español la actividad sancionadora del Estado contra los particulares se establece en forma general en el art. 25.1: ‘nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento’”¹⁷.

Un claro ejemplo de los ámbitos en que se ejercen las potestades punitivas desde los órganos de la administración estatal lo constituye el artículo 32 del Código Tributario (Ley 11-92) de la República Dominicana, el cual establece:

Artículo 32.- Facultades de la Administración Tributaria. De acuerdo con lo establecido por este Código, la Administración Tributaria, para el cumplimiento de sus fines, estará investida de las siguientes facultades: a) Facultad normativa. b) Facultad de inspección y fiscalización. c) Facultad de determinación. d) Facultad sancionatoria.

Se advierte del recién citado artículo del Código Tributario que ninguna de las facultades atribuidas a la Administración conlleva la restricción o afectación de la libertad personal cuando se persiguen las infracciones correspondientes. En este orden sostiene la doctrina dominicana:

17 FERNÁNDEZ ESTRELLA, Aracelis Altagracia. *El derecho administrativo sancionador para la protección del medio ambiente. Análisis de los ordenamientos jurídicos español y dominicano*: Santo Domingo, Ediciones Capeldom, Fundación Pellerano y Herrera, 2012, p. 133.

A la Administración Pública, para el cumplimiento de sus fines, se le faculta tanto en el aspecto disciplinario como en el aspecto correctivo o gubernativo de imponer sanciones en virtud de una infracción administrativa. La finalidad de la sanción administrativa es la de garantizar el mantenimiento del orden jurídico tanto de la sociedad como de la propia organización pública mediante la observación de todas aquellas conductas contrarias al mismo. La sanción la impone el administrador mediante un procedimiento administrativo previamente establecido¹⁸.

Ciertamente, en lo que respecta a la redacción del artículo 40, numeral 17, de la carta magna dominicana no cabe lugar a duda alguna de que el Estado ejerce una actividad sancionadora contra los gobernados. Esta labor no debe verse de manera aislada, sino conjuntamente con el mandato de las disposiciones combinadas de los artículos 164, 165, 166 y 167 de la misma ley fundamental, que crean la jurisdicción contencioso-administrativa integrada por tribunales judiciales. Esto permite que las actividades sancionadoras de la Administración puedan ser debatidas en sede jurisdiccional, de conformidad con la ley.

Se advierte una determinación indiscutible por el constituyente dominicano de que todo acto de la Administración que afecte los derechos fundamentales de las personas gobernadas pueda ser debatido en sede jurisdiccional (ante los tribunales de justicia correspondientes), y que se observen allí las debidas garantías, particularmente todo lo relativo al debido proceso. En este tenor, en alusión al Tribunal Constitucional del Chile, han expuesto Cordero Quinzacara, y Alduanate Lizana lo siguiente:

... el Tribunal Constitucional no plantea reparo ni cuestionamiento alguno respecto de la constitucionalidad de las sanciones administrativas. Todo lo contrario, considera legítimo que el legislador le confiera estos poderes a los órganos de la Administración, aunque siempre sujeto a la revisión judicial ulterior. Al efecto, ha señalado: “[...] si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo,

18 SOSA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 81.

determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable para el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o que, habiéndolo sido, tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente. Así lo consagra nuestro sistema al permitir que se recurra de las respectivas decisiones administrativas ante los tribunales, cuestión que no sólo está consagrada a nivel legal, sino que también, con mayor jerarquía, en la propia Constitución Política (artículo 38, inciso segundo)". (Considerando 6° de la sentencia rol N° 792, de 3 de enero de 2008). Sin embargo, el Tribunal Constitucional omite cualquier pronunciamiento respecto de los fundamentos constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración¹⁹.

De lo anterior se establece que en toda sociedad organizada se necesita de leyes (entiéndase normas en sentido general), para que se resguarde el Estado social y democrático de derecho. No en vano se establecen en el artículo 7 de la Constitución dominicana los principios de Estado social y democrático, como la separación de los poderes, lo cual conlleva al respeto de los derechos fundamentales, y muy particularmente la dignidad humana, con lo que se persigue como objetivo la justicia colectiva y la paz ciudadana.

En el caso dominicano, el presidente de la República es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas (FF. AA) y de la Policía Nacional (P. N.) de conformidad con la Constitución vigente. Esto implica que el primer mandatario de la nación ejerce facultades para el ascenso y retiro de sus miembros; sin embargo, se trata de una facultad limitada. Al respecto ha expuesto el Tribunal Constitucional dominicano lo que se expresa a continuación:

Llegados a este punto, conviene recordar que la discrecionalidad que la Constitución reconoce al Presidente de la República no es absoluta y, por el contrario, encuentra límites en la naturaleza del Estado Social y Democrático de Derecho vigente entre nosotros

19 Cordero Quinzacara, y Alduanate Lizana, *ob. cit.*, p. 344.

desde la entrada en vigencia de la actual Constitución del veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010)²⁰.

Se advierte de lo expuesto que el ejecutivo de la nación ejerce poderes de discrecionalidad sobre los miembros de los cuerpos armados bajo su mando, sin que esto implique que se trate de facultades ilimitadas. En referencia a la jurisprudencia comparada, ha expuesto el Tribunal Constitucional dominicano, en cuanto al particular:

x) En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009), al establecer que “la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto²¹.

Siendo más específicos, en cuanto a los límites de la potestad sancionadora del Estado, en lo que respecta al derecho interno dominicano, fue votada la Ley 107-13, sobre los Derechos de las personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial 10722 del 8 de agosto de 2013. Es digno subrayar que, respecto de la buena administración y de los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración pública, se enuncian unas series de derechos de los administrados en el artículo 4 de esta ley, entre los que cabe destacar el derecho a la tutela administrativa efectiva, la debida motivación de las resoluciones administrativas, el plazo razonable e interponer recurso ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa. Se advierte que tales derechos, referidos de manera enunciativa, son una especie de contrapeso a la facultad sancionadora de la Admi-

20 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0048/12 8 de octubre de 2012, fundamento “u”.

21 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0048/12, 8 de octubre de 2012, fundamento “x”.

nistración pública, por tanto se ha permitido judicializar sus actuaciones, y la suerte de tal proceder se lleva ante jueces independientes e imparciales, lo que es cónsono con el Estado social y democrático de derecho que refiere la Constitución de la República en su artículo 7.

Las limitaciones a la facultad sancionadora que le han sido impuestas a la Administración pública operan como una protección a favor del administrado, dada la presunción de validez de los actos que se emiten en nombre del Estado. A esto se refiere el artículo 10 de la ley citada: “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional de conformidad a esta ley”. En alusión a tal presunción de validez, refiere Freud Mena²² lo siguiente:

También conocida como presunción de legitimidad del acto administrativo, lo cual implica la suposición de que el acto ha sido dictado con apego a las normas jurídicas que debieron condicionar su dictado es una presunción de buena fe que posee la Administración en sus actuaciones. La administración debe ser poseedora de este requisito a los fines de poder ejercer sus potestades, ya que la misma no puede estar sujeta a que sus actos puedan ser validados por otros entes públicos o que cuando los mismos sean atacados se suspenda su ejecución hasta tanto no sea constatada dicha validez por el órgano correspondiente. La Ley entiende que el acto administrativo ha respetado *a priori* los elementos y condiciones impuestos por la norma jurídica. Esta presunción es *juris tantum* (de hecho), y solo podrá ser descartada la misma a través de la interposición de los recursos por parte de los administrados que se sientan afectados por el mismo.

En realidad la comentada ley viene a hacer operativos los derechos de los administrados frente a la Administración pública, ya que su objeto, conforme al artículo 15, es establecer aquellas normas comunes a los procedimientos administrativos, con lo que naturalmente se persigue una

22 FREUD MENA, Sigmund. *Ley 107-13 (Comentada y anotada) Sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de procedimiento administrativo*: Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2016, p. 273.

administración uniforme en la que no se violenten los derechos e intereses de las personas. Esto sin lugar a duda llena un vacío normativo y lleva a la práctica los mandatos del constituyente dominicano del año 2010. Respecto del particular ha comentado Concepción Acosta lo siguiente:

Se desprenden del precitado artículo, se encuentra el mandato constitucional dirigido al legislador para establecer el debido marco legal a través del cual debe producirse las resoluciones y actos administrativos (artículo 138.2 de la Constitución). Es decir, en virtud de este numeral, la Constitución establece la obligación ineludible del Estado de crear la normativa jurídica que regule el procedimiento administrativo, contribuyendo a romper con la inercia que tradicionalmente ha afectado al legislador dominicano en el desarrollo de un estatuto especial y completo sobre las actuaciones de la Administración Pública. De aquí podemos llegar a una conclusión importante, que conforme a este mandato legal que se sustenta en el artículo 138 de la Constitución, el procedimiento administrativo es un derecho-garantía constitucional exigible en todas las actuaciones de la Administración Pública, con independencia del ámbito específico y especial del ente público, por lo que la ley en cuestión es de aplicación general²³.

Se advierte, por tanto, que las actuaciones de la Administración pública frente a los particulares (administrados), aunque tienen fines legítimos que sin duda alguna son de raigambre constitucional y se amparan bajo la presunción de la buena fe, se encuentran limitadas por el debido proceso de ley, pues, de lo contrario, se podría ver comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado y del servidor público actuante, conforme prevé la carta magna dominicana en su artículo 148. Naturalmente, para ello se han de reunir determinados requisitos. A propósito de ello, la doctrina jurisprudencial sostiene que han de ser los siguientes: a) una conducta que implique una falta al provenir de una acción u omisión antijurídica de la

23 CONCEPCIÓN ACOSTA, Flanklin. *Apuntada Ley No. 107-13, sobre los Derechos de las personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo*: Santo Domingo, Impresora Soto Castillo, 2016, pp. 350-351.

Administración; b) que esta conducta haya originado un daño a una persona; y c) el vínculo de causalidad que debe existir entre la falta y el daño²⁴.

A modo de conclusión

En realidad, los términos en que se encuentra redactado el numeral 17 del artículo 40 de la Constitución de la República implica una limitación a la potestad sancionadora de los órganos de administración y a las autoridades del Estado designadas al efecto, en el entendido de que no les está permitido aplicar sanciones que en ningún modo impliquen privación o restricción de la libertad personal. Es decir, a la Administración únicamente se le permite afectar el patrimonio, bienes personales y de similares naturalezas, siempre que ello no implique restricción de la libertad de la persona ni mucho menos una grave afectación de su dignidad. Esto implica que han de tener siempre observancia plena al debido proceso. No se ha de olvidar que el precedente del Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia TC/020/17 del 11 de enero del 2017, cuando infirió “(...) las garantías mínimas establecidas en el artículo 69 de la Constitución de la República se aplican a todo el proceso sancionatorio administrativo”²⁵.

Dicho de otro modo, toda norma que permitiese a la Administración pública imponer sanciones que en forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad no surtirá ningún efecto por atentar contra el mandato constitucional del artículo 40, numeral 17, de nuestra ley suprema, tal y como se advierte de su artículo 6, que dispone el principio de supremacía constitucional, pues salvo los casos de flagrante delito, únicamente las autoridades judiciales competentes (jueces constitucionales) pueden disponer tal restricción, dado el principio de separación de los poderes que reina en nuestra sociedad.

24 SCJ, 3.ª Sala, fecha 24 de febrero del 2021, núm. 033-2021-SSen-00120, fundamento 18, *in fine*, p. 12.

25 Tribunal Constitucional, TC/020/17 del 11 de enero del 2017, p. 12.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 41 Y 42

POR HENRY V. DOMÍNGUEZ D.

Artículo 41.- Prohibición de la esclavitud. Se prohíben en todas sus formas, la esclavitud, la servidumbre, la trata y el tráfico de personas.

Comentario

La prohibición de la esclavitud data, como abordaremos más adelante, desde el nacimiento de mismo de la república. El vocablo —esclavitud— al que se refiere la Constitución en el sentido de prohibición, como concepción genérica y más conocida, resultaría, tal vez, un poco impropio para estos tiempos tomando en cuenta las características que conforman la esclavitud a la que desde tiempos remotos se persigue prohibir; sin embargo, para mejor comprensión de lo que pretendemos significar, resulta conveniente escudriñar sus orígenes y desarrollo desde la época antigua hasta los tiempos actuales.

Esclavitud: noción

El *Diccionario de la lengua española* define la esclavitud como la “sujeción excesiva por la cual se ve sometida una persona a otra, o a un trabajo u obligación”¹.

La esclavitud es un acto de apropiación o retención, otrora considerado legal, de una persona sobre otra, siendo esta la forma más común en toda su extensión literal y legítimamente autorizada en gran parte de la historia de la humanidad. Así entendido, debemos asociar la esclavitud a la sumisión, servidumbre, sujeción, sometimiento, vasallaje y dependencia de un ser humano sobre otro.

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>, 2021.

La esclavitud ha estado presente en casi todas las sociedades a lo largo de la historia de la humanidad. En el transcurso de los tiempos se afirma el concepto histórico de la esclavitud como una institución en la cual un ser humano tiene la propiedad de otro ser humano, es decir, en el contexto histórico hacemos referencia a una institución socialmente aceptada, en que ese afirma el concepto de esclavo como un bien semoviente, como parte de la masa patrimonial del amo².

Por otro lado, la “esclavitud”, tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición³.

Haciendo una conexión entre el trabajo y las labores propiamente consideradas como esclavistas, Suarez explica:

La primera manifestación de trabajo por cuenta ajena, la encontramos con la aparición de la esclavitud. Obviamente, el esclavo no era un trabajador, pero era alguien que trabajaba para que otro se beneficiara del resultado de su esfuerzo. Precisamente, esa fue la razón de ser de la esclavitud⁴.

Esclavitud: origen

A ciencia cierta no hay un punto de partida preciso para establecer el surgimiento de la esclavitud como actividad cotidiana entre los humanos. Sobre las primeras muestras y pruebas de la existencia de la esclavitud en la antigüedad, Marín, expone:

Los primeros escritos en los que se tiene constancia de la presencia de esclavos fue en Mesopotamia y también ocurrió en el Antiguo Egipto. Grecia y Roma fueron sociedades basadas en el esclavismo. En la Grecia de Aristóteles era la garantía para que los hombres

2 CORREA DA SILVA, W. *Forma Contemporánea de Esclavitud: Trata de Mujeres*. 30 de septiembre de 2011. 481 p. [Tesis Doctoral inédita en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Cum Laude] Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla. Disponible en: <https://bit.ly/3J9yviz>, p. 2, consultado el 13 de julio de 2022.

3 Naciones Unidas. Convención sobre la esclavitud, Ginebra, 5 de septiembre de 1926, disponible en <https://bit.ly/3vcG5TO>, consultado el 20 de julio de 2022.

4 SUÁREZ, J. A. “Los aportes del pacto colectivo al derecho dominicano del trabajo”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, año V, núm. 58 (1989), pp. 336-337.

libres pudieran dedicarse a la política y se consideraba como un fenómeno natural. En Roma hubo tres guerras contra los esclavos (una de ellas contra Espartaco). Con la transición del esclavismo al feudalismo, a partir de la crisis del siglo III, la mayor parte de la fuerza de trabajo ya no era esclava sino sierva. En el mundo musulmán y en Bizancio se mantuvo la tradición esclavista⁵.

Sobre el origen de la esclavitud, se señala que el surgimiento de los conflictos bélicos entre los pueblos trajo como resultado que entre batallas y batallas algunos combatientes fueran tomados como rehenes o prisioneros y luego fueran comercializados como esclavos. Así lo explica Welton, citando al historiador Keegan, al apuntar que “nadie sabe cómo y cuándo comenzó la esclavitud y el comercio de esclavos, pero se especula que probablemente fue parte del ordenamiento social acostumbrado en las antiguas sociedades pastorales y pueblos de las estepas, y que probablemente se intensificó con la llegada del carro de guerra en el segundo milenio antes de cristo”⁶. De forma escueta, Suárez también hace referencia a las secuelas de las guerras entre los pueblos y la relación que guardan con el surgimiento de la esclavitud al referir que “el hombre, vencedor de una guerra, se dio cuenta, que era más útil y más productivo conservar vivo al vencido y someterlo a la esclavitud que matarlo, como se estilaba en la época”⁷.

La esclavitud: extensión

La práctica de la esclavitud en la época antigua estuvo generalizada a nivel mundial, aunque desplegada con ciertas diferencias acorde a la ubicación territorial, constándose que la esclavitud aparece en las grandes civilizaciones antiguas, como la de Grecia, Roma, India y China y en los pueblos del norte de Europa y en África, desde Angola, Zambia y Mozambique hasta Sudáfrica y en la península arábiga. Estas sociedades consideraban a los esclavos como seres inferiores.

5 MARÍN, I. “Historia de la esclavitud”. *Cultura Científica UTPL* (24 de octubre de 2018). Disponible en <https://bit.ly/3bajKiY>, consultado el 13 de julio de 2022.

6 WELTON, M. “Derecho internacional y la esclavitud”. *Military Review* (2008). Hispanoamericana Combined Arms Center, Fort Leavenworth, Kansas. Disponible en: <https://bit.ly/3z3H5Lp>, consultado el 20 de julio de 2022, p. 166.

7 Ob. cit., p. 337.

La esclavitud se hizo costumbre y posteriormente se estableció legalmente, por lo que la práctica esclavista se asumía como un asunto totalmente normal. De ahí que una persona pasaba a ser propiedad de otra y ese propietario tenía tanto derechos sobre él como lo podía tener sobre cualquier otro bien de su patrimonio. El esclavo cumplía un rol muy importante dentro de su organización económica, principalmente como mano de obra en las minas y en los campos agrícolas. El comercio de esclavos fue una actividad muy relevante para las economías de las sociedades de la época.

La antigua Roma no puede entenderse sin tener en cuenta la esclavitud. Los esclavos realizaban un gran número de tareas cotidianas para sus amos, desde los trabajos más pesados en el campo hasta la educación de los hijos de la nobleza. Dependiendo de cuáles fueran dichas tareas, los esclavos posiblemente estaban destinados a morir como tales; pero si sobrevivían lo suficiente y tenían algo de suerte, podían recuperar la libertad y convertirse en libertos⁸.

En el Imperio romano los esclavos no solamente se conseguían como consecuencia de las secuelas de las guerras, sino que los hijos de los esclavos nacían bajo su misma condición. Otra forma de esclavizar a una persona, aunque un poco incomprensible, se daba cuando una persona libre se convertía en esclavo por una deuda que no podía pagar, es decir, un deudor con problemas de pago pasaba, en caso de incumplimiento, a ser propiedad, esclavo, de su acreedor; no obstante, en caso de que el deudor pagara la deuda conseguía nueva vez su condición de persona libre y era denominado “liberto”.

Un liberto era un antiguo esclavo que había sido liberado de su servidumbre y se había convertido en un ciudadano libre. Aun así, no tenía el mismo estatus ni los mismos derechos que un ingenuo —es decir, alguien que nunca había caído en la esclavitud— y sería para siempre un antiguo esclavo. Pero eso no significaba que no pudiera llegar a ser alguien importante; al contrario: muchos libertos alcanzaron una posición social y una riqueza superiores incluso a los de la mayoría de plebeyos⁹.

8 *National Geographic en Español*. Disponible en: <https://bit.ly/3J4YCHo>, consultado el 23 de julio de 2022.

9 GONZÁLEZ, A. “Esclavitud en la antigua Roma: Libertos romanos, la vida después de la esclavitud”. *National Geographic*. Disponible en <https://bit.ly/3PX6CMX>, consultado el 21 de julio de 2022.

Asimismo, se confirma que en estas civilizaciones en las que, si bien estuvo presente la esclavitud, sin embargo, su organización y desarrollo económico no solo se sustentaba en esta. Tal es el caso de civilizaciones como la de la antigua India y China; en ellas la agricultura era trabajada mayoritariamente por campesinos libres, mientras que los esclavos se utilizaban para servir de manera personal a los nobles o trabajaban en construcciones públicas bajo las órdenes del Estado.

La esclavitud en América

Al arribar al siglo XV, la caída de Constantinopla bajo el dominio de los turcos otomanos¹⁰, acaecida a mediados del 1453, resultó ser un acontecimiento histórico que dio al traste con el último vestigio del Imperio romano de Oriente y que definió también el fin de la Edad Media en Europa. Esto obligó a los países europeos a buscar nuevas rutas comerciales que los entrelazaran con la India, y es así como llegan a explorar y colonizar el sur de África y con esto se introducirían los esclavos africanos al continente europeo. Posteriormente, llegarían al continente americano.

Entre los siglos XVI y XIX la esclavitud era una institución muy importante a lo largo del continente americano, pero estas no eran sociedades únicamente esclavistas, ya que durante este período la esclavitud persistía con otras formas de organización económica, por ejemplo, con la encomienda¹¹.

El comercio triangular entre Europa, África y América apareció a partir del siglo XVI. Las mayores naciones negreras fueron Inglaterra, Portugal,

10 El Imperio otomano, que tuvo vigencia desde el año 1299 hasta el 1923, fue uno de los grandes imperios de Occidente. En su época de máximo esplendor ocupó extensos territorios de Europa, África y Asia. Surgió a finales del siglo XIII cuando, desde uno de los pequeños Estados turcos establecidos en la península de Anatolia, el bey Osman u Othman I, conquistó uno a uno a todos los demás y comenzó a presionar sobre los territorios ocupados por el Imperio bizantino. La conquista de ese imperio, concretada con la caída de Constantinopla en 1453, cambió la dinámica entre Europa y Asia y suele considerarse como el fin de la Edad Media y el comienzo de una nueva etapa histórica. Mientras fue una monarquía absoluta, la sociedad otomana estaba compuesta por súbditos que tenían dos categorías: los funcionarios, militares y sacerdotes, asociados directamente al sultán y los trabajadores, como los campesinos, artesanos y comerciantes que eran la mayor parte de la población y pagaban impuestos. También existían numerosos esclavos obtenidos de los territorios conquistados y a través del comercio. (*Enciclopedia de la Historia*).

11 La encomienda fue una institución implementada por los conquistadores españoles durante la colonización en América, para sacar provecho del trabajo indígena. Consistía en la entrega de un grupo de indios a un español para que este los protegiera, educara y evangelizara. Aquellos debían pagar un tributo como obligación de “vasallos” de la Corona, retribuyendo de esta manera los servicios prestados por el encomendero. Generalmente, este tributo se pagaba con trabajo, pero existieron diferencias regionales. (*Revista de la Historia*).

España y Francia. Al principio del descubrimiento de América se esclavizó a la población americana pero las autoridades españolas lo prohibieron (gracias principalmente a Bartolomé de las Casas). Así que se importaron los africanos, a los que se les consideraba animales sin alma¹².

Esclavitud en la isla Hispaniola

En la época de la colonia la isla Hispaniola fue el centro principal de operaciones de la Corona española en América, de ahí que la esclavitud no fuera una excepción en la isla. En ese tenor, Lora establece: “La esclavitud fue una de las instituciones de explotación humana con mayor duración e influencia en el desarrollo de la colonia española que se constituiría posteriormente en la República Dominicana”¹³.

La consumación de la esclavitud en la isla Hispaniola se llevó a cabo con la llegada misma de los colonizadores. Así lo explica Lora:

Este sistema estuvo vigente desde los primeros momentos de la colonización, habiendo constancia de que ya en 1502 con Nicolás de Ovando empezaron a llegar los primeros esclavizados africanos. Sin olvidar que los indígenas sometidos a encomiendas podían ser considerados esclavizados. Por lo tanto, se puede decir que en 1822 terminaban 330 años de esclavitud en la parte oriental de la isla¹⁴.

Declive de la esclavitud

La caída del Imperio romano trajo consigo la formación de los feudos medievales como una nueva forma de organización económica. En los feudos los campos agrícolas eran trabajados no por los esclavos, sino por los siervos; sin embargo, esto no significaría la desaparición de la esclavitud, ya que persistiría, aunque en menor medida, principalmente en los pueblos del norte de Europa.

12 MARÍN, *loc. cit.*

13 LORA, Q. “La conquista olvidada. La abolición de la esclavitud y su importancia para la historia dominicana”. Grupo de Trabajo Clacso. Crisis, respuestas y alternativas en el Gran Caribe. *Boletín Caribes*, año 2 núm. 3 (agosto-diciembre 2020), p. 18, disponible en <https://bit.ly/3csYjtU>.

14 *Ibid.*, pp. 18-19.

A partir del Renacimiento¹⁵, la esclavitud se convertiría en una actividad económica cada vez menos rentable. Los cambios sociales económicos que se presentaron entre este tiempo y el siglo XVIII hacían que cada vez fuese más costoso mantener a los esclavos, en comparación con las nuevas formas de trabajo que iban apareciendo. Además, se incrementaron los grupos civiles y religiosos que exigían la prohibición de la esclavitud. Por estos motivos, entre finales del siglo XVIII y principio del XIX muchos países europeos llegaron a prohibir la esclavitud y el comercio de esclavos.

La abolición de la esclavitud se produjo en distintas épocas y en diferentes países. Se produjo de forma secuencial en más de una etapa, por ejemplo: como abolición del comercio de esclavos en un país específico y luego como abolición de la esclavitud en todos los imperios. Cada etapa solía ser el resultado de una ley o acción independiente.

La prohibición de la esclavitud en la República Dominicana

La abolición o prohibición de la esclavitud en la República Dominicana, hoy establecida de manera expresa en el artículo 41 de nuestra carta magna, se dispuso precisamente por mandato constitucional y surge con la fundación misma de nuestra república. Así, tenemos que en el artículo 14 de la Constitución del 1844 se estableció que “los dominicanos nacen y permanecen libres e iguales en derecho, y todos son admisibles a los empleos públicos, estando para siempre abolida la esclavitud”.

Sobre la abolición de la esclavitud en la isla Hispaniola, Lora señala:

El 9 de febrero de 1822 se considera la fecha en la que quedó formalmente abolida la esclavitud en la parte Este de la isla Hispaniola. Esta abolición puede ser considerada un producto de la Revolución Haitiana y con ella finalmente toda la isla fue formalmente libre, y sería el único territorio americano sin esclavitud¹⁶.

15 El Renacimiento fue un movimiento artístico-cultural que, desde Italia, se extendió por Europa Occidental a partir del siglo XV. Fue la manifestación cultural de un cambio en la mentalidad europea que pasó de una concepción de mundo teocéntrica, propia del periodo medieval, a una antropocéntrica. Este cambio, manifestado en la corriente filosófica humanista, se considera el inicio de la Edad Moderna. El pensamiento antropocéntrico ponía énfasis en la facultad humana para acceder al conocimiento del mundo a través de la razón. En este sentido, las personas del Renacimiento se consideraban herederas de los valores de la cultura griega y romana. El concepto de «renacimiento» hace referencia a la recuperación de esos valores clásicos luego de la Edad Media (*Enciclopedia de la Historia*).

16 LORA, ob. cit., p. 18.

Nuestra carta magna, en lo referente a la prohibición de la esclavitud, es cónsona con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto que en su artículo 4, dispone: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

De igual manera, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece en su artículo 6 lo siguiente:

Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

La esclavitud en la actualidad

La República Islámica de Mauritania, en África, fue el último país en el mundo en abolir la esclavitud, en 1981; sin embargo, desafortunadamente, según denunciaron distintas organizaciones, a pesar de la abolición, en muchas partes de Mauritania seguía habiendo esclavos. Es por esta razón que el gobierno mauritano promulgó una ley, hasta el año de 2007, que penalizaba por primera vez las prácticas esclavistas¹⁷.

Triviño explica y confirma que, aun siendo Mauritania el último país del mundo en abolir la esclavitud, esta no fue declarada ilegal hasta el año 2007, es decir, 26 años después de haberla prohibido. Pese a los compromisos establecidos con la comunidad internacional y el negacionismo del gobierno mauritano, en este país todavía existe la esclavitud. De acuerdo con organizaciones locales como el IRA y SOS Slaves que lucharon en las calles para lograr la abolición de la esclavitud hace 39 años, alrededor del 20 % de la población mauritana sigue viviendo bajo algún tipo de esclavitud¹⁸.

¹⁷ *National Geographic en Español*, 2022.

¹⁸ TRIVIÑO, M. P. “Mauritana, el país donde todavía hay esclavos”. Anadolu Agency (25 de noviembre de 2020). Disponible en <https://bit.ly/3cKl3Wt>, consultado el 26 de julio de 2022.

Desafortunadamente, la esclavitud no es un vestigio del pasado, sino una realidad que está en estos momentos muy presente, adquiriendo formas diferentes a lo largo de los años. Hoy persiste tanto en su forma tradicional como en otras nuevas modalidades.

La esclavitud antigua, esa que implica posesión, manejo y dominio de un individuo sobre otro, no tiene cabida en la actualidad. Hoy no se concibe que un ser humano sirva como siervo a otro y menos que pueda ser comercializado (vendido o comprado) como si se tratara de un objeto de comercio. Ese tipo de esclavitud ha sido abolido a nivel mundial y entendemos que pertenece al pasado y ahí permanecerá, aunque, excepcionalmente, hay países que hoy tienen prácticas similares a la esclavitud antigua. Por ejemplo, en Corea del Norte actualmente se desarrollan actividades propias de la esclavitud antigua y en la República Islámica de Mauritania aún quedan remanentes de esclavitud.

A propósito de Corea del Norte, la organización Walk Free hace una descripción de lo que en la actualidad está viviendo el pueblo norcoreano, señalando que los ciudadanos están obligados a trabajar, pero no pueden elegir sus empleos, tampoco pueden dejarlos ni resistirse a una explotación laboral impuesta por el Estado; además, no esperan un pago por sus servicios. A menudo soportan la responsabilidad de pagar por sus empleos oficiales y aportar los bienes que no pueden producirse en el lugar de trabajo. Se encuentran atrapados en un sistema que es autoritario, represivo y que atrapa a sus trabajadores en deudas que, en la práctica, son casi imposibles de devolver. Esta es una forma de esclavitud moderna de la que escapar es de todo menos posible, y, si se intenta, es duramente castigado¹⁹.

Como la abolición de la esclavitud data de hace más de 150 años, podríamos pensar que esta problemática ya no es parte de la sociedad actual, pues con la emergencia de los valores de dignidad y respeto a la persona, los derechos humanos quedarían garantizados. No obstante, el tema rebota a la agenda internacional mediante un nuevo contexto, la forma contemporánea de esclavitud, y llama la atención particularmente el tráfico de seres humanos²⁰.

19 Walk Free Foundation. *The Global Slavery Index 2018*. Disponible en <https://bit.ly/3z84prd>, consultado el 16 de julio de 2022.

20 CORREA DA SILVA, ob. cit., p. 4.

Finalmente, la importancia de que ya no exista la esclavitud y de que el Estado dominicano sea garante de que esa práctica aberrante jamás se permita nueva vez en la sociedad, es que el ser humano jamás volverá a ser considerado jurídicamente como una cosa, como un objeto y, muy especialmente, la garantía de que, sin importar raza, credo, color de piel, sexo o estrato social, sus derechos siempre les serán reconocidos, con la sola condición de ser una persona.

La trata, el tráfico de personas y otras actividades como forma análoga a la esclavitud antigua

La forma de esclavitud antigua quedó en el pasado, pero hay actividades del ser humano que parecen propias de una mutación, con características y condiciones muy semejantes a la esclavitud tradicional o antigua, de ahí que pudiéramos denominar como esclavitud moderna la trata, el tráfico de persona, el trabajo forzoso o el trabajo infantil; cada una de estas actividades implican, de una u otra forma, el manejo, la posesión de la voluntad del individuo.

Walk Free, grupo internacional de derechos humanos centrado en la erradicación de la esclavitud moderna, en todas sus formas, al referirse a las actividades que pueden asimilarse a la esclavitud, señala:

La esclavitud moderna es un delito oculto que afecta a todos los países del mundo. La esclavitud moderna se ha detectado en muchas industrias, como la fabricación de prendas de vestir, la minería y la agricultura, y en muchos contextos, desde casas particulares hasta asentamientos para desplazados internos y refugiados. La esclavitud moderna nos afecta a todos, desde los alimentos que consumimos hasta los bienes que compramos. Es responsabilidad de todos abordar y eliminar este delito allí donde se produzca. La esclavitud moderna abarca un conjunto de conceptos jurídicos específicos que incluyen el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas, el matrimonio forzoso, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, y la trata de personas. Aunque la esclavitud moderna no está definida en la ley, se utiliza como un término general que

centra la atención en los puntos comunes de estos conceptos legales. Esencialmente, se refiere a situaciones de explotación a las que una persona no puede negarse o abandonar debido a las amenazas, la violencia, la coacción, el engaño y/o el abuso de poder²¹.

La esclavitud es definida en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 como el estado o la condición de una persona sobre la que se ejercen todas o algunas de las facultades inherentes al derecho de propiedad. En un tratado posterior, los Estados acordaron que también existen ciertas “prácticas análogas a la esclavitud”: la servidumbre por deudas, el matrimonio forzado o servil, la venta o explotación de niños (incluso en conflictos armados) y la esclavitud basada en la ascendencia.

Trabajo forzoso

Definido como todo trabajo o servicio que se realiza bajo la amenaza de una pena y para el que la persona no se ha ofrecido voluntariamente.

Trabajo infantil

En la República Dominicana el Estado ha establecido a nivel constitucional y de ley sustantiva las políticas de protección de los menores con relación al trabajo infantil. Así, tenemos que el artículo 56, numeral 1, de la Constitución de la república, establece:

Protección de las personas menores de edad. La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes. En consecuencia: 1) Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos por el Estado contra toda forma de

21 Walk Free, *loc. cit.*

abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos²².

De igual modo, nuestro país es signatario del Convenio 182, sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de 1999, aprobada por el Congreso de la República y promulgada el 21 de julio del 2000, el cual señala las situaciones en las que los niños pudieran ser considerados o tratados con formas similares a prácticas esclavistas; por ejemplo: la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

El artículo 34 de la Ley 136-03, Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, regula el trabajo realizado por menores de edad, y al respecto establece:

Derecho a la protección contra la explotación laboral. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección contra la explotación económica. El Estado y la sociedad deben elaborar y ejecutar políticas, planes, programas y medidas de protección tendientes a erradicar el trabajo de los niños y niñas, especialmente los definidos como peores formas de trabajo infantil. La familia debe contribuir al logro de este objetivo. Párrafo.- La protección contra la explotación laboral de niños, niñas y adolescente es responsabilidad del Estado, ejercida a través de la Secretaría de Estado de Trabajo, en coordinación con el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI), quienes se amparan en las disposicio-

22 Constitución de la República Dominicana, 2010.

nes del Código de Trabajo de la República Dominicana, el Convenio 138 de la OIT sobre el Establecimiento de la Edad Mínima de Admisión al Empleo y el Convenio No. 182 sobre la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil y otros instrumentos internacionales ratificados por el país, así como las reglamentaciones y recomendaciones que sobre el trabajo infantil disponga el Comité Directivo Nacional de Lucha contra el Trabajo Infantil.

Como se puede apreciar, la República Dominicana asumió el mandato de la Organización Internacional del Trabajo, creando los mecanismos legales para proteger a los menores de edad y regular lo relativo al trabajo infantil; sin embargo, como se trata de un asunto de orden público, siempre que las autoridades tengan conocimiento de alguna situación que pudiera poner en riesgo la integridad del menor pueden actuar de oficio, lo que implica que de igual manera los particulares que tengan conocimiento de que un menor o menores están siendo explotado laboralmente o realicen labores que puedan ser consideradas como trabajo infantil, tienen la obligación moral de denunciarlo ante las autoridades correspondientes. Lo importante es que nuestro sistema de justicia cuenta con las herramientas legales para combatir este tipo de actividades.

Trata de personas

Nuestro país es signatario de convenios internacionales, entre estos el Protocolo contra la Trata de Personas de las Naciones Unidas, mediante los cuales se ha comprometido a prevenir, perseguir y sancionar la trata. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la Ley 137-03 sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, texto legal que en su artículo 1 define lo que se debe entender y el alcance del término —trata de personas—, señalando que es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, a la fuerza, a la coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o situaciones de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, para que ejerza cualquier forma de explotación sexual, pornografía,

servidumbre por deudas, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o prácticas análogas a esta, o la extracción de órganos.

La esta ley, además de prevenir, perseguir y sancionar a los traficantes, procura proteger a las víctimas tomando en cuenta con carácter puntual que las víctimas generalmente son mujeres, niños, niñas y adolescentes, las cuales, en el caso de mujeres adultas, son engañadas, vendidas y obligadas a realizar trabajos sexuales. Estas víctimas movidas muchas veces por la esperanza de obtener mejoras económicas procuran un mejor futuro de manera personal y para sus familiares. Y en el caso de los niños, niñas y adolescentes, su tráfico está más ligado a la venta de órganos, práctica inhumana y aberrante que todos debemos combatir.

Con motivo de un proceso penal en el que se vio envuelta una menor de edad, fue condenada una persona por violación a la Ley 137-03, sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, y en ese sentido la Suprema Corte de Justicia en cuanto a la trata estableció lo siguiente:

Considerando, que la trata de personas para fines de explotación sexual, alberga todo un amplio catálogo de conductas mucho más graves que el simple proxenetismo, es decir, la Ley núm. 137-03, sanciona cualquier tipo de participación que facilite la explotación sexual de una persona, sin embargo, el tratante, a diferencia del proxeneta, aunque pueda ejercer la misma función, atenta contra las libertades individuales y ambulatorias de la víctima, es decir, esta no puede regirse según sus propias determinaciones, se encuentra cautiva bajo la voluntad del tratante, ya sea bajo amenaza, abuso de poder, fuerza, engaño, etc.; en el caso de la especie, también se ha violentado la indemnidad sexual o falta de capacidad del menor, para ejercer la libertad sexual, por lo que su consentimiento, no tiene validez²³.

La República Dominicana en su más reciente iniciativa en procura de prevenir la trata como delito, firmó el Memorándum de Entendimiento entre los gobiernos de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala,

23 SCJ, 4 de julio de 2016, núm. 81. Disponible en <https://bit.ly/3JNaQ8f>.

Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, mediante el cual se establece el Marco de Acción Regional para el Abordaje Integral del Delito de Trata de Personas en Centroamérica y República Dominicana.

Este memorándum tiene como objetivo llevar a cabo acciones de coordinación y cooperación conjunta para orientar el quehacer de los actores claves de las entidades interinstitucionales de cada país, a fin de contribuir al mejoramiento de la capacidad organizacional para la articulación y concertación de medios y esfuerzos para lograr un eficiente abordaje integral a la trata de personas. De igual manera, los Estados firmantes se comprometen a impulsar el abordaje integral del delito de la trata de persona por medio de la implementación del programa operativo del memorándum, que incluya los lineamientos nacionales para el fortalecimiento de la coordinación institucional para el combate de la trata de personas; los lineamientos regionales para el fortalecimiento de la coordinación institucional para el combate de la trata de personas en Centroamérica; la estrategia regional para la atención integral y el acompañamiento a las víctimas de la trata de personas en Centroamérica; la estrategia regional de comunicación para la prevención de la trata de personas; y otros que la coalición regional estime conveniente.

En la misma línea, los países intervinientes exponen su compromiso con los fines expuestos en la Declaración Conjunta para el Abordaje Integral del Delito de la Trata de Personas en Centroamérica, emitida por las autoridades nacionales rectoras contra la trata de personas de los Gobiernos de las repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, mediante la cual se reafirma a nivel regional la voluntad política de suscribir el presente memorándum de entendimiento, que permitirá desarrollar conjuntamente acciones enfocadas a la atención integral a víctimas, la prevención y combate del delito de la trata de personas, así como reconocer a la Coalición Regional contra la Trata de Personas como la instancia de articulación y coordinación interinstitucional para promover los mecanismos para el abordaje integral del delito de trata de personas²⁴.

24 Sistema de Integración Centroamericana (Sica). Memorándum de Entendimiento entre los gobiernos de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, mediante el cual se establece el Marco de Acción Regional para el Abordaje Integral del Delito de Trata de Personas en Centroamérica y República Dominicana, 13 de febrero de 2015. Disponible <https://bit.ly/3C2Rn1v>, consultado el 10 de agosto de 2022.

De manera previa a su ratificación por el Congreso, este memorándum fue presentado ante el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, a fin de determinar si pasaba el control preventivo de constitucionalidad²⁵ y en tal sentido fue emitida la sentencia TC/0301/15, del 13 de febrero del 2015, mediante la cual se dispuso en su ordinal primero lo siguiente:

Primero: Declarar conforme con la Constitución el “Memorandum [Demandada] de Entendimiento entre los gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, [Demandada] Nicaragua, Panamá y la República Dominicana”, mediante el cual se establece la políticos [Demandada] del “Marco de Acción Regional para el Abordaje Integral del Delito de Trata de Personas en Centroamérica [Demandada] y República Dominicana”, de fecha trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), por las razones anteriormente expuestas.

Este acuerdo fue ratificado por el Congreso Nacional a través de la Resolución 154-2017, publicada en la Gaceta Oficial núm. 10885 del 3 de junio de 2017.

Artículo 42.- Derecho a la integridad personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas. En consecuencia:

- 1) Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o procedimientos vejatorios que impliquen la pérdida o disminución de su salud, o de su integridad física o psíquica;

25 El control de constitucionalidad es el mecanismo jurídico de carácter normativo diseñado por la Constitución para asegurar que las leyes, decretos, resoluciones, tratados o convenios internacionales sean cónsonas con el contenido de la carta magna, con el objetivo de que aquellas que sean contrarias a ella no deban aplicarse, debiendo ser declarada su nulidad o su no aplicación, y declarar conforme aquellas que no la contradigan. Sentencia TC 03101/2015, p. 8.

Comentario

La Constitución de la república, en su artículo 5, hace hincapié en la dignidad humana, al señalar que el fundamento de esta Constitución es el respeto a la dignidad humana. La persona es el principal sujeto que proteger, especialmente su integridad física, sin dejar a un lado su integridad psíquica.

El Estado dominicano cuenta con la legislación penal mediante la cual se sancionan los actos de tortura o barbarie y, conforme a su artículo 303, constituye tortura o acto de barbarie, todo acto realizado con método de investigación criminal, medio intimidatorio, castigo corporal, medida preventiva, sanción penal o cualquiera otro fin que cause a las personas daños o sufrimientos físicos o mentales. Constituye igualmente tortura o acto de barbarie la aplicación de sustancias o métodos tendentes a anular la personalidad o la voluntad de las personas o a disminuir su capacidad física o mental, aun cuando ellos no causen dolor físico o sufrimiento síquico.

Y el artículo 303-4 se refiere a las sanciones de que se impondrán cuando se trate de actos de tortura o barbarie cometidos en circunstancias y por personas especiales; obviamente, estos actos cometidos de manera ordinaria entre particulares.

En relación con los actos de tortura o barbarie que pudieran producirse durante el desarrollo de investigaciones en procesos penales, el Código Procesal Penal ha previsto las prohibiciones y advertencias correspondientes a los funcionarios del Ministerio Público y a los miembros de la Policía Nacional, indicándoles la forma en que deben actuar mientras desarrollan las investigaciones.

Por tanto, al momento en que una persona es considerada como imputada, los numerales 2 y 6 del artículo 95 del Código Procesal Penal prevén que todo imputado tiene, desde que se solicite la aplicación de una medida de coerción o la realización de un anticipo de prueba, derecho a "... 2) Recibir durante el arresto un trato digno y, en consecuencia, a que no se le apliquen métodos que entrañen violencia innecesaria o el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza; [...] 6) En ningún caso puede ser sometido a malos tratos o presión para que renuncie a este derecho ni ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su voluntad".

Asimismo, el artículo 107 señala los métodos que les están prohibidos a los funcionarios del Ministerio Público y a los miembros de la Policía Nacional, o cualquier institución o persona que realice una investigación de un hecho penal, estableciéndoles, entre otras cosas, que la persona investigada no puede ser expuesta a métodos de coacción, amenazas o promesas con el fin de llevarlo a declarar contra su voluntad. También están prohibidas todas las medidas que menoscaben su libertad de decisión, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos; en especial, las violencias corporales o psicológicas, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos o cualquier sustancia que disminuya su capacidad de comprensión o altere su percepción de la realidad, como los sueros de la verdad, detectores de mentiras y la hipnosis. Se prohíbe inducir al imputado a hacer cualquier tipo de declaración mediante el chantaje y la amenaza de sufrir las consecuencias de la declaración de otro imputado.

Siguiendo con la norma procesal penal, en su artículo 276 se establecen los parámetros y principios básicos que deben cumplir los funcionarios de la Policía al momento de arrestar a una persona en los casos autorizados a hacerlo, indicándoles que al momento de realizar el arresto no podrán aplicar, instigar o tolerar actos de tortura, tormentos u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

Finalmente, en el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del cual somos signatarios, también se prohíben las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- 2) Se condena la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas. El Estado garantizará mediante ley la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Comentario

Nuestro país es signatario de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones

Unidas en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979; ratificada y aprobada por el Congreso Nacional a través de la Resolución núm. 582, del 9 de junio del 1982, promulgada el 25 de junio del 1982, Gaceta Oficial núm. 9588 publicada el 30 de junio del 1982. De igual manera, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de la Organización de los Estados Americanos, ratificada y aprobada por el Congreso Nacional a través de la Resolución 14-95, del 26 de octubre del 1995, promulgada el 16 de noviembre del 1995.

En esta convención se resalta lo siguiente: “Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. En su artículo 1 señala: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Como resultados de las convenciones señaladas, la República Dominicana modifica el Código Penal a través de la Ley 24-97, y en uno de los párrafos del preámbulo se lee lo siguiente:

Que la dignidad de la mujer dominicana hace perentoria la existencia de disposiciones legales que definan, tipifiquen y sancionen adecuadamente infracciones que la afecten directamente, con la finalidad de resguardarla y proteger su persona y sus bienes, con una legislación adecuada y eficaz.

Esta ley procura prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y en su artículo 309-1 señala que constituye violencia contra la mujer toda acción o conducta, pública o privada, en razón de su género, que causa daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, mediante el empleo de fuerza física o violencia psicológica, verbal, intimidación o persecución.

La persona que cometiere cualquiera de los actos antes señalados podría ser sancionada con la pena de un año de prisión, por lo menos, y cinco a lo más, y multa de quinientos a cinco mil pesos y la restitución de los bienes destruidos, dañados y ocultados, si fuere el caso. Esa pena pudiera ser

más gravosa y subir a diez años cuando concurren algunas circunstancias, tales como que haya penetración a la casa o en el lugar en que se encuentre albergado el cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente, o pareja consensual; cuando se causare grave daño corporal; cuando el agresor portare arma en circunstancias tales que no conlleven la intención de matar o mutilar; cuando la violencia se ejerciere en presencia de niños, niñas y adolescentes; cuando se acompañen de amenazas de muerte o destrucción de bienes; cuando se restrinja la libertad por cualquier causa que fuere; cuando se cometiere la violación después de haberse dictado orden de protección a favor de la víctima; se indujere, incitarse u obligare a la persona, hombre o mujer, a intoxicarse con bebidas alcohólicas o embriagantes, o drogarse con sustancias controladas o con cualquier medio o sustancia que altere la voluntad de las personas.

En el informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, las Naciones Unidas señala:

224. La violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y un obstáculo o un impedimento para el disfrute de esos derechos. Teniendo en cuenta la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, y la labor de los Relatores Especiales, la violencia basada en el género, como los golpes y otras formas de violencia en el hogar, el maltrato sexual, la esclavitud y explotación sexuales, y la trata internacional de mujeres y niños, la prostitución impuesta y el hostigamiento sexual, así como la violencia contra la mujer derivada de los prejuicios culturales, el racismo y la discriminación racial, la xenofobia, la pornografía, la depuración étnica, el conflicto armado, la ocupación extranjera, el extremismo religioso y antirreligioso y el terrorismo, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y deben eliminarse. Es menester prohibir y eliminar todo aspecto nocivo de ciertas prácticas tradicionales, habituales o modernas que violan los derechos de la mujer. Los gobiernos deben adoptar medidas urgentes para combatir y eliminar todas las formas de violencia contra la mujer en la vida privada y pública, ya sean perpetradas o toleradas por el Estado o por personas privadas.

En el interactuar de la pareja de hoy hay cuadros de violencia que resultan sumamente graves y ponen en riesgo la persona de la mujer, por la diferencia de fuerza entre esta y el hombre, por lo que la mujer requiere de una protección especial a fin de preservar su vida o su integridad física, y debe ser colocada en lugares no conocidos ni accesibles para agresor.

Con esta finalidad se creó la Ley 88-03, mediante la cual se instituyen en todo el territorio nacional las casas de acogida o refugios que servirán de albergue seguro, de manera temporal, a las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia intrafamiliar o doméstica. En sus dos primeros artículos, esta ley dispone:

Artículo 1.- Por medio de la presente ley se instituyen en todo el territorio nacional las Casas de Acogida o Refugios que servirán de albergue seguro, de manera temporal, a las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia intrafamiliar o doméstica.

Artículo 2.- Estas casas o refugios tienen como objetivos principales proteger a las mujeres, niños, niñas y adolescentes de la muerte violenta y/o de agresión física, psicológica o sexual por parte de sus agresores al momento que demandan tal protección a las autoridades correspondientes y ofrecerles apoyo social, legal y de salud.

Si, bien la legislación interna dirige su principales mecanismos a prevenir la violencia intrafamiliar de manera general, sin que haya una mención específica hacia la mujer, salvo el artículo 309-1, antes citado. Es bien sabido que en los cuadros de violencia dentro de la familia (conflictos de parejas) y en la llamada violencia intrafamiliar, la principal víctima es la mujer, es decir, cuando se menciona la violencia intrafamiliar esta se asocia con violencia contra la mujer, la cual puede ser combinada entre violencia física, psicológica y económica.

En ocasión de un proceso penal sobre violencia intrafamiliar manejado por el Ministerio Público en el que los involucrados llegaron a un acuerdo y se decidió archivar o no seguir con el proceso, el esposo imputado había entregado de manera voluntaria al Ministerio Público un arma de fuego y al arribar al acuerdo le solicitó la devolución; el Ministerio Público le negó la entrega y el Ministerio de Interior y Policía le suspendió la licen-

cia de porte y tenencia; el imputado accionó en amparo ante una cámara civil, fundamentando su acción en que la actitud del Ministerio Público es arbitraria, en razón de que llegó a un acuerdo con su esposa y cumplió con su obligación de someterse al proceso de terapia familiar, y obtuvo ganancia de causa, es decir, se le ordenó al Ministerio Público que hiciera la devolución. Sin embargo, ante un recurso de revisión promovido por la Procuraduría General de la República y el Ministerio de Interior y Policía, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia TC/0010/2012 revocó de manera parcial la decisión que otorgó el amparo: dispuso la reposición de la licencia y negó la devolución del arma.

En el relato anterior se verifica una colisión de derechos; por un lado, tenemos el derecho de propiedad del imputado sobre el arma de fuego y por otro lado el derecho de la mujer a recibir protección y la obligación del Estado de evitar las situaciones en que pudiera propagarse la violencia contra la mujer. El Tribunal Constitucional, para justificar la no devolución del arma en cuestión, citando las convenciones en pro de la mujer y de las cuales somos signatarios, ha señalado:

Sin embargo, el hecho cierto e innegable de los preocupantes índices de violencia intrafamiliar y de uxoricidios (muerte causada a la mujer por su marido) de que adolece la sociedad dominicana justifica que, ante una denuncia o querrela, el Ministerio de Interior y Policía o el Ministerio Público incaute cualquier arma de fuego que posea un imputado hasta que sea dictada una sentencia con la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, ya que de no tomarse esta decisión se deja abierta la posibilidad de que la esposa denunciante o querellante pierda la vida, como ha ocurrido en otros casos. En caso de probarse la imputación, la incautación devendrá definitiva, y, en la hipótesis contraria, el arma de fuego deberá ser devuelta. En este contexto, el artículo 7, letras c y d, de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para, 1994) impuso a los Estados suscribientes, como la República Dominicana, la obligación de adoptar medidas administrativas de cualquier índole tendentes a proteger la mujer; norma que, en cuanto a esto último, se corres-

ponde con el artículo 42.2 de la Constitución de la república, y con la Ley Demandada 24/97 que sanciona la violencia intrafamiliar, entre otros tipos penales²⁶.

En este tipo de violencia, no se puede descartar que excepcionalmente pueda resultar el hombre la víctima, pero en un margen muy bajo, por lo que, de manera directa e indirecta, la Ley 24-97 en su mayor contenido protege la figura de la mujer, previniendo y sancionando cualquier tipo de acción que tienda a maltratarla.

A propósito de mujeres maltratadas, la Suprema Corte de Justicia, al emitir el Reglamento para el Manejo de los Medios de Prueba en el Proceso Penal, define el término *síndrome de mujer maltratada* así:

Afección de tipo psicológico, provocada en la mujer por su pareja, por medio de violencia ejercida sobre ésta como patrón de conducta, que por su frecuencia e intensidad ha disminuido su autoestima y anulado su capacidad de percibirse a sí misma como un ente con los valores y derechos inherentes a su condición humana, provocándole una obnubilación total o parcial de sus sentidos²⁷.

Cabe destacar que el Estado dominicano e instituciones privadas, conscientes de que la violencia contra la mujer afecta de manera directa el buen desarrollo y desempeño de la familia y por ende afecta el buen desarrollo de la sociedad y de sus componentes, han asumido de manera seria y contundente los mecanismos necesarios para la implementación y desarrollo de programas que garanticen la prevención y sanción de la violencia contra la mujer.

Sobre el valor que tienen las mujeres dentro de la sociedad y la importancia que implican sobre la familia, en la Cuarta conferencia Mundial sobre la Mujer, las Naciones Unidas en el apartado 29 destacaron lo siguiente:

²⁶ Sentencia TC/0010/12, 2 de mayo de 2012.

²⁷ Suprema Corte de Justicia. Resolución 3869-2006, del 21 de diciembre de 2006, Reglamento para el Manejo de los Medios de Prueba en el Proceso Penal. Disponible en: <https://bit.ly/3ziOSXj>, consultado el 27 de julio de 2022, p. 9.

29. Las mujeres desempeñan una función decisiva en la familia. La familia es el núcleo básico de la sociedad y como tal debe fortalecerse. La familia tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios. En distintos sistemas culturales, políticos y sociales existen diversas formas de familia. Se deben respetar los derechos, capacidades y responsabilidades de los miembros de la familia. Las mujeres hacen una gran contribución al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, cuya importancia todavía no se reconoce ni se considera plenamente. Debe reconocerse la importancia social de la maternidad y de la función de ambos progenitores en la familia, así como en la crianza de los hijos. La crianza de los hijos requiere que los progenitores, las mujeres y los hombres, así como la sociedad en su conjunto, compartan responsabilidades. La maternidad, la condición de progenitor y la función de la mujer en la procreación no deben ser motivo de discriminación ni limitar la plena participación de la mujer en la sociedad. Asimismo, se debe reconocer el importante papel que en muchos países suele desempeñar la mujer en el cuidado de otros miembros de su familia.

Las campañas para proteger a las mujeres y bajar el porcentaje de violencia intrafamiliar han sido numerosas; sin embargo, este tipo de promoción debe mantenerse vigente y aumentarse en todos los ámbitos de la vida nacional, ya que esto contribuirá a crear conciencia de que la secuela de la violencia contra la mujer e intrafamiliar tiene consecuencias negativas que terminan afectando a los que intervienen en los procesos y a la sociedad de forma colectiva.

- 3) Nadie puede ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas. Tampoco a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida.

Comentario

En la República Dominicana todo experimento y procedimiento médico que tenga a una persona como participante deberá estar previamente autorizado por la Comisión Nacional de Bioética en Salud, entidad que mediante Decreto 751-03, del 12 de agosto de 2003, fue designada por el Poder Ejecutivo como asesora del Ministerio de Salud Pública. Esta entidad se encarga de evaluar y autorizar todas las investigaciones y procedimientos de carácter intervencionista que tengan a seres humanos como participantes; tiene como política en su quehacer la preservación y promoción de valores que inciden en la consecución de la vida digna, en calidad, equidad, justicia y libertad, para cada uno de los habitantes de la República Dominicana, conforme al mandato del decreto indicado.

Aunque no pudimos tener constancia sobre si la República Dominicana ha ratificado y asumido la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, lo planteado en esta declaración resulta totalmente aplicable al mandato constitucional de que “nadie puede ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas” y entendemos que cuando se refiere a las normas científicas y bioéticas, también incluye este tipo de acuerdos o convenios internacionales, de los cuales el país tarde o temprano termina ratificando y aplicando en el ordenamiento jurídico. En esta declaración se establece que, cuando se vayan a realizar investigaciones con seres humanos, sobre tratamientos o diagnósticos que involucran el genoma humano, es obligatorio tener el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada; así también se establece que se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias; también la posibilidad de que, si de conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento solo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que obtenga un beneficio directo para su salud y a reserva de autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley.

Una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud solo podrá efectuarse a título excepcional, con la mayor pru-

dencia y procurando no exponer al interesado a un riesgo y una coerción mínima y si la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se efectúe en las condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos individuales.

En cuanto al mandato constitucional de que tampoco la persona podrá ser sometida a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida, obviamente esta disposición se relaciona con aquellos procesos en los que el Ministerio Público o alguna institución estatal deba realizar alguna investigación que involucre a una persona y haya la posibilidad de realizar algún procedimiento a su cuerpo de tipo invasivo.

La normativa procesal penal de nuestro país regula los casos en que se deba intervenir de manera invasiva el cuerpo de un sospechoso, y en ese sentido el artículo 99 del Código Procesal Penal dispone:

Examen corporal. El juez o tribunal competente puede ordenar el examen médico del imputado para la constatación de circunstancias relevantes para la investigación. Son admisibles, siempre con autorización judicial, extracciones de sangre y fluidos en general, además de otros estudios corporales, que deben realizarse preservando la salud del imputado. Excepcionalmente en aquellos casos en que exista peligro en la demora, el ministerio público y sus funcionarios auxiliares tienen la facultad de realizar los peritajes y exámenes, sin atentar contra la dignidad del imputado y con la obligación de informar sin demora innecesaria al juez o tribunal a cargo del procedimiento.

Por otro lado, la Ley 42-01, General de Salud, en su artículo 28, letra j, dispone que:

Todas las personas tienen los siguientes derechos en relación a la salud: [...] j) El derecho a no ser sometido/a a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento escrito o el de la persona

responsable, esto último solo en el caso de que el paciente no esté en capacidad para darlo y siempre que sea en su beneficio.

De igual manera, la ya demandada Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, también dispone que “en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Como disposición concordada y afín con la protección de la integridad física de la persona, la Constitución dispone la protección al derecho fundamental de la dignidad humana, disponiendo que el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

El respeto y protección de la integridad física del ciudadano está estrechamente ligado a evitar cualquier maniobra invasiva de su cuerpo; excepcionalmente, pueden realizarse maniobras autorizadas por un tribunal cuando esté en riesgo la salud o la vida del ciudadano.

Entre los casos excepcionales en que pudiera estar en peligro la vida de la persona estaría alguna investigación del Ministerio Público o alguna agencia estatal en la que, una vez detenida o arrestada la persona, se tenga sospecha de que dentro de su cuerpo pudiera llevar algún tipo de sustancia prohibida (estupefacientes) con la intención de traficarla a otro país. En estos casos, por el grado de urgencia y riesgo de que se afecte la salud del sospechoso, el órgano investigador, conforme a las disposiciones del último párrafo del artículo 99 del Código Procesal Penal, puede disponer la realización de maniobras invasivas procurando que expulse la sustancia que se sospecha lleva en su cuerpo. En caso de que no haya premura, el asunto puede ser planteado a un juez para que pondere otorgar o no la autorización.

Hay que resaltar que lo importante en este tipo de situaciones es que el Estado a través de la Constitución y las leyes garantiza la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, solo pudiéndose realizar algún procedimiento invasivo en su cuerpo en caso de que su vida corra peligro o en su defecto por autorización judicial, la que, en general, se fundamenta precisamente en la preservación, cuidado de la salud e integridad de la persona.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 43

POR BERNABEL MORICETE

Artículo 43.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

Comentario

Parece una obviedad absoluta lo que se plantea en este texto de la Constitución. Las ecuaciones que aquí se tejen parten de las obligaciones recíprocas de no injerencia en la vida de las personas y daría la impresión, a simple vista, de que sería esa la única obligación del Estado respecto a los particulares, y de los particulares entre sí. Si esto fuera enteramente cierto, que no lo es, estaríamos posicionados en el marco de un derecho de simple prestación negativa, que generaría una obligación de abstención por parte de cualquier sujeto obligado con la tutela de este.

En este hilo conceptual entró en algún momento la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-097/94), al establecer que:

El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social¹.

Cabe recordar, con Bernal Pulido, que “la primera repercusión del principio de Estado social en el ámbito de los derechos consistió en la consa-

1 DEL MORAL FERRER, Anabella. “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”. *Cuestiones Jurídicas*, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre 2012, pp. 63-96. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf> [23/06/2022].

gración de disposiciones de derechos de prestación en las Constituciones de los Estados”². Si bien el libre desarrollo de la personalidad en la Constitución dominicana no se ubica bajo el título de los derechos económicos y sociales, es evidente que, al igual que aquellos, se trata de un derecho con un alto contenido de exigencia prestacional³, en cuanto obliga al Estado a proveer medios que permitan satisfacer ese libre desarrollo individual en el marco de un esquema de igualdad y de justicia social. Muy oportuno resulta el planteamiento que en este sentido realiza la Corte Constitucional de Colombia al establecer en su sentencia T-532/92 (párr. 3) que “la autodeterminación se refiere al ser humano y a la potencialidad de desarrollarse según su propia naturaleza y aptitudes y acorde con su dignidad. A diferencia del derecho a la intimidad (CP art. 15), que involucra un derecho a no ser molestado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de status activo que exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”⁴. Esto necesariamente ha de incidir en todas las políticas públicas⁵ que desarrolle el Estado, a fin de garantizar que el libre desarrollo de las personas impactadas por su aplicación se vea favorecido y, por supuesto, nunca afectado de forma irrazonable.

Tempranamente el TC dominicano quiso despejar la titularidad del derecho, estableciendo en su sentencia TC/0245/13 que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es inherente a la persona física. El fallo del TC se pronunciaba al contestar un alegato de que se violentaba este derecho fundamental a una “razón social”; dispuso sobre la cuestión de la titu-

2 BERANL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2.ª ed.: Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 358.

3 La Corte Constitucional de Colombia, citada por Del Moral Ferrer “en decisión T-532/92 estableció: El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad plantea una relación individuo-sociedad-Estado, a partir de la cual debe precisarse el alcance de los derechos, deberes y obligaciones de unos y otros”. DEL MORAL FERRER, ob. cit.

4 Sentencia T-532/92, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-532-92.htm> [consulta 08/07/2022].

5 Nos recuerda Cabral Brea que por políticas públicas debe “entenderse un proceso que integra decisiones, acciones cuerdas e instrumentos, llevado por autoridades públicas con la participación ocasional de los particulares, y orientado a remediar o prevenir un problema”. CABRAL BREA, Mayra Zuleica. *El control de las políticas sociales por parte de los Tribunales Constitucionales: una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano*: Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2021, p. 409.

laridad (fj 10.1.n) que “[e]ste tribunal precisa que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra consagrado en el artículo 43 de la Carta Magna [...], es un derecho que no forma parte de los derechos fundamentales que gozan las razones jurídicas, ya que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es inherente a la persona física”⁶.

Autores como Del Moral Ferrer se preguntan si el supuesto jurídico “libre desarrollo de la personalidad” es en realidad un principio o un derecho⁷. Obviamente, en la inquietud no peca en modo alguno de incauta la experta, pues bien aclara las tendencias a considerar siempre los derechos fundamentales como normas de carácter principialista. La inquietud apunta al carácter abierto de la norma y a la naturaleza difusa del bien jurídico que, en cuanto derecho, está llamado a identificar como objeto de protección. Es necesario apuntar que, respecto a tal distinción, el libre desarrollo de la personalidad en su acepción constitucional se puede llegar a comportar como elemento inmanente del ejercicio de todos los demás derechos, tal y como lo hace el contenido esencial, o el principio de razonabilidad o, por qué no, el imprescindible principio-derecho a la igualdad que navega de manera tan exitosa en los dos campos exhibiendo exitosamente su condición de derecho y sirviendo de guía y motor (principio) para la tutela efectiva de todos los demás derechos.

Para ahondar más el debate sobre la naturaleza de libre desarrollo de la personalidad, se debe observar el doble rasero, de medio y de fin, en que lo enmarca la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta establece, por un lado, en su artículo 22 que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Mientras que el artículo 29 agrega que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. También se extrae ese carácter de finalidad en sí mismo para este proclamado derecho cuando el artículo 8 la propia Constitución dominicana establece como función esencial del Estado disponer los medios “que le permitan

6 TC/0245/13. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%A9a/sentencias/tc024513/>

7 Ídem.

[a la persona] perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social”.

Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, en ausencia de un mandato expreso del Pacto de San José, la CorteIDH extrae la configuración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la combinación de los derechos contemplados en varios de sus artículos, conforme a la naturaleza de los bienes jurídicos que se discuten. Así lo deja ver la CorteIDH cuando, enunciando algunos de los bienes jurídicos con los que interactúa este derecho, expresa que:

115. De conformidad con lo anterior, se puede concluir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18)⁸.

Se puede apreciar el esfuerzo que hace también, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia dominicana (en lo adelante SCJ) en establecer esa interrelación con otros derechos, principios y valores constitucionales, para así alcanzar la identificación de los bienes jurídicos tutelables por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se observa en la sentencia de fecha primero de octubre del 2020 que:

El Derecho al libre desarrollo de la personalidad permitirá a las personas incidir en un tema tan importante para su felicidad y realización personal como sería el tipo de relación de pareja que desea fomentar, siendo determinante a estos efectos la regulación los bienes generados durante el curso de la relación de que se trate. Por otra parte, resulta sin duda necesario proteger a los con-

8 Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A núm. 24. En cuadernillo19.pdf (corteidh.or.cr) [consulta 26/06/2022].

cubinos con respecto a las adversidades que le podría deparar la vida social y que encontrarían alguna justificación en su accionar durante el transcurso de la unión de hecho⁹.

Como se puede observar, la textura abierta que tiene la configuración constitucional de este derecho posibilita un constante ejercicio de adaptación a las circunstancias para asociar su contenido garantista a las múltiples situaciones que puedan afectar el goce de cualquiera de las prerrogativas fundamentales que, de no garantizarse su efectividad, lesionarían, o limitarían, la posibilidad de desarrollo de la persona. Así, se puede afirmar que alcanza este consagrado derecho fundamental el adecuado sitio de principio en sentido estricto, por su capacidad de adaptación a las circunstancias y por constituirse en motor para la exigibilidad de satisfacción de los demás derechos fundamentales.

Precisamente esa necesaria interacción con otros derechos y la proclamada autonomía individual que se pregona en su favor y que se coloca en la base de contenido esencial de este derecho, al identificar como límites de su goce las limitaciones que disponga el ordenamiento jurídico y las que surjan del goce de los derechos de los demás, dificultan cualquier pretendida neutralidad total del Estado y los terceros de no intervención, de dejar ser, en soledad, a la persona. Tutelar este derecho obliga al necesario acompañamiento de acciones de prestación positivas para lograr su fin. Se debe observar que en el mundo de hoy no hay derecho fundamental que no exija de intervención prestacional de los entes obligados para posibilitar un mayor alcance de su esquema de tutela. Derechos como la vida, la libertad religiosa, la libertad de expresión, entre otros de igual naturaleza, tradicionalmente plantearon la no inherencia del Estado ni de los particulares, al enfocarlas como obligaciones de abstención, pues se hablaba de inviolabilidad de la vida, libertad de expresión sin censura previa, libertad religiosa y de culto sin discriminación ni persecución. Sin embargo, probado ha quedado que, para la efectiva protección de tales derechos, se necesitaría el auxilio del Estado y de la sociedad promoviendo y realizando acciones de prestación positiva para posibilitar su ejercicio.

9 SCJ, 1 de octubre 2020, núm. 18, B. J. núm. 1319, p. 237. Disponible en <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/78981>.

Sobre los grados de intervención del Estado y la sociedad en el goce del derecho, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, pues debe armonizarse con el normal funcionamiento de las instituciones y con el ejercicio pacífico de las libertades. Ciertamente, esta Corporación ha sostenido que la escogencia de la opción de vida no puede ser entendida como un mecanismo para eludir las obligaciones sociales o de solidaridad colectiva, pues esto constituiría un abuso de los derechos propios (art. 95 C.P.). Se trata más bien de una potestad que permite al individuo desarrollar las alternativas propias de su identidad, la cual debe ser respetada y tolerada por la sociedad¹⁰.

Sobre los límites que soporta este derecho, no deja de ser interesante lo planteado por el Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia TC/0520/16, en que examina la constitucionalidad de los artículos 45 y 63 de la Ley núm. 176-07, sobre los permisos que deben solicitar los funcionarios municipales para ausentarse del país. En esta decisión el TC establece:

10.2.2. El hecho de que los referidos funcionarios sean obligados a solicitar una autorización para poder ausentarse del país y la consecuente posibilidad de que dicho permiso pueda ser negado, plantea, sin dudas, una limitación a la libertad de tránsito, la cual está vinculada al libre desarrollo de la personalidad, en la medida que la persona interesada en salir del país no podría lograr los objetivos justificativos del viaje¹¹.

Pero acto seguido este alto tribunal agrega de forma enfática que:

10.2.3. Sin embargo, la referida restricción no está establecida en función de la persona, sino tomando en cuenta el cargo que la mis-

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-435/02. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-435-02.htm> [consulta: 27/06/2022].

11 Disponible en <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/88904/tc-0520-16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ma ocupa y, particularmente, de lo que se trata es de proteger los intereses de la comunidad, en el sentido de que lo que se establece en la norma cuestionada es un control que permita que los funcionarios indicados permanezcan en el país cumpliendo con sus responsabilidades y que solo de manera excepcional puedan ausentarse.

Sobre la justificación de intervención del Estado en la satisfacción de los derechos, que siempre resultarán conexos al libre desarrollo de la personalidad, resultan interesantes las reflexiones de Dworkin:

... la atención médica debe distribuirse según una pauta de igualdad: incluso en una sociedad en la cual la riqueza es profundamente desigual y la igualdad es menospreciada en otros aspectos, no debe negar la atención médica a nadie, aunque se trate de alguien demasiado pobre para afrontar el gasto. Éstos son ideales comprensibles e incluso nobles. Se funda en el entendimiento humano común sobre el horror del dolor y, más aún, en considerar que la vida y la salud son indispensables para cualquier otra cosa que podamos hacer¹².

Por otro lado, así como se acredita la necesidad de intervención estatal para posibilitar los medios que permitan la satisfacción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también, como se ha indicado, se admiten límites razonables y constitucionalmente admisibles.

Sobre los límites razonables que soporta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ha indicado el Tribunal Constitucional, en su sentencia TC/0337/21¹³ lo siguiente:

10.35. Sin embargo, podemos observar que la propia norma constitucional indica que dicho derecho puede ser limitado por la legislación; esto así, en función del orden colectivo y del favorecimiento del respeto de los derechos de los demás miembros de la sociedad.

12 DWORKIN, Ronald. *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*: Barcelona, Paidós, 2003, p. 335.

13 Disponible en <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/123673/tc-0337-21-tc-01-2020-0058.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Para agregar, acto seguido, respecto a una alegada violación a este derecho respecto a las limitaciones que se impone a los miembros de la Policía Nacional, en la Ley núm. 590-16, que [fj10.36] “la norma objeto de inconstitucionalidad plantea una serie de limitaciones, particularmente, la imposibilidad de que los miembros de la Policía Nacional ejerzan otras funciones públicas o privadas con excepción del área docente”. Sobre lo anterior agrega que, [fj 10.37]:

Al respecto, este tribunal constitucional considera que, contrario a lo establecido por el accionante, la norma no viola el referido derecho, ya que el objetivo de la misma es evitar que otros intereses (públicos o privados) puedan interferir con las funciones de defender la seguridad e integridad de las personas. Y Igualmente, dichas limitaciones procuran que los miembros de la referida institución aprovechen la potestad o poder que implica su posición en perjuicio del interés general.

Interesante resulta cómo Del Moral Ferrer nos permite concluir en torno a la cuestión, inscribiendo perfectamente este derecho dentro de los derechos de libertad, justificando este posicionamiento, por forma muy atinada, bajo el argumento de que “a través de él se pretende hacer valer el permiso constitucional de actuación frente a injerencias estatales y de terceros, de aquí que la propia Corte [colombiana] indique que este derecho plantee una tríada entre el individuo, el Estado y la sociedad, dentro de la cual se generan derechos y obligaciones recíprocas”¹⁴.

Sobre los medios jurisdiccionales para garantizar el goce de este derecho, todos están a la disposición por su sola condición de derecho fundamental. Cabe aquí recordar, dada la textura abierta del enunciado, que la Constitución consagra este derecho y que, en ocasiones, se plantea como una serie de expectativas (a la típica usanza de los derechos económicos y sociales) que se espera se cumplan para hacer posible su goce. Ha expresado el jurista italiano Ferrajoli que, en un plano teórico, “el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia

14 DEL MORAL FERRER, *ob. cit.* <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>.

de las segundas; y, que por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación del colmar¹⁵.

En este escenario, reiterada la textura abierta de su configuración y su inevitable interrelación con los demás derechos, hace que toda la estructura de garantías de los derechos esté disponible para reclamo en justicia. Su amplia vinculación con la intimidad y la protección de datos personales hacen que el *habeas data* (art. 70, Constitución dominicana) opere a sus anchas en la protección de la información que puede afectar el buen nombre y la reputación, tan necesarios para el libre desarrollo de la persona en el medio social y económico en que interactúa. Lo mismo puede decirse sobre el *habeas corpus* (art. 71, Constitución dominicana) y el amparo (art. 72, Constitución dominicana). Son garantías que en determinados contextos permiten invocar la protección del libre desarrollo de la personalidad.

15 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.ª ed.: Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 63.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 44

POR BERNABEL MORICETE FABIÁN

Artículo 44.- Derecho a la intimidad y el honor personal. Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:

- 1) El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;
- 2) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;
- 3) Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio, salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;

- 4) El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley.

Comentario

Generalidades

El artículo 44 de la Constitución dominicana (en lo adelante CD o la Constitución) conjuga una considerable cantidad de bienes jurídicamente tutelados; cada uno de ellos constituyen derechos fundamentales en sí mismos. Se trata de prerrogativas que, en forma particular, merecerían un estudio detallado que, lamentablemente, desbordaría los límites que la presente publicación impone. Por lo pronto, y de forma casi esquemática, se hace necesario examinar la configuración de los contenidos de este texto normativo que, en esencia, tomando las expresiones de Frígols i Brines, "... contiene lo que se configura como una protección integral de la esfera privada del ciudadano"¹, en cuanto recoge la protección a de la intimidad, la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo, así como el secreto de la comunicación (atendiendo el mundo de las TIC), el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen, e, incluye, el derecho a acceder a la información y a la protección de los datos de carácter personal.

Se debe destacar, en primer lugar, que para cada escenario de los derechos reconocidos en este artículo 44 se genera una importante reserva de ley, que toca tanto lo relativo al desarrollo de la dinámica operativa de goce, así como los supuestos de limitaciones e intromisión autorizada en los derechos consagrados; y, tan importante como lo anterior, se genera reserva de ley para el establecimiento de las obligaciones de resarcir o reparar sus vulneraciones. Obsérvese en este último sentido que, en la parte

1 FRÍGOLS i BRINES, Eliseu. "La protección constitucional de los datos...", en *Protección jurídica de la intimidad* (Javier Boix Reig, director): Madrid, Justel, 2010, p. 41.

capital, el artículo 44 cierra con el enunciado que obliga a su reparación, restauración o resarcimiento por su vulneración, sin distinción de que el transgresor tenga calidad de ente público o privado, de persona física o jurídica, ni de otra índole, estableciendo en esta primera parte que “toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley”².

Es oportuno observar que la referencia a la ley, en el marco del desarrollo de los derechos fundamentales, debe ser estudiada en combinación con los artículos 74.2 y 112 de la Constitución, en tanto establecen de forma combinada que solo por ley orgánica se podrán reglamentar los derechos fundamentales. Además, para ampliar la ecuación constitucional, se deberá observar respecto a la ley de desarrollo su conformidad constitucional (art. 6) a la luz del principio de razonabilidad y del respeto al contenido esencial (art.74.2).

Hoy por hoy, esta interesante atmósfera de reserva de ley que señala el texto constitucional en comento, dada la naturaleza de los derechos de que se trata, se mueve en un escenario bastante dinámico que viene signado por los efectos de los avances en tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)³. Esto sin olvidar los esquemas tradicionales de protección, como ocurre con las autorizaciones y prohibiciones para ingresar de forma material al domicilio, observándose que, en el caso de las autorizaciones sin consentimiento del titular del derecho (art. 44.1), el propio texto normativo constitucional limita a dos escenarios, a saber: (a) por autorización judicial y (b) cuando se presente una situación de flagrante delito.

También habría que prestar atención, en este contexto, a las intromisiones que, de forma remota, pueden generarse sobre los derechos consagrados en este artículo por medio de las TIC, cuya amplitud desbordaría con creces las pretensiones del comentario que se nos plantea. Por lo pronto no está demás mencionar que la Ley 53-07, sobre Crímenes

2 Cabe recordar que el artículo 148 de la Constitución ya recoge un supuesto de responsabilidad civil de los funcionarios y personas jurídicas de derecho público por los daños producidos en el marco del ejercicio de sus funciones. Establece al respecto que: “Las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica”.

3 Para muestra, obsérvese los compromisos de desarrollo legislativo que, en materia de cibercriminalidad y ciberseguridad, le exige a la República Dominicana el Convenio de Budapest, sobre cibercriminalidad, del que somos parte, por ratificación congresual, desde febrero de 2013. Para ver el Convenio: <https://rm.coe.int/16802fa403> [consulta: 11/08/2022].

y Delitos de Alta Tecnología, ha establecido un escenario de protección sobre el secreto, la intimidad y la privacidad de las personas físicas o morales. Establece la referida ley en su art. 9 que “el hecho de interceptar, intervenir, injerir, detener, espiar, escuchar, desviar, grabar u observar, en cualquier forma, un dato, una señal o una transmisión de datos o señales, perteneciente a otra persona por propia cuenta o por encargo de otro, sin autorización previa de un juez competente, desde, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones, o de las emisiones originadas por éstos, materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas físicas o morales, se sancionará con la pena de uno a tres años de prisión y multa de veinte a cien veces el salario mínimo...”. Ya algunos de los derechos de este artículo 44 han recibido atención legislativa para el desarrollo de la reserva de ley, como veremos en los apartados particulares que estaremos puntualizando brevemente.

Inviolabilidad del hogar, el domicilio y todo recinto privado

En un acercamiento a la comprensión del bien jurídico domicilio, recoge Headrick la concepción que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha acuñado, en la que establece que “[e]l concepto constitucional de domicilio pretende proteger cualquier espacio dentro del cual se desarrolla la vida esencialmente privada de las personas, incluyendo cuando se hace de manera provisional. ... No. 91, Seg., Jun. 2006, B. J. 1147”⁴.

Sobre la protección del domicilio, la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 11.2 establece de forma categórica que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio...”. Con ello, obviamente, reconoce que la protección del lar sagrado puede admitir, excepcionalmente, algunas limitaciones, y precisamente el artículo 44.1 CD que se comenta establece ese escenario de limitaciones al disponer que “el hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en

4 HEADRICK, William C.; PIÑA RODRÍGUEZ, Cruz A.; PIÑA FERNÁNDEZ, Sandra S.; ROA GERÓNIMO, Carmen R. En <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/80793/DOMICILIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito”.

Para el ámbito de las limitaciones admisibles, el art. 44.1 establece una reserva de ley, de cuyo ámbito operativo se establece el marco distintivo en la Ley 76-02, Código Procesal Penal (en lo adelante CPP), texto en el que se establecen las circunstancias y requisitos para que se permita a la autoridad realizar “el registro de un recinto privado, destinado a la habitación o a otros fines particulares”⁵. Sobre ese espacio de limitaciones, recoge Headrick las precisiones que hacía la Corte de Casación dominicana en 2006 sobre la licitud de la intromisión prevista en los artículos 180 y 181 del CPP, en la que se indica que “[l]a entrada al domicilio particular de una persona física o moral sólo resulta lícita, si concurren una o todas de las circunstancias siguientes: 1) consentimiento del titular del domicilio; 2) en caso de flagrancia siempre que haya habido evidencias de que un delito se está cometiendo o acaba de cometerse; y, 3) cuando ha mediado una autorización judicial. No. 91, Seg., Jun. 2006, B.J. 1147”⁶.

Sobre el adecuado proceder, de cara a la autorización judicial otorgada, el CPP dispone en el artículo 183 un ritual de comportamiento previo, que incluye notificación de la orden mediante su exhibición y entrega a la persona que habite el lugar; invitación a la persona notificada para que presencie el registro. Excepcionalmente, en caso de no hallarse nadie responsable en el lugar, se acude a la fuerza para entrar.

Resulta de interés ver cómo otros países han ampliado el esquema del ritual de protección ante la inevitable realidad de que la autoridad deba penetrar a un recinto privado en cuyo interior se debe atender alguna situación vinculada a una actividad delictiva que se investiga o se pretende evitar. Tal es el caso de la regla de tocar y anunciar que la autoridad va a entrar (*knock and announce rule*), cuyos vestigios más remotos se atribuyen al Sir Edwar Coke en el *Semayne’s Case*⁷ de 1604, que plantea la obligación

5 CPP art. 180.- “Registro de moradas y lugares privados. El registro de un recinto privado, destinado a la habitación o a otros fines particulares, sólo puede realizarse, a solicitud del ministerio público, por orden de allanamiento expedida mediante resolución judicial motivada. En los casos de urgencia y en ausencia del ministerio público, la policía puede solicitarla directamente”.

6 Ídem.

7 Para ver la sentencia del *Semayne’s Case* de 1604: <https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/admin/admin-fall-2005/weeks/semayne.html> [consulta: 7/8/22]. Señala Coke en la sentencia, en una de sus notas distintivas, lo siguiente: “That the house of everyone is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose”. Lo que podemos entender como alusión al espacio vital de seguridad que representa la casa para sus habitantes y la legitimidad

para la autoridad de que, aun estando autorizados a irrumpir en el domicilio o espacio cerrado, debe anunciar su presencia e indicar la causa, como medio para salvaguardar la privacidad de los ocupantes. Esta regla ha sido adoptada por el sistema federal y estatal norteamericano como mecanismo de valoración de validez de las evidencias encontradas en el lugar privado registrado. Así se plantea que “las normas de ‘tocar y anunciar’ (*knock and announce*) se aplican al diligenciamiento de una orden de arresto lo mismo que al diligenciamiento de una orden de registro”⁸.

Los rituales descritos implican que, aún legitimada la autoridad para realizar una intromisión en el espacio tutelado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no deja de atender un extremo vital de la intimidad que evite la innecesaria exposición, sometiendo la actuación a reglas de control para garantizar que no sobrepase lo estrictamente necesario al ejecutar los fines de la autorización.

Sobre el alcance de la prohibición de intromisión en el domicilio y su vinculación con la esfera de la vida privada, la jurisprudencia dominicana ha establecido:

... que en lo concerniente a la actuación cuya irregularidad se plantea, por su propia naturaleza, los actos de investigación como el allanamiento pueden colidir o lesionar derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, razón por la cual el legislador ha previsto ciertas formalidades a ser observadas al momento de practicar estas diligencias, situación que ha sido reconocida y avallada por nuestro Tribunal Constitucional, el cual sostuvo en su Sentencia TC/0182/15, de fecha 10 de julio de 2015, que el derecho a la inviolabilidad del domicilio “se configura como la prerrogativa que tienen las personas a tener un espacio propio, personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público, salvo expreso consentimiento del interesado o por disposición legal preestablecida. Es así que el derecho a la inviolabilidad del domicilio nos confiere a cada uno el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abs-

de su defensa ante la arbitrariedad de las intromisiones.

8 Tribunal Supremo de Puerto Rico. Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial. Informe de Reglas de Procedimiento Criminal, noviembre, 2018. Disponible: <https://poderjudicial.pr/Documentos/SecretariadoConf/Informe-Final-Reglas-Proc-Criminal.pdf> [7/8/22].

tenerse de entrar a nuestro domicilio, salvo en aquellos supuestos en que, de conformidad con la ley, resulte preceptiva la entrada”⁹.

En materia de salud pública, la Ley núm. 42-01 Ley General de Salud, en su artículo 153.3 tipifica como violación a la ley el “no permitir la entrada al domicilio, establecimiento o inmueble de su propiedad, uso o cuidado, de los funcionarios de salud que realicen labores de desinfectación, desinsectización o desinfección”. Obviamente, se trata de un terreno distinto al de la persecución penal y la tendencia podría ser a justificar la intromisión cuando se trata de controlar, como en los recientes momentos de pandemia, situaciones que ponen en riesgo la salud de la generalidad.

Intimidad, honor personal y buen nombre

Se trata de tres escenarios de la vida de las personas en los que se profesa, por parte del titular de estos derechos, una necesidad absoluta de no inherencia por parte de los terceros (Estado y particulares). De hecho, no es ilógico que el derecho a la intimidad o *privacy*¹⁰, tradicionalmente, se haya identificado como el derecho estar solo; una soledad que no hace referencia, necesariamente, a la ausencia absoluta de otras personas en rededor, ni a la falta de interacción con esas otras personas, sino a la necesidad de preservar para sí espacios y realidades en las que los terceros estén impedidos de entrar, estén impedidos de tomar conocimiento, si no es con la autorización expresa de aquel a quien el titular del derecho le otorgue el permiso expreso.

Con mucho acierto, Mario G. Losano advierte que “asistimos hoy a una especie de esquizofrenia respecto a la *privacy*”¹¹; escoge las expresiones de Umberto Eco para plantearlo de la manera más preclara posible, cuando apunta: “Es paradójico que uno deba luchar por la defensa de la privacidad en una sociedad de exhibicionistas”¹².

9 SCJ, 18 de diciembre de 2019, núm. 62, disponible en: <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/69988> [Consulta: 10/8/22].

10 Apunta Serrano Pérez que “el concepto de *privacy* aparece por primera vez en un artículo de WARREN Y BRANDEIS, enunciándolo... como el derecho a ser dejado solo, *the right to be alone*”. Destaca la autora cómo el concepto *privacy* ha ido ganando terreno en distintos países. SERRANO PÉREZ, María Mercedes. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*: Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 29.

11 LOSANO, Mario G. “El conflicto entre transparencia y *privacy* en dos recientes polémicas italianas”, en *La protección jurídica de la intimidad* (Javier Boix Reig, dir.): Madrid, Lustel, 2010, p. 557.

12 Ídem.

En el marco de la reserva de ley, con la que se pretenda desarrollar un esquema de tutela para ese alto nivel de exposición que caracteriza la actual sociedad, que desarrolla su existencia entre el uso de *streaming* en Youtube y Tik Tok, *live* en Facebook, Twitter, Instagram, el teletrabajo y videoconferencias, el legislador tendría que emplearse muy a fondo para lograr un esquema de protección que luche incluso con la autoexposición de los propios titulares del derecho.

Por lo pronto, se pueden mencionar los esfuerzos para su protección en leyes como la 172-13 (arts. 84 al 87), la 76-02 (arts. 84.2, 180, 202), la 136-03 (arts. 18, 26, 231, 302, 305), la 42-01 (art. 28), la 102-13, la 192-19, entre otras. Hay que destacar, en este desarrollo de la reserva de ley que proyecta el esquema de protección de los derechos del artículo 44, la Ley 102-13, sobre Instalación de Cámaras de Videovigilancia, que en su artículo 6 dispone: “Se prohíbe la instalación de cámaras de seguridad en lugares que afecten la intimidad de las personas, tales como habitaciones, baños, vestidores y demás espacios reservados”.

También es relevante la mención de una ley interesantísima, que se plantea ir más allá de la vida terrena del titular del derecho: la marcada con el núm. 192-19, del 24 de junio, Ley Orgánica sobre la Protección de la Imagen, Honor e Intimidad Familiar Vinculados a Personas Fallecidas y Accidentadas. Esta ley establece que su objeto (artículo 1) es (1) la protección integral a la imagen, honor e intimidad familiar vinculados a personas fallecidas, para que estas sean protegidas frente a intromisiones ilegítimas, y (2) establecer los mecanismos de protección del derecho a la intimidad y la propia imagen de las personas accidentadas.

La Ley orgánica 192-19 viene como respuesta a una práctica que se ha hecho más común de lo deseado, por la que medios de comunicación y usuarios de redes sociales publican de manera indiscriminada imágenes de personas fallecidas y accidentadas sin establecer controles (censuras) para salvaguardar los bienes vinculados a la intimidad y el honor personal y familiar. Obviamente, la titularidad del derecho protegido recae en los parientes de la persona fallecida, estableciendo la ley un criterio en orden de prelación entre los herederos para consentir el uso de las imágenes y datos protegidos.

En otro orden, ha sido ardua la labor adelantada por los tribunales, respecto a la conceptualización y tutela de la intimidad; bastaría una simple

búsqueda en la web de los tribunales¹³ o de páginas especializadas¹⁴ para ver la gran cantidad de acciones que en relación con el tema se traban; ello viene justificado por las múltiples y constantes respuestas que se requieren ante la innumerable cantidad de factores que la amenazan. En el caso del honor personal, se hace referencia “al derecho a que se respete la reputación, fama o estimación de una persona”¹⁵; así lo define el *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Como se puede apreciar, el contenido enunciado para el honor personal apunta a la consideración que se tiene de sí mismo y cuya proyección se traduzca en la imagen que tengan los demás sobre la persona de que se trata.

Sobre el derecho al buen nombre, Márquez Escobar¹⁶, citando a Madrid-Malo Garizbal, apunta que “es una parte de las tres que conforman el patrimonio moral de la persona, de manera que, junto a la honra y el honor, se conforma el patrimonio moral”. Aunque de inmediato critica el propio Márquez Escobar que lo planteado no está completo porque también “las personas jurídicas o morales, al igual que las naturales, son titulares del derecho al buen nombre”. Acredita, con gran acierto el citado autor que el derecho al buen nombre “es parte del patrimonio económico de las personas pues de él depende el prestigio que circunda el desarrollo de sus actividades económicas”.

En consonancia con lo anterior, es importante destacar la conceptualización que respecto al derecho al buen nombre construye la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia cuando refiere que “86. ... el derecho al buen nombre corresponde a la reputación o la imagen que de una persona tienen los demás miembros de la comunidad y además constituye el derecho a que no se presenten expresiones ofensivas, oprobiosas, denigrantes, falsas o tendenciosas que generen detrimento de su buen crédito o la pérdida del respeto de su imagen personal...”¹⁷.

Estos derechos —intimidad, honor y derecho al buen nombre— comparten protección constitucional con un derecho que, en ocasiones, se llega

13 <https://poderjudicial.gob.do/consultas/consulta-de-sentencias/>.

<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/>.

14 <https://biblioteca.enj.org/>.

15 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. < <https://dpej.rae.es/> >.

16 MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *El delito informático. La información y la comunicación en la esfera penal*: Bogotá, Leyer, 2002, p. 55.

17 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-121/18, párr. 86. Disponible en: <https://www.cjic.org/es/cuadernos/Sentencias/T-121-18.pdf> [consulta: 9/8/22].

a comportar como su antagonista común. Se trata del derecho a la libertad de expresión, que, en opinión de Mendoza Escalante, “está conformado por un bien iusfundamental consistente en la acción libre de exteriorización o comunicación de pensamientos (ideas) y opiniones”¹⁸. Estas ideas y opiniones, por lo regular, y con más frecuencia de la deseada, tienen como contenido datos e informaciones que pueden afectar la intimidad y el honor personal de alguien. Esto hace que el conflicto entre estos derechos, así como su necesaria ponderación y armonización, resulten de interés para el comentario sobre el presente texto constitucional; máxime si se parte del rol trascendental que juega para la sociedad la libertad de expresión “como medio insustituible de formación de la opinión pública”¹⁹.

Los otros bienes fundamentales tutelados en este art. 44 también entran en ese escenario de diálogo y ponderación con la libertad de expresión; advierte la CorteIDH que “otros derechos también convergen en el texto que se comenta [sobre libertad de expresión], y que de igual modo entran en la necesaria dinámica de ponderación en su coexistencia espacial y temporal; como son, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la protección del secreto profesional (art. 49.3 CD)”²⁰. Allí, como bien apunta Mendoza Escalante, “la ponderación consiste en una operación comparativa entre la magnitud de la intervención y las razones que la justifican”²¹.

Se debe destacar que en su universalidad los derechos fundamentales coexisten en espacio y tiempo con una vocación de armonía, en un escenario horizontal, sin jerarquías entre ellos que llame a superponer unos sobre otros. Solo cuando sobreviene un conflicto que dificulta su tutela simultánea e igualitaria, se hará necesaria la ponderación para la toma de decisiones acerca de cuál deberá ser garantizado de forma primigenia; para ello, el principio de favorabilidad (art. 74.3 de CD) entra en el escenario, para de forma razonable determinar cuál cumple los mayores fines de protección de la persona, o personas, respecto de las cuales el conflicto actúa.

18 MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*: Lima, Palestra, 2007, p. 113.

19 CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*: Barcelona, Bosch, 1996, p. 180.

20 CorteIDH. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso Urrutia Laubreux vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409. En https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16_2021.pdf.

21 MENDOZA ESCALANTE, Mijail, ob. cit., p. 256.

Protección de datos, derecho a la propia imagen y autodeterminación informativa

Un ribete del que en ocasiones nos olvidamos en el marco de la protección de datos personales es del marcado efecto que el derecho administrativo, y sus consecuentes vías procesales, entraña para su tratamiento y tutela. Así lo destaca Javier Barnés, en el prólogo a la obra de *Guichot*, al advertir: “Lo que haga el poder público —en particular, el ejecutivo y su administración— con la información de que dispone, es sin duda, una de las cuestiones capitales de nuestros tiempos”²². Si se observa bien, la protección de datos de carácter personal entraña una importante actividad de los órganos de la administración pública para su tutela y garantía, y no solo como colectora de los datos, sino en su rol de administrador del Estado.

En este orden, se debe acotar que, si bien el titular de los datos debe ser la primera línea de defensa en cuanto se presume ser quien autoriza o no su entrega y tratamiento, en estos tiempos gobernados por las TIC, que generan datos de las personas independientemente de la voluntad del titular, la actividad estatal para su protección se hace cada vez más imprescindible. Suponer que cada actuación cotidiana que realizamos, como comprar alimentos, pasar las tarjetas electrónicas de pago en la tienda, tomar el transporte público o privado, caminar por las calles a los ojos de las cámaras de videovigilancia, llevar el móvil que registra la ubicación de forma constante, tener un *smart tv* u otro equipo del hogar con conexión a la red (internet de las cosas), poseer servicio de *streaming* (servicio en directo para música o películas que genera perfiles de preferencias), hacer una cita médica y consultarse con el galeno, acudir a un tribunal, o presentarse al Registro Civil a asentar el nacimiento y, por qué no, la defunción de las personas, va generando información que se almacena en bancos de datos en los que el titular del derecho no puede disponer de forma directa y ve limitada su capacidad de oposición; se acumulan archivos de información de los que desconocemos la cantidad y calidad de lo almacenado. Se trata de datos sobre los que, al no estar al alcance inmediato del titular, también se pierde la capacidad de vigilancia sobre el fin y su tratamiento.

²² GUICHOT, Emilio. *Datos personales y Administración pública*: Madrid, Thomson Civitas, 2005, p. 15.

Los escenarios descritos llaman a que la actividad de fiscalización y control de los órganos públicos disponga de herramientas jurídicas e institucionales eficientes para la protección del derecho a los datos personales y para la garantía de la autodeterminación informativa. La reserva de ley consagrada en el art. 44.2 se refiere solo al desarrollo de los límites posibles en el derecho a los datos de carácter personal, al establecer, con una vocación de efectividad plena desde el texto constitucional mismo, “el derecho a acceder a la información y a los datos... con las limitaciones fijadas por la ley”.

Resulta imprescindible mencionar, tomando en cuenta la naturaleza del bien jurídico regulado, abordado desde el litoral de las TIC, que la Ley 172-13, sobre protección de datos personales, que configura el esquema primario de desarrollo legislativo del artículo 44.2 de la Constitución, en cuyo contenido no se queda solo en los límites impositivos al derecho, sino que se pretendió crear una ley marco para reglamentar el goce de ese particular derecho.

Así, se dispone en el art. 1 que esa “ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados...”. Agrega este texto, si se quiere, un segundo objetivo derivado del anterior y que está destinado a “... garantizar que no se lesione el derecho al honor y a la intimidad de las personas...”; pero no se limita a esas dos únicas garantías, sino que además abre espacio para la autodeterminación informativa, al disponer que procura “... también facilitar el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República Dominicana”.

A todo esto, el artículo 44.2 coloca una eficiente plataforma principialista para el esquema de tutela de estos derechos al disponer que “[e]l tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad”. Estos principios constituyen la piedra angular para cualquier desarrollo legislativo y, por demás, en muro de contención para el accionar del Estado y los particulares sobre los datos de carácter personal. Observemos, por ejemplo, el principio de calidad del dato, que apunta a la naturaleza y características del dato que se recaba; así lo hace saber la Ley 172-13, al disponer

(art.5.2,a) que “los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados y pertinentes en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido”. Además, también dispone (art.5.2,b) que los datos deben ser exactos y actualizarse periódicamente en el caso de que ello fuere necesario.

En esa misma línea se comportan los otros principios enunciados por el texto constitucional que se comenta. El principio de licitud (Ley 172-13, art.5.1) controla la legalidad del uso y fin que el titular del fichero debe dar a los datos que almacena, mientras que, en virtud del principio lealtad (Ley. 172-13, art. 5.7), “se impone la prohibición de recoger los datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”.

Resultan de capital importancia, también exigibles en justicia vía *habeas data* (art. 71 CD), los principios de seguridad y de finalidad. Con el primero (Ley 172-13, art. 5) el responsable del fichero o archivo de los datos personales y, en su caso, el encargado del tratamiento, “deberán adoptar e implementar las medidas de índole técnica, organizativa y de seguridad necesarias para salvaguardar los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento, consulta o acceso no autorizado”. Mientras que con el principio de finalidad (Ley 172-13, art. 5.8) se impone a quien almacene los datos una limitante en el sentido de que “solo se recogerán para su tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para los que se hayan obtenido”.

La Ley 172-13 también ha desarrollado como principio el consentimiento, aunque en ocasiones la misma ley lo trate más bien como un requisito de validez del cual prescinde en determinadas circunstancias. Interesante resultan las condiciones que exige la ley para la validez del consentimiento, al disponer (art. 5.4) que deberá ser libre, expreso y consciente. La carga de la prueba del cumplimiento de estas condiciones recae en el responsable del archivo en que se almacenan los datos²³; así, debe demostrar, por ejemplo, que al momento de recabar el consentimiento el titular de los datos recibió toda la información relativa al tipo de dato que se recaba, al tiempo por el cual se conservan, a la finalidad que tiene el fichero o archivo

23 Para ampliar sobre este tema, ver VERDAGUER LÓPEZ, Jordi y BERGAS JANÉ, M^a Antonia. *Todo. Protección de datos*: Valencia, CISS Grupo Wolters Kluwer, 2013, p. 62.

de datos, así como a la garantía de seguridad para evitar que terceros no autorizados accedan a los datos, entre otras exigencias.

El artículo 44 DC cierra su esquema de protección estableciendo una garantía sobre el manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen. Se preocupa el constituyente por la presunción de inocencia (del art. 69.3 CD) que, como sacro manto protector, arropa a la persona que ha sido señalada como presunta autora de una actividad tipificada como delito durante el proceso penal. En este sentido, establece el art. 44.4 de forma categórica que estos datos e informaciones “sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley”.

La inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados

Malware, ransomware, phishing, keyloggers, caballos de Troya, hackers, en fin, piratas informáticos, son las nuevas amenazas para el derecho de inviolabilidad de la correspondencia. Ya no más el típico cartero que iba de casa en casa llevando y dejando cartas, pues nuestras interrelaciones personales y sociales se realizan por medio de la red electrónica del enorme ecosistema informático en que habitamos y, allí, ha tenido que trascender el derecho constitucional y el mundo de las garantías de los derechos, obligado a mutar por fuerza de las circunstancias. Fue Montesquieu quien advirtió, siglos antes de la aparición de la informática, que no se puede intentar cambiar la costumbre por medio de la ley, sino que la ley debe adaptarse a la costumbre; ya es parte de la cultura y costumbre de la generación de estos tiempos estar expuestos en las comunicaciones por la superautopista de la información.

Interesante resulta delimitar el bien jurídico objeto de protección, para lo que acudimos al Tribunal Constitucional español, en su sentencia núm. STC 34/1996, citado por el TC dominicano en un ejercicio de *soft law*²⁴. El órgano de control constitucional español señaló que:

24 ZAMBRANO PÉREZ, Diego Andrés. “La incidencia del llamado *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional”. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/08_ZAMBRANO_Tribunales%20Constitucionales%20y%20jurisprudencia_ICA02.pdf [consulta: 11/8/22].

El derecho al Secreto de las Comunicaciones, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. El concepto jurídico de secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal y abstracto en consecuencia, ya que «se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado». Por otra parte, cubre no solo el mensaje, sino también, en su caso, otros aspectos suyos, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales. En definitiva, se pretende garantizar así con eficacia «erga omnes», tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la «dimensión material del secreto» lo que se transmite²⁵.

Importa también destacar que el constituyente dominicano, al configurar los derechos de que trata el art. 44.3, lo ha hecho tomando en cuenta precisamente esa nueva realidad y establece el marco de protección orientada a los distintos formatos en que se puedan presentar los bienes jurídicos tutelados, ya sea en “formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo”.

En el marco de la reserva de ley, el TC dominicano examinó la constitucionalidad de la Resolución núm. 086-11, dictada por el Instituto Dominicano de las telecomunicaciones (Indotel), para la obtención y preservación de los datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Sobre tal normativa reglamentaria, estableció en la sentencia TC/0200/13 lo siguiente:

9.5.10. De acuerdo con lo planteado, se desprende que el carácter íntimo del derecho al secreto y privacidad de la comunicación abarca no solamente el contenido o carácter privado de la misma, sino que además incluye todo el proceso mismo en que se da la comunicación, entre ellos la identidad de los interlocutores, el momento, duración y destino de la misma, sin importar el medio en que esta se realice, por lo que debe entenderse que el derecho al secreto y privacidad de la comunicación abarca las comunicacio-

25 Tribunal Constitucional dominicano, TC/0200/13, 7 de noviembre de 2013, párr. 9.5.7.

nes que se den en correo electrónicos, videoconferencias, envío de mensajes a través de Internet, el uso del chat cuando en este se emplee la opción de limitar la comunicación entre interlocutores, y las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la red, no aplicándose el derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones a aquellas comunicaciones que se den a través de canales abiertos²⁶.

Aquí no se puede dejar de lado el importante problema de la determinación de validez de las evidencias y pruebas que se levantan con motivo de la interceptación de las comunicaciones que se produce por medios electrónicos, que viene condicionada no solo a la validez de la autorización previa, sino al modo de recolección, de cadena de custodia, de conservación, de tratamiento y presentación²⁷.

26 Ob. cit.

27 Para ampliar sobre el tema, ver NEPTUNE RIVERA, Vivian I. *La evidencia electrónica. autenticidad y – administrabilidad*: San Juan, Situn, 2017.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 45

POR EUNIS VÁSQUEZ ACOSTA

Artículo 45.- Libertad de conciencia y de cultos. El Estado garantiza la libertad de conciencia y de cultos, con sujeción al orden público y respeto a las buenas costumbres.

Comentario

Para el desarrollo del artículo 45 de la Constitución, analizaremos brevemente algunos conceptos relacionados con el ejercicio de este derecho fundamental para luego abordarlo desde una perspectiva práctica enfocada en la realidad dominicana.

1. El concepto de libertad y religión

La libertad constituye uno de los pilares de la democracia, puesto que conlleva en la práctica la autodeterminación de las personas para al ejercicio de sus preferencias ideológicas o filosóficas.

Se define la libertad como “el estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior”¹.

El concepto de libertad reviste extraordinaria importancia en relación con el derecho político, ya que la libertad es el fundamento no solo de un determinado sistema de vida, sino de la organización misma del Estado. Por tanto, la libertad constituye la idea rectora de los Estados de derecho y de los gobiernos democráticos².

En esa virtud, los Estados deben de garantizar y asegurar la dignidad de la persona en el ejercicio de la libertad con base en el derecho. La li-

1 OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 27.^a ed.: Buenos Aires, Helias-ta, 2000, p. 575.

2 ídem.

bertad, en este sentido, consistirá en no impedir al individuo, por coacción externa, la elección entre diversas alternativas de decisión, pues, de otra manera, en un contexto jurídico, no podría hablarse de la “independencia de la persona” ni de una “personalidad autorresponsable”³.

Asentado lo anterior, el individuo tiene que aceptar aquellas restricciones de libertad de acción que el legislador establezca para el pacífico cultivo y promoción de la convivencia social, dentro de los límites de lo exigible, siempre asegurando la independencia de la persona. Por tanto, la libertad se erige como la autodeterminación del espíritu y libre albedrío, como posibilidad de proceder según la expresión de la voluntad no determinada por condiciones exteriores⁴.

Dentro de la libertad es transcendental la libertad de conciencia o de creencias. Para la persona, la libertad de conciencia, manifestada en la libertad de cultos y en el ejercicio de una religión, fe, o creencia religiosa, se erige como uno de sus derechos básicos y fundamentales, enraizado ontológicamente en la naturaleza misma del ser humano por su capacidad innata de estar abierto a la transcendencia. El ejercicio práctico del derecho a la libertad de conciencia, y a las manifestaciones que lo expresan, se materializa no solo en actitudes y en comportamientos individuales, sino que permea la familia, la cultura, y la misma sociedad.

Como realidad cultural y social, el hecho religioso ha estado ligado al devenir histórico de la misma humanidad; lo religioso es tan antiguo como la presencia del ser humano. En ese sentido, lo religioso es un hecho cotidiano, individual y colectivo, concretado y visibilizado en ritos y en cultos privados y públicos.

Este hecho ha obligado a la sociedad organizada —la sociedad que se rige por el derecho— a establecer normas con el propósito de regular a los individuos que profesan y practican una religión como parte de la identidad de un Estado (Estado confesional), o, en un Estado aconfesional, como reconocimiento de los derechos inalienables de los propios ciudadanos creyentes, en cuanto sujetos de derechos humanos.

El Estado no puede estar ajeno a las manifestaciones de religiosidad de sus ciudadanos y de culto público; no se pide al Estado que legisle y regule

3 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*: Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2001, p. 346.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Trotta, 2008.

el creer o no creer, el practicar o no una religión, sino cómo permitirlo y regularlo en términos de igualdad y de justicia legal y social.

Por tanto, la expresión de lo religioso en las personas se convierte en un bien público; el Estado lo normativiza obedeciendo siempre a los principios de igualdad y de respeto.

2. La libertad religiosa en la República Dominicana

Con lo anteriormente expuesto debemos recordar que la República Dominicana, por la firma de un Concordato con la Santa Sede, no puede ser considerada como un Estado neutral o laico en materia religiosa; además, desde su nacimiento como nación ha tenido la doctrina cristiana como parte de su fundamento esencial, lo que también está impregnado en la cultura, los valores y la sociedad en general, de lo cual no escapan las instituciones públicas y privadas. Esto queda reflejado en el preámbulo establecido por nuestro constituyente originario en la primera Constitución, proclamada el 6 de noviembre del 1844, cuya voluntad ha sido mantenida, con algunas variaciones, en la actual Constitución del año 2015.

En ese mismo orden, es necesario resaltar que el preámbulo de una Constitución forma parte integral de esta, por cuanto constituye los principios y la manifestación política, cultural, social y religiosa según los cuales una comunidad formula su existencia; de ahí que su contenido posee un carácter vinculante en lo relativo a su organización administrativa y legislativa.

Un Estado, además de su legislación positiva, está constituido por una estructura necesariamente prepolítica y precontractual, conformada por los valores que trata de defender una sociedad para ser ella misma, y que, por iguales razones, desea ver reflejados en su Constitución. Así, realidades no negociables son, por ejemplo, el valor y la dignidad única de la persona, o el valor de la familia como célula básica y fundamental de su sociedad. Y los valores de identidad, de cohesión social, y de futuro, son sus valores religiosos. En el caso de nuestra sociedad dominicana, todos ellos son valores mayoritariamente cristianos.

Esto trae como consecuencia que la voluntad de la cual es titular el poder constituyente originario no puede ser variada por ningún otro derecho positivo, o de origen político, en lo relativo a los valores que estos han

adoptado, en razón de que provienen de un consenso o postulado previo, a veces implícito y largamente forjado en la historia, en lo referente a su voluntad ético-política, manifiesta a la hora de su configuración, y que ayudarán a articular las costumbres, las instituciones, y las normas y procedimientos de una nación⁵.

3. Estado confesional-no confesional; laicidad positiva y negativa

Debemos resaltar que, de cara a la adopción o no de valores religiosos en una sociedad, hoy en pleno siglo XXI se puede hablar de la existencia de Estados que tienen una laicidad positiva, en los cuales se respeta la libertad de conciencia y religiosa, y los poderes públicos no limitan ni coartan el ejercicio de esa libertad⁶; mientras que los Estados que adoptan una laicidad abiertamente negativa ejercen, en la práctica, una doctrina ideológica-filosófica beligerante y abiertamente no creyente, en la medida en que definden un sistema político de pensamiento único con incidencia en instituciones como escuelas, hospitales, cárceles o medios de comunicación masivos⁷.

El sentido de la laicidad del Estado supone que la aconfesionalidad se identifica con la mera neutralidad o con un laicismo militante. En este sentido, para no referirnos a naciones ni a gobiernos concretos de nuestros días, baste actualizar el texto número 76 de la Constitución *Gaudium et Spes*, del Concilio Vaticano II: “Entre una confesión religiosa y la comunidad política, se debe establecer la independencia y la sana colaboración, al mismo tiempo en favor de la persona-ciudadano”.

De cara al derecho internacional, nuestro país ha adoptado la doctrina católica como religión oficial, toda vez que tal reconocimiento ha quedado refrendado en el Concordato suscrito entre la Santa Sede y la República Dominicana el 16 de junio de 1954, así como en la Resolución núm. 3874 del Congreso Nacional de fecha 21 de julio 1954 que aprueba el referido documento y su protocolo final.

5 BÖCKENFORDER, Ernst Wolfgang. *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*, 1993, p. 180.

6 OLLERO, Andrés. “Laicidad positiva, igualdad consiguiente: diálogo sobre el artículo 16 de la Constitución española”. Publicado en la página web <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/10412/10104>. Tomado en fecha 24 de mayo de 2021.

7 GARCIA, Fidel. “La laicidad negativa”. Publicado en la página web: <https://www.lne.es/gjion/opinion/2021/04/21/laicidad-negativa-48525132.html>. Tomado en fecha 24 de mayo de 2021.

En efecto, en el artículo primero tanto del Concordato suscrito entre la Santa Sede y la República Dominicana el 16 de junio de 1954, como en la Resolución núm. 3874 del Congreso Nacional de fecha 21 de julio 1954 —los cuales tienen el mismo contenido— se prescribe que:

La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la de la Nación Dominicana y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico.

En consecuencia, no se puede encuadrar a la República Dominicana como un Estado laico, porque un Estado laico, ya sea en su configuración positiva o negativa, es no solo aconfesional, sino neutral respecto a todas las religiones institucionalizadas⁸, y se opone a la existencia de cualquier doctrina religiosa, situación que no acontece en nuestro país.

Insistimos en que los Estados deben garantizar la protección de la libertad religiosa como un derecho fundamental⁹. Y reiteramos que los Estados, frente a la libertad de conciencia, religiosa y de culto, pueden adoptar diferentes posturas, lo que nos permitirá determinar si estamos ante un Estado confesional, confesional autoritario, aconfesional o un Estado laico.

Un Estado se considera confesional cuando en su ordenamiento se reconoce una religión como oficial, siendo este tolerante cuando posibilita a sus ciudadanos practicar otras doctrinas religiosas¹⁰.

De su lado, un Estado puede ser confesional autoritario cuando en su ordenamiento se reconoce una religión como oficial y a la vez no se permite la práctica de otras doctrinas religiosas¹¹.

Los Estados aconfesionales no asumen ninguna doctrina religiosa, dándose por ello una separación nítida entre el Estado y las diferentes confesiones religiosas, cada una de estas mantiene su autonomía frente a la

8 REDONDO MONTAÑEZ, Saira Pilar. Pluralismo religioso en Colombia. Sentencias de la Corte Constitucional (1991-2017), a propósito de los casos donde estudiantes o aspirantes a serlo invocan la protección del derecho a la libertad religiosa y de cultos en establecimientos educativos. Trabajo de grado presentado para optar al título de Maestría en Estudios Políticos-Investigación, p. 20.

9 Ídem.

10 Ídem.

11 Ídem.

otra y el Estado está facultado para colaborar con aquella que sea la más preponderante dentro de su sociedad¹².

Por otro lado, los Estados pueden adoptar una postura laica tolerante y laica autoritaria con relación a una determinada creencia religiosa.

Los Estados laicos tolerantes son los que permanecen al margen de toda creencia religiosa, garantizando a los individuos el adoptar y practicar o no determinada creencia religiosa, sin que por ello sufra ningún tipo de persecución o discriminación¹³.

Contrario a ello están los Estados laicos autoritarios, los cuales no permiten que los individuos realicen ningún tipo de manifestación religiosa y la práctica de doctrinas religiosas está restrictivamente regulada por su ordenamiento jurídico¹⁴.

4. Alcance jurídico del artículo 45 de la Constitución

La República Dominicana es un Estado confesional. A pesar de no tener el Estado un sentido de laicidad, y estar fundamentado nuestro ordenamiento jurídico constitucional en los principios de la religión cristiana, el constituyente, en aras de garantizar a todo individuo la realización de actividades o actos religiosos aunque sean distintos a la doctrina del cristianismo, ha adoptado en el artículo 45 de la Constitución la libertad de conciencia y de cultos como derecho fundamental al prescribir que:

Artículo 45.- Libertad de conciencia y de cultos. El Estado garantiza la libertad de conciencia y de cultos, con sujeción al orden público y respeto a las buenas costumbres.

No debemos olvidar que la libertad de conciencia y de cultos forma parte de los derechos humanos que han sido reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala en su artículo 12 lo siguiente:

12 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”. Publicado en la página web: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200002&script=sci_arttext&tlng=n. Tomado en fecha 25 de mayo de 2021.

13 Ídem.

14 Ídem.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás.

Asimismo, el derecho a la libertad de conciencia y de cultos ha sido adoptado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, toda vez que en su artículo 18 indica:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En ese orden, debemos precisar que el derecho a la libertad de conciencia y de cultos procura proteger al individuo en su libertad de elección de aquellos valores que vayan acorde con su proyecto de vida¹⁵.

Por esa razón, debe entenderse que el derecho de libertad de conciencia tiene por objeto proteger la integridad de conciencia y pensamiento del individuo contra todo tipo de intromisiones que pretendan violentarla, toda vez que cada individuo es un reflejo de su conciencia en la medida en que sus actuaciones externas son conforme a sus propios juicios morales¹⁶.

De su lado, la libertad de culto o de creencias debe ser vista como la facultad de todo individuo de tener la capacidad de relacionarse con un ser supremo o deidad que a su entender rige el orden de cosas¹⁷. En su dimensión objetiva, el derecho de libertad de culto o de creencias implica la pertenencia o no de un individuo a una determinada doctrina religiosa, con incidencias de socialización y de manifestaciones públicas¹⁸.

En resumen, la libertad de culto o de creencias debe ser vista como la facultad de todo individuo de desarrollar o no una creencia en un ser superior, por lo que puede practicar de manera individual o colectiva, de forma pública o privada, las enseñanzas o ritos de una determinada doctrina religiosa, así como ordenar su vida conforme a los requerimientos doctrinales sin que sea objeto de ningún tipo de discriminación por pertenecer a un determinado credo religioso¹⁹.

En ese sentido, reiteramos que la República Dominicana es un Estado constitucional y democrático confesional, por cuanto a pesar de que sus valores constitucionales están fundamentados en la fe cristiana es respetuoso del pluralismo religioso, toda vez que garantiza el derecho fundamental de todo individuo a ejercer la libertad de conciencia y de cultos, por lo que cada persona puede practicar y difundir sus creencias religiosas como mejor entienda.

Por esa razón se prescribe en el artículo 45 de la Constitución la libertad de conciencia y de cultos como derecho fundamental y se establecen en esa disposición, como contenido esencial de ese derecho, la libertad de

15 Nogueira Alcalá, Humberto, ob. cit.

16 Ídem.

17 Ídem.

18 Ídem.

19 Ídem.

conciencia de los ciudadanos en lo relativo a sus creencias o no creencias y la libertad de cultos para los creyentes y las entidades religiosas, lo cual comprende sus manifestaciones privadas y públicas, cuya única limitación es que su ejercicio no contravenga el orden público y las buenas costumbres.

El Estado garantiza el ejercicio de la libertad de conciencia y de cultos, pero no tiene un rol pasivo ante situaciones que, desbordando el curso razonable, impliquen daño o amenaza a la vida, la integridad personal, la dignidad de los feligreses o de terceros, y al bien común social.

Esto no implica, en modo alguno, que las denominaciones religiosas y sus autoridades o representantes legales, dentro de sus competencias, establezcan sus propios ordenamientos internos.

Desde la perspectiva colectiva del ejercicio de la libertad de cultos, las religiones gozan de las prerrogativas para establecer sus requisitos y exigencias internos en lo relativo al reconocimiento de sus dignidades y jerarquías, así como en lo referente a sus ritos y ceremonias, sin que las autoridades del Estado intervengan —innecesariamente— en su configuración ni en su aplicación; de la misma manera, que las jerarquías religiosas tampoco están llamadas a resolver asuntos reservados a las competencias propiamente estatales. El objetivo ideológico de las religiones no es político, sino moral y de favorecer la paz, el desarrollo integral y el bien común de los ciudadanos.

Es evidente que no pueden permitirse los episodios de fanatismo y fundamentalismo religioso que puedan poner en peligro a los integrantes de una colectividad de creyentes o a la sociedad, o ritos que ocasionen daños a la integridad física y moral de las personas, pues desbordan los límites del ejercicio de la libertad de cultos.

Respecto al alcance del contenido del artículo 45 de nuestra Constitución, podemos deducir que el derecho fundamental de libertad de conciencia y de cultos implicaría, en la práctica, lo siguiente:

- otorgar a todo individuo la facultad de poderse afiliar y practicar la doctrina y creencias religiosas de su preferencia;
- permitir que los practicantes de las diversas creencias y religiones desarrollen en libertad las actividades que son propias de sus ritos, sin ningún tipo de obstáculos e impedimentos, salvo que dichas ac-

tividades impliquen una violación de la integridad de la persona o sean contrarias al orden público y las buenas costumbres sociales;

- la facultad de permitir y favorecer que un determinado conglomerado religioso pueda establecer los reglamentos y disposiciones que deben ser observados para cumplir con los objetivos que les son propios;
- la prerrogativa de establecer los requisitos y exigencias en lo relativo al reconocimiento de sus jerarquías internas.

Así, pues, el artículo 45 de la Constitución garantiza la libertad ideológica y religiosa, así como la cooperación entre las entidades religiosas. Más aun: los principios fundamentales recogidos en la Constitución son los siguientes:

1. Libertad religiosa: el Estado garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades.
2. Igualdad religiosa: todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin que pueda predominar discriminación alguna por razón de religión.
3. Cooperación con las diversas entidades y confesiones religiosas en la medida de que:

- a) se acepta lo religioso como derecho de los ciudadanos;
- b) su ejercicio cualifica la vida y las actividades de la persona;
- c) enriquece el patrimonio cultural y moral de la sociedad.

4. Facilita una convivencia justa y pacífica de los ciudadanos, que ayudará a reforzar los valores democráticos y la ética del bien común.

Por otro lado, en una sociedad no confesional las relaciones entre lo religioso y las estructuras civiles se fundamentan en la necesaria convergencia de ambas, concretada en tres zonas fundamentales o cuestiones mixtas:

- A) *Zona de convergencia sociológica*: las religiones no pueden renunciar a su presencia en la sociedad y su misión tiene una proyección temporal. Con certeras palabras, el papa Pablo VI sostuvo que “todo lo que

concierno al hombre concierno a la Iglesia”²⁰. Es decir, la religión no puede limitarse a formar solo el espíritu de los ciudadanos creyentes, ni a expresarse solo mediante el culto privado, sino que manifiesta públicamente la fe y exige el respeto hacia ella. En las sociedades democráticas, después de la Segunda Guerra Mundial se han establecido tres claves fundamentales, expresadas en la Constitución *Gaudium et Spes*, n. 76, del Concilio Vaticano II:

1. La autonomía del Estado y la autonomía de lo religioso.
2. Sana colaboración del Estado y lo religioso en favor del ciudadano.
3. El carácter societario y jurídico de lo religioso. Normalmente, lo religioso traducido en iglesias visibles ofrece su ordenamiento jurídico primario, como persona moral jurídica.

- B) *Zona de convergencia política*: los ciudadanos creyentes tienen derecho a estar presentes en los asuntos públicos, de acuerdo con los principios democráticos. Un sistema político que rechazara este tipo de presencia y de actuación de lo específicamente religioso, por el mero hecho de serlo, o que obligase a prescindir a las personas de sus creencias religiosas para participar en los asuntos públicos, no sería un sistema político justo ni respetaría verdaderamente la libertad religiosa.
- C) *Zona de convergencia jurídica*: es consecuencia de las dos anteriores y en cierto modo representa su versión práctica. Las relaciones entre las entidades religiosas y la sociedad política se formalizan de diversas maneras de acuerdo con las circunstancias de lugares y tiempos; así, por ejemplo, a través de concordatos, acuerdos, etc.

En virtud de lo antes señalado, debemos concluir que lo prescrito en el artículo 45 de la Constitución tiene como resultado que, no obstante exista preeminencia de la doctrina cristiana en la configuración de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, no se crea ningún tipo de impedimento dirigido a socavar la libertad de otras prácticas y enseñanzas religiosas; de ahí que los valores cristianos que subyacen en nuestro ordenamiento son compatibles con la existencia del derecho de libertad de conciencia y de cultos.

20 Cf. Pablo VI. *Allocución al Cuerpo diplomático*, 6-1-1967. *Revista Ecclesia* (1967), p. 45.

En cuanto al desarrollo del contenido del derecho a la libertad de conciencia y de cultos dispuesto en el artículo 45 de la Constitución, se observa que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra vigente el artículo 22 de la Ley núm. 66-97, General de Educación, mediante el cual el legislador reconoce el derecho de los padres o los tutores de procurar que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa que guarde afinidad con sus creencias o doctrinas. La referida disposición señala:

Art. 22.- Los padres o los tutores tienen el derecho de que sus hijos o pupilos reciban la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Asimismo, el derecho de la libertad de conciencia y de cultos queda reforzado en el contexto de nuestro sistema educativo con las disposiciones de los artículos 24 y 25 de la indicada Ley núm. 66-97 —este último artículo modificado por la Ley núm. 44-00, que establece la lectura e instrucción bíblica en las escuelas públicas—, al momento de prescribirse en ellos, respectivamente, que las escuelas privadas, a pesar de estar habilitadas para ofrecer formación religiosa conforme a su ideario pedagógico, deben respetar la libertad de conciencia y la esencia de los valores culturales que caracterizan la dominicanidad; mientras, en las escuelas públicas la enseñanza religiosa les será dada a los alumnos, con excepción de los padres o tutores que expresen de forma escrita su exclusión, a fin de preservar el derecho fundamental a la libertad de cultos y conciencia.

En conclusión, queda demostrado que la libertad de conciencia y de cultos, en los términos prescritos en nuestra carta magna, en su artículo 45, se encuentra garantizada en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, este derecho puede ser protegido por las vías judiciales y de tutela establecidas por la ley. Además, si bien el ejercicio de la libertad religiosa en nuestro país tiene como confesión preferente la fe cristiana, conforme a la idiosincrasia de la República Dominicana (junto a otros valores o costumbres que identifican la dominicanidad y que constituyen patrimonio cultural), esto no constituye un límite para que a su vez en nuestro país coexista una visión plural en el ejercicio de la libertad de conciencia, el

cual abarca la garantía fundamental de que a cada persona que manifieste tener otras preferencias o creencias religiosas, o ninguna, se le salvaguarde su libre elección sin otra limitación que el respeto al orden público y a las buenas costumbres.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 46

POR JULIO CÉSAR CANÓ ALFAU

Artículo 46.- Libertad de tránsito. Toda persona que se encuentre en territorio nacional tiene derecho a transitar, residir y salir libremente del mismo, de conformidad con las disposiciones legales.

- 1) Ningún dominicano o dominicana puede ser privado del derecho a ingresar al territorio nacional. Tampoco puede ser expulsado o extrañado del mismo, salvo caso de extradición pronunciado por autoridad judicial competente, conforme la ley y los acuerdos internacionales vigentes sobre la materia;
- 2) Toda persona tiene derecho a solicitar asilo en el territorio nacional, en caso de persecución por razones políticas. Quienes se encuentren en condiciones de asilo gozarán de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus derechos, de conformidad con los acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana. No se consideran delitos políticos, el terrorismo, los crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y los delitos transnacionales.

Comentario

Libertad de tránsito

En la enumeración de los derechos civiles y políticos, dentro del marco de los derechos fundamentales consagrados en nuestra carta magna, el artículo 46 de nuestra Constitución establece el derecho a la libertad de tránsito como un derecho fundamental, cuyo ámbito de aplicación se expande, en resumen, a las siguientes tres prerrogativas:

1. el derecho que tiene toda persona que se encuentre en el país de transitar, residir y salir libremente del mismo;
2. el derecho de todo dominicano a ingresar libremente al país, sin que pueda ser privado de este derecho, y a no ser expulsado a menos que la autoridad judicial competente pronuncie legalmente la extradición en su contra; y
3. el derecho que tiene toda persona de solicitar asilo en el territorio nacional, en caso de persecución política, no pudiendo fundamentarse el asilo en casos de terrorismo, crímenes contra la humanidad, corrupción administrativa y delitos transnacionales. Por igual, la posibilidad de pedir refugio en nuestro país.

Este derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución hace eco de lo establecido en importantes normas supranacionales, debidamente ratificadas por nuestro país, que rezan de la manera siguiente:

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos:**

“Artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y regresar a su país”.

“Artículo 14:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

- **Pacto Universal de los Derechos Civiles y Políticos**

“Artículo 12:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

“Artículo 13:

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

Son estas normas supranacionales reconocidas por el Tribunal Constitucional, cuando se pronuncia de la siguiente forma:

n) En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 12, indica: Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. De igual manera, el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. o) De esto se colige que el derecho al libre tránsito y al libre acceso a los demás derechos que se pueden ver afectados por la no libertad de estos, están garantizados no sólo por nuestra Constitución, sino

por el bloque de constitucionalidad que componen los pactos y tratados a los que como república, somos signatarios¹.

De una simple lectura del texto constitucional y lo previsto por los señalados instrumentos internacionales es posible colegir que lo comprendido dentro del derecho a la libertad de tránsito no es más que una prolongación de la libertad personal², tal y como expresaba la magistrada Enilda Reyes Pérez en la primera versión de esta obra, al manifestar que “la libertad de circulación o de tránsito guarda estrecha relación con el derecho a la libertad y la seguridad que de ella se deriva. Ciertamente es un derecho fundamental y pertenece al ámbito de la genéricamente llamada libertad personal”³. Por eso no resulta extraño que, al igual que en la República Dominicana, este derecho se encuentre consagrado en la mayoría de las legislaciones a nivel global. Veamos, a modo de ilustración, lo previsto por las siguientes normas sustantivas:

- **Constitución de Costa Rica – Artículo 22:** “Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país”.
- **Constitución de Colombia – Artículo 24:** “Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”.
- **Constitución de Argentina – Artículo 14:** “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio

1 Tribunal Constitucional, TC/0071/13, 7 de mayo de 2013.

2 RISSO FERRAND, Martín. *Derecho constitucional*: Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, t. I, p. 542.

3 PODER JUDICIAL. *La Constitución de la República Dominicana comentada por los jueces del Poder Judicial*: Santo Domingo, Editora Corripio, 2006, p. 55.

argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

- **Constitución de España – Artículo 19:** “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

Asimismo, existen casos en que el derecho a la libertad de tránsito se verifica por igual para todos los nacionales de una multiplicidad de países, así como para las personas dotadas de una visa para ingresar a uno de ellos, como ocurre en la Unión Europea, donde, según lo prescrito por los Acuerdos Schengen y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, existe libertad de circulación y residencia en los Estados miembros en los que resulta aplicable.

Como podemos ver, el derecho a la libertad de tránsito es una prerrogativa consagrada en países democráticos donde se respetan las libertades fundamentales del ser humano, con el objetivo de que este pueda alcanzar su plena libertad y desarrollo personal. Esto es debido a que solo con el disfrute del libre tránsito se podrá asegurar el acceso a otros derechos fundamentales consagrados por nuestra Constitución, como son, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) el derecho a la libertad y seguridad personal (art. 40), porque la persona no podrá ser privada de su libertad sin cumplir con el debido proceso de ley; b) el derecho a la integridad personal (art. 42), ya que la persona podrá trasladarse de un lugar a otro con el objetivo de salvaguardar su integridad física y moral, evitando vivir en un lugar de violencia; c) el derecho de propiedad (art. 51), toda vez que al ser posible entrar y residir legalmente en el país, la persona podrá disfrutar de los bienes de su propiedad ubicados en el territorio nacional; d) el derecho a la familia (art. 55), porque solo a través

4 Artículo 45: “Libertad de circulación y de residencia - 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”.

del libre tránsito se podrá desarrollar una familia plena; e) el derecho a la salud (art. 61), ya que la persona tendrá la posibilidad de trasladarse a los centros de asistencia médica necesarios para el cuidado de su salud; f) el derecho al trabajo (art. 62), pues solo con la posibilidad de circular las personas podrán asistir a sus trabajos y ejecutar las labores que les son encomendadas; g) el derecho a la educación (art. 63), en virtud de que se tendrá la posibilidad de acudir a los centros de educación distribuidos en todo el territorio nacional, entre otros.

De lo antes expuesto se constata la importancia del derecho al libre tránsito como parte del catálogo de derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Por esto, al igual que como ocurre con los demás derechos fundamentales, la salvaguarda del derecho al libre tránsito puede ser reclamada por su sujeto activo mediante la acción de amparo⁵, que constituye el mecanismo de tutela y protección aplicable en la especie. Es importante recordar que dicha acción resulta admisible cuando no exista otra vía judicial efectiva para la protección del derecho en cuestión, o cuando, si resulta del caso, no se trate de una acción vinculada a la privación ilegal y arbitraria de la libertad, a la que se aplicaría la acción de *habeas corpus*.

Dicho todo lo anterior, es posible afirmar que, tal y como indicamos al inicio de nuestra exposición, a partir de las normas señaladas y del texto constitucional en cuestión, el derecho a la libertad de tránsito puede ser dividido en tres prerrogativas bien delimitadas, por lo que en lo adelante abordaremos cada una de ellas, realizando las precisiones de lugar en cuanto a los principios y sus excepciones (que se materializan como límites al derecho), las normas nacionales e internacionales aplicables a cada caso, así como la jurisprudencia nacional y comparada que resulte de rigor, de manera que se logre un análisis breve, pero global, sobre lo previsto por nuestra carta magna en cuanto al derecho a la libertad de tránsito.

5 Artículo 72 de la Constitución y artículos 65 y siguientes de la Ley núm. 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales (modificada por la Ley núm. 145-11).

1. El derecho que tiene toda persona para transitar, residir y salir libremente del territorio nacional

Según hemos visto en el desarrollo de los artículos que preceden, la República Dominicana es un Estado libre, soberano e independiente⁶, cuyo territorio se encuentra conformado según lo establecido por el artículo 9 de la Constitución⁷. En virtud de su soberanía, nuestra carta magna ha consagrado el Derecho al Libre Tránsito dentro del territorio nacional, comprendiendo el derecho a transitar, residir y salir libremente del país.

Al analizar este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional lo ha definido y ha explicado su alcance de la manera siguiente:

El derecho a la libertad de tránsito constituye una de las libertades fundamentales y una condición que resulta indispensable para el desarrollo de las personas. Puede ser ejercido desde distintas dimensiones, como es el derecho a transitar libremente, ya sea dentro de su país, como dentro del país donde se encuentra como visitante. En este último caso –y, como no, también en el primero, la ley regula este derecho, por lo que no se trata de un derecho absoluto; no obstante, al momento de ser regulado, no debe anularse su núcleo esencial, pues ello conllevaría a una violación a ese derecho. Implica además la posibilidad de entrar y salir de un país cualquiera libremente, y se encuentra consagrado no sólo en nuestra Constitución sino además, en el marco internacional, lo encontramos en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁸.

En esta jurisprudencia vemos que el derecho a la libertad de tránsito es consagrado en nuestra Constitución como una condición indispensable para el desarrollo de las personas. El alcance de este derecho implica, según el Tribunal Constitucional, que “a toda persona —que no tenga impedimento legal alguno— le asiste el derecho de transitar o movilizarse, sin

6 Ver artículos 1, 2 y 3 de la Constitución dominicana.

7 Ver contenido del artículo 9, desarrollado previamente.

8 Tribunal Constitucional, TC/0126/15, 10 de junio de 2015.

ningún entorpecimiento, por las vías y espacios públicos o privados de uso público que empalmen con su propiedad”⁹, así como “la posibilidad de que toda persona pueda desplazarse de manera libre no solo en las vías públicas, sino en los espacios públicos o privados de uso público como ocurre en la especie, pues en dicha plaza funcionan establecimientos a los cuales debería acceder el ciudadano común”¹⁰.

De esta forma, el derecho a la libertad de tránsito se vislumbra como una prerrogativa inherente a la persona, y puede ser ejercido de manera plena por encontrarse plasmado en nuestra Constitución y los instrumentos internacionales que conforman parte del bloque de constitucionalidad. No obstante, como normalmente ocurre, este derecho no es absoluto y puede ser limitado por normas que no afecten su núcleo esencial, toda vez que, si bien la regla es el libre tránsito, el mismo puede verse restringido por normas imperativas que busquen garantizar, o bien otros derechos fundamentales, o intereses legítimamente protegidos a favor de la comunidad. En este sentido, dentro de las principales limitaciones al derecho a la libertad de tránsito podemos encontrar el derecho de propiedad (a), la privación de libertad (b), los estados de excepción (c), las reglas migratorias para residir en el territorio nacional (d), y la extradición (e). A continuación se tratarán cada una de estas limitaciones, dejando la extradición para el siguiente apartado.

a. El derecho de propiedad

El derecho de propiedad es un derecho fundamental reconocido en el artículo 51 de la Constitución dominicana, que dispone en su parte capital lo siguiente: “El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes”. Es lo que en nuestro derecho privado se encuentra protegido por el artículo 544 del Código Civil, al proscribir que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos”. Es por esto que se afirma que el

9 Tribunal Constitucional, TC/0126/19, 29 de mayo de 2019.

10 Tribunal Constitucional, TC/0392/18, 11 de octubre de 2018.

derecho de propiedad es absoluto y oponible frente a los demás, incluido el propio Estado, ya que el propietario tiene el uso, el disfrute y el abuso sobre la cosa, sin que un tercero pueda limitarlo de manera ilegítima.

En este tenor, nuestra Suprema Corte de Justicia ha reconocido plenamente el derecho de propiedad que tiene toda persona, al precisar que “el derecho de propiedad es un derecho reconocido por nuestra Constitución como un derecho fundamental”.¹¹ Este criterio se ve complementado por el Tribunal Constitucional, al decidir un caso respecto del derecho de propiedad sobre un bien inmueble, cuando señala que “el derecho a la propiedad inmobiliaria puede ser definido, de manera general, como el derecho exclusivo de una persona (salvo el supuesto de copropiedad) al uso y disposición de un bien inmueble, e implica la exclusión de terceros del disfrute y aprovechamiento de dicho inmueble, a menos que su propietario lo haya consentido”¹².

En consecuencia, en el ejercicio de este derecho, en virtud del derecho a goce o disfrute de su propiedad, el titular puede restringir el libre tránsito de cualquier persona dentro de esta, a menos que con su ejercicio atente contra derechos de la comunidad o cometa un uso abusivo del mismo, o que, luego de haberse agotado el procedimiento de lugar, se determine la necesidad de otorgar algún tipo de servidumbre de paso o, por otro lado, la propiedad sea declarada de utilidad pública, entre otros.

En el uso de estas prerrogativas, el propietario de un inmueble puede levantar linderos que delimiten la superficie de su propiedad para evitar que cualquier tercero acceda a ella, impidiendo con esto el tránsito dentro de su inmueble (a), así como perseguir la expulsión de cualquier extraño que ingrese y ocupe ilegalmente su propiedad, ya sea a través de una acción penal en violación de propiedad (b)¹³, o mediante un desalojo desarrollado, ya sea de manera administrativa ante el Abogado del Estado o a través de un procedimiento judicial ante los tribunales de la jurisdicción inmobiliaria (c)¹⁴.

11 Suprema Corte de Justicia, 3.ª Sala, 9 de noviembre de 2016, núm. 638, B. J. 1272.

12 Tribunal Constitucional, TC/0185/13, 11 de octubre de 2013.

13 Ley 5869, del 24 de abril de 1962, sobre Violación de Propiedad.

14 Artículos 47 y siguientes de la Ley núm. 108-05, sobre Registro Inmobiliario.

b. La privación de libertad

El artículo 40 de nuestra Constitución establece el derecho fundamental que tiene toda persona a su libertad y seguridad personal, derecho que solo podrá ser restringido en virtud de una decisión judicial legalmente emitida. Esta decisión judicial, en virtud del debido proceso de ley y las normas aplicables a la materia procesal penal, podría imponer medidas de coerción personales, para el caso de procesos en curso, o penas privativas de libertad en los casos donde se dicte una sentencia condenatoria. En simples palabras, en nuestro sistema existen limitaciones a la libertad que surten efecto de manera provisional, como medio instrumental, o de manera definitiva, como sanción producto del hecho punible.

En el caso de las penas privativas de libertad, estas provienen de una sentencia condenatoria dictada al culminar el proceso penal correspondiente por la comisión de ilícitos penales previstos por una norma preexistente. Esta norma, en atención al principio de legalidad, deberá establecer el tipo penal, sus elementos constitutivos y la sanción que deba ser impuesta.

Las medidas de coerción personal consisten en aquellas acciones llevadas a cabo sobre la persona del imputado con el objetivo de garantizar que no se sustraiga del proceso, se evite la destrucción de pruebas y, por último, se proteja a la víctima y a los posibles testigos del caso; deben ser impuestas solo por el tiempo absolutamente indispensable y mediante decisión judicial motivada y escrita.

En cuanto a las medidas de coerción enumeradas por nuestro Código Procesal Penal, podemos afirmar que restringen el derecho a la libertad de tránsito las siguientes:¹⁵

- El arresto, que consiste en la aprehensión de la persona con el objetivo de llevarla ante la justicia. Este debe ser sustentado en una orden judicial, a menos que la persona sea sorprendida al momento de cometer el hecho o inmediatamente después, por haberse sustraído de un establecimiento penal, de detención o donde guarde arresto domiciliario, cuando tiene en su poder objetos, armas, etc., cuando haya incumplido con la regla de la suspensión condi-

15 Artículos 224 y 226 del Código Procesal Penal, modificados por la Ley núm. 10-15.

cional o la orden de protección que se le haya impuesto, cuando ha incumplido con la medida de colocación de localizador electrónico o cuando intente salir del país a pesar de tener impedimento de salida. Con el arresto la persona es restringida de su derecho al libre tránsito, en virtud de que la autoridad lo mantendrá detenido hasta por cuarenta y ocho horas, período de tiempo dentro del cual deberá ser presentado ante el juez competente.

- El impedimento de salida del país, de la localidad donde reside o del lugar donde fije el juez, debido a que con esto se restringen las tres prerrogativas (transitar, residir y salir del territorio).
- El sometimiento al cuidado y vigilancia de una persona o institución, ya que no existe la posibilidad de un libre tránsito pleno, al estar supeditado el accionar de la persona al cuidado de un tercero.
- La presentación periódica ante el juez o autoridad designada por este, porque el imputado deberá cumplir con su presentación los días determinados, sin un disfrute pleno del libre tránsito.
- La colocación de localizadores electrónicos, pues estos determinarán el lugar donde se encuentra el imputado en todo momento, sin que pueda ejercer un libre tránsito pleno. Por ejemplo, en los casos de arresto domiciliario, los grilletes electrónicos alertarán ante la salida del imputado de su domicilio.
- El arresto domiciliario, toda vez que el imputado deberá mantenerse en su propio domicilio sin tener la posibilidad de transitar fuera de este.
- Por último, la prisión preventiva, que es la medida de coerción personal que más afecta el derecho a la libertad de tránsito, en virtud de que el imputado se verá reducido a prisión durante el período de vigencia de la medida o hasta que una autoridad judicial competente la revoque.

En tal virtud, vemos cómo las medidas de coerción personal —mientras dure su imposición— y las penas privativas de libertad —hasta el cumplimiento de la pena o en caso de su suspensión condicional— restringen el derecho al libre tránsito. Todo con el marcado interés de salvaguardar los derechos de la colectividad; las primeras sirven como un mecanismo necesario para la efectiva realización del proceso penal, mientras que las segundas con objetivos dirigidos a sancionar la conducta penalmente reprochable, resocializar al condenado, reparar el daño causado a la sociedad por el tipo penal cometido y disuadir, tanto al condenado como al conglomerado social, de la comisión de este tipo de hechos.

c. Los estados de excepción

Los estados de excepción constituyen situaciones extraordinarias que las normas constitucionales prevén con el objetivo de que los poderes públicos puedan responder a las circunstancias y volver a la normalidad. El artículo 262 de nuestra Constitución consagra tres tipos de estados de excepción (estado de defensa, estado de conmoción interior y estado de emergencia), definiéndolos en conjunto como aquellas situaciones extraordinarias que afecten gravemente la seguridad de la nación, de las instituciones y de las personas frente a las cuales resultan insuficientes las facultades ordinarias.

De acuerdo con la Constitución y la Ley núm. 21-18, sobre Regulación de los Estados de Excepción, un estado de excepción debe ser declarado por el presidente de la República luego de ser autorizado por el Congreso Nacional, pudiendo tomar medidas de tanta importancia como la restricción de derechos fundamentales. Sin embargo, como se desarrolla de manera más extensa en otra parte de esta obra, la posibilidad de limitación es distinta según el estado de excepción de que se trate.

Para el caso del Estado de defensa, el artículo 263 de la Constitución dispone, expresamente, que no pueden suspenderse el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad de conciencia y de cultos, a la protección de la familia, al nombre, los derechos del niño, a la nacionalidad, a la ciudadanía, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, a la legalidad

e irretroactividad de la ley, al reconocimiento de la personalidad jurídica, y a las garantías judiciales, procesales e institucionales para la protección de todos estos derechos. De esto se colige que, fuera de esos derechos, todos los demás pueden ser suspendidos en caso de un estado de defensa (incluyendo el derecho a la libertad de tránsito). Encontramos una redacción distinta en el artículo 266, numeral 6, de nuestra carta magna, en que se precisa cuáles son los únicos derechos que pueden suspenderse en los estados de conmoción interior y de emergencia, incluyendo el derecho a la libertad de tránsito (sin listar ninguno cuya prohibición se encuentra en el cuerpo del indicado artículo 263).

Antes del año 2020, en la historia reciente de nuestro país era extraño pensar sobre la posibilidad de declaratoria de un estado de excepción donde se restrinjan los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Sin embargo, la pandemia global generada por la covid-19 desde inicios de dicho año provocó que en la República Dominicana se haya mantenido, con la aprobación congresual, por más de un año y medio un estado de emergencia en que se restringen ciertos derechos fundamentales, de manera particular el del libre tránsito, con el objetivo de combatir la pandemia.

Lo anterior se comprueba a partir del primer Decreto emitido por el Poder Ejecutivo (núm. 134-20), en fecha 19 de marzo de 2020, que declaró formalmente el estado de emergencia en todo el territorio nacional y se dispusieron, de manera específica, “restricciones, por el tiempo estrictamente necesario, a las libertades de tránsito, asociación y reunión, de acuerdo con lo dispuesto en las letras h) y j) del numeral 6 del artículo 266 de la Constitución y los numerales 8 y 10 del artículo 11 de la Ley núm. 21-18”. La restricción a la libertad de tránsito se vio materializada mediante el establecimiento de un toque de queda en el cual se prohibió el tránsito y circulación durante períodos de tiempo determinados. Esta afectación se mantiene hasta la fecha en que se produce este escrito, en virtud de los efectos del Decreto núm. 447-21, de fecha 3 de agosto de 2021, mediante el cual el Poder Ejecutivo mantiene el toque de queda en todo el territorio nacional, menos en el Distrito Nacional y La Altagracia, localidades donde se ha eliminado la medida debido a la situación sanitaria presente en cada una de ellas.

d. Las reglas migratorias para residir en el territorio nacional

En atención al cuerpo del texto constitucional, el derecho a la libertad de tránsito implica la posibilidad de residir en el territorio nacional como una prerrogativa inherente a este derecho. Sin embargo, este derecho puede ser limitado para los extranjeros en virtud de lo dispuesto por la Ley núm. 258-04 sobre Migración, que establece las distintas modalidades de residencia, su forma de obtención y los plazos por los cuales puede ser otorgada.

Esto quiere decir que, en atención a su soberanía, el Estado dominicano ha dictado normas para el ingreso y control de los extranjeros en su territorio. Esto se replica en todos los países del mundo, al establecer los mecanismos de control de ingreso y salida de sus territorios a través de procesos que aseguren el ingreso formal de los extranjeros, quienes podrán hacerlo con sus documentos de origen (con necesidad o no de visa), pudiendo mantenerse en el territorio durante el tiempo previsto por la ley, a menos que completen el correspondiente proceso para obtener su residencia en el país. Estas limitaciones constituyen unas reglas válidas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, según se puede colegir de lo manifestado por el Tribunal Constitucional al evaluar la constitucionalidad del “Acuerdo entre la República Dominicana y la República de Honduras sobre la supresión de los requisitos de visa para sus nacionales en pasaportes ordinarios o corrientes”, cuando da por bueno y válido que en este tipo de acuerdos se establezcan límites temporales para transitar y mantenerse en el país sin visado¹⁶.

Vale resaltar que como complemento de todo lo anterior se encuentra la posibilidad que tiene el Estado dominicano de denegar la entrada de extranjeros, expulsarlos o deportarlos, de acuerdo con la realidad que se presente en cada caso, lo que no puede ocurrir en caso de los nacionales, ya que, como veremos más adelante, solo pueden ser expulsados al culminar un procedimiento de extradición.

¹⁶ Tribunal Constitucional, TC/350/18, 5 de septiembre de 2018: “6.2 Libertad de tránsito. 6.2.1. El artículo I de este acuerdo establece que los pasaportes ordinarios, válidos y vigentes de la República de Honduras y de la República Dominicana, podrán entrar en el territorio de la otra parte contratante, transitar por el mismo y permanecer en él sin visado por un período no mayor de sesenta (60) días, a partir de la fecha de entrada en el territorio de la otra parte, siempre y que no ejerzan una actividad remunerada o de estudio durante su estancia y que tenga fines turísticos”[...] “6.2.5. Resulta, entonces, que el referido acuerdo constituye un instrumento apto para desarrollar el objetivo de regular de una manera igualitaria, soberana y democrática el tránsito de personas, titulares de los referidos pasaportes”.

Estas prerrogativas prescritas por la señalada Ley núm. 258-04 han sido valoradas por el Tribunal Constitucional de la manera que se cita a continuación:

q. De hecho, la concesión de una visa o de una residencia no suponen la admisión incondicional al territorio dominicano, pudiendo los mismos ser revocados por las autoridades migratorias en los casos previstos en la propia ley, especialmente, aquellos relativos a la no admisión, a la deportación y a la expulsión. [...] t. En síntesis, para que la no admisión, deportación o expulsión de un extranjero tenga eficacia, la Administración correspondiente –amparada de todas las herramientas que el legislador dispuso para garantizar la seguridad pública y estatal–, precisa velar por el cumplimiento de un debido proceso, o su actuación puede ser nula de pleno derecho, o anulable¹⁷.

2. El derecho de todo dominicano a ingresar libremente al territorio nacional, no pudiendo ser expulsado salvo caso de extradición

De acuerdo con nuestro texto constitucional, todo dominicano tiene el derecho de ingresar en el territorio nacional, por lo que para hacerlo solo debe demostrar tener la nacionalidad a partir de los documentos oficiales emitidos por autoridad competente a tal fin.

Una vez en el territorio nacional, solo podrá ser expulsado una vez agotado el procedimiento de extradición previsto por nuestro ordenamiento jurídico, entendido este como “el procedimiento de entrega que un Estado hace a otro Estado de una persona, imputada, acusada o condenada por un crimen o delito de derecho común, quien se encuentra en su territorio, para que en el segundo país se le enjuicie penalmente o se ejecute una pena, tramitación realizada conforme a normas preexistentes de validez dentro del derecho interno de una nación o en el ámbito del derecho internacional, atendiendo a los principios de colaboración y reciprocidad entre los Estados”¹⁸.

¹⁷ Tribunal Constitucional, TC/0538/15, 1 de diciembre de 2015.

¹⁸ Suprema Corte de Justicia, 2.ª Sala, 29 de agosto de 2016, núm. 913, B. J. 1269.

Tal y como indica la anterior jurisprudencia, la extradición debe fundamentarse en normas nacionales e internacionales que delimiten su ámbito de aplicación. En la República Dominicana existen la Ley núm. 489 sobre Extradición, el Código Procesal Penal y los acuerdos bilaterales sobre extradición que hayan sido incorporados a nuestro ordenamiento. Por lo tanto, para que un dominicano sea extraditado del país a solicitud de otro Estado, que es lo que se conoce como extradición pasiva, debe agotarse ante la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia el procedimiento establecido por los artículos 160 y siguientes del Código Procesal Penal. A estos fines, el proceso debe garantizar la defensa efectiva del sujeto a extradición, a través de la presentación de sus pruebas y medios de defensa durante la audiencia celebrada para el conocimiento de la solicitud.

Al tratarse de un mecanismo de expulsión debidamente regulado, la extradición constituye un verdadero límite al derecho a la libertad de tránsito, toda vez que la persona objeto de extradición se verá constreñida a salir del país por efecto de una decisión rendida en este sentido. Este límite ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional al señalar que “el derecho fundamental a la libertad de tránsito de los ciudadanos dominicanos encuentra uno de sus límites en la extradición, siempre que sea conforme a la ley y los acuerdos internacionales vigentes”¹⁹.

3. El derecho a solicitar asilo político y refugio

Finalmente, el derecho al libre tránsito reconocido en nuestra Constitución se completa con el derecho de toda persona a solicitar asilo en el territorio nacional cuando se encuentre siendo objeto de persecuciones fundamentadas en motivos políticos; el Estado dominicano deberá garantizarle el pleno ejercicio de sus derechos conforme a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el país, como son la Convención sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928 (La Habana), la Convención sobre Asilo Político, del 26 de diciembre de 1933 (Montevideo), la Convención sobre Asilo Político, del 28 de marzo de 1954 (Caracas), así como la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, del 28 de julio de 1951 (Ginebra) y su Protocolo de Aplicación.

¹⁹ Tribunal Constitucional, TC/0480/19, 5 de noviembre de 2019.

En atención a lo plasmado en nuestra Constitución, para poder solicitar asilo en nuestro país el extranjero debe demostrar que la persecución en su contra se debe a su afiliación política, a su lucha por la democracia, a sus enfrentamientos legítimos contra los órganos de poder, etc., pero no en virtud del inicio de acciones penales donde se le persiga por terrorismo, crímenes de lesa humanidad, corrupción administrativa ni delitos transnacionales. Además, aunque no se encuentra expresamente establecido en el texto constitucional, en virtud de las normas internacionales antes indicadas el extranjero puede solicitar refugio en nuestro país, siempre y cuando demuestre fundados temores de ser perseguido o ya ser objeto de persecución por motivos de raza, creencias religiosas, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas. Como se puede observar, el refugio es mucho más abarcador que el asilo, pues este último tiende más a proteger contra la persecución por motivos políticos²⁰. Para el caso del refugio, en el literal F del artículo 1 de la mencionada convención se excluyen como posibles fundamentos la comisión de delitos contra la paz, delitos de guerra, delitos contra la humanidad, así como haber cometido delitos comunes graves en su país de origen, antes de ser admitido como refugiado, y, por último, ser culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas.

Ambas figuras, el asilo y el refugio, se encuentran reguladas en nuestro país en virtud de lo previsto por la Ley núm. 285-14, sobre Migración, y su Reglamento de Aplicación (Decreto núm. 631-11), así como por el Decreto núm. 1569, del 15 de noviembre de 1983, que crea la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), y el Decreto núm. 2330, del 10 de septiembre de 1984, contentivo del Reglamento de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

Es que, vistos desde la esfera del derecho internacional, el asilo y el refugio se convierten en una especie de acogida para aquel que, siendo perseguido injustamente por ideales políticos legítimamente protegidos, por su raza, por su nacionalidad, por sus preferencias, así como por creencias, no encuentra protección en su país de origen y busca obtener, en los brazos del país de que lo recibe, la protección efectiva y el disfrute pleno de sus derechos. Por el contrario, nunca podrá convertirse en un mecanismo de

20 PIZARRO, Andrés y MÉNDEZ, Fernando. *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*: Panamá, Universal Books, 2006, pp. 394-401.

escape ante la comisión de crímenes tan graves que afecten de manera tan radical no solo a la sociedad de su país de origen, sino a toda una región o el mundo en su totalidad, como ocurre en los casos de terrorismo, genocidio, corrupción transnacional, tráfico ilícito de sustancias controladas, trata de personas, entre otros, cuya comisión afecta de manera sustancial los derechos más importantes del ser humano y su posibilidad de desarrollo como ente social.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 47

POR MARIO N. MARIOT

Artículo 47.- Libertad de asociación. Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley.

Comentario

Antecedentes

Parte de la doctrina especializada considera este derecho como de primera generación y, sin embargo, su reconocimiento como tal se ubica más bien en la segunda mitad del siglo XIX y de manera más plena ya en el siglo XX¹. En los Estados Unidos de América es reconocido gracias a la jurisprudencia y, específicamente, por una sentencia del año 1958 del Tribunal Supremo que estableció que se encuentra implícitamente dentro de la primera enmienda a la Constitución norteamericana². Francia lo hace en virtud de una ley dictada el 1 de julio de 1901³ y en España por primera vez en la Constitución de 1869.

En la República Dominicana, la Constitución vigente hasta el año 2010 lo consignaba dentro del catálogo de derechos fundamentales del artículo 8, específicamente en el numeral 7 junto al derecho de reunión⁴.

Definición

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha precisado en varias decisiones el concepto de *libertad de asociación* que, a manera de

1 PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*: Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 385.

2 DÍEZ-PICAZO, Luis-María. "Sistema de derechos fundamentales". Thomson – Civitas y Caso National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama, 2003, pp. 309 y siguientes.

3 Ídem.

4 Constitución de la República Dominicana del año 1966 y sus posteriores modificaciones, artículo 8, numeral 7.

derecho fundamental, consigna el artículo 47 de la Constitución. Por solo mencionar algunas, la sentencia TC/0043/12 señala que “... la libertad de asociación es uno de los derechos humanos que posibilita, esencialmente, la unión de personas que se identifican con un interés legítimo y que persiguen objetivos lícitos. Asimismo, otorga la posibilidad de constituir agrupaciones permanentes que buscan un mismo fin”⁵; en ese mismo sentido se pronuncia también el máximo órgano de interpretación de la carta sustantiva por medio de la sentencia TC/0163/13⁶ que, como ilustrador aporte y además de insertar nuevamente el concepto comentado, precisa las diferencias entre las asociaciones de derecho público y las de carácter privado.

Dentro del bloque de constitucionalidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 20, proclama: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”⁷. De su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo prevé en su artículo 22 cuando señala: “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”⁸. Tal y como se evidencia, el texto constitucional dominicano presenta menor complejidad y alcance con respecto de estos dos últimos.

La doctrina nacional ha fijado el concepto de libertad de asociación considerándola “... un derecho civil y político esencial, garantizado por el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es un derecho humano que consiste en la facultad de que disponen los seres humanos de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones libremente, con objetivos de concreción lícitos, la libertad de retirarse de las mismas en caso de así decidirlo. También comprende el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación”⁹. Los autores José Darío Suárez y Adriano Miguel Tejada explican:

El derecho de libre asociación, al igual que muchos otros derechos humanos, deriva de la necesidad social de solidaridad y asistencia

5 TC/0043/12.

6 TC/0163/13.

7 Artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

8 Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9 FRANCO, Francisco. *Constitución de la República Dominicana interpretada por el Tribunal Constitucional dominicano*, p. 160.

mutua. De ahí que, el ejercicio del derecho de asociación se traduzca en la constitución de asociaciones de todo tipo, las cuales, con personalidad jurídica propia y una cierta continuidad y permanencia, habrán de servir al logro de sus fines, a la realización de las actividades y a la defensa de los intereses coincidentes de los miembros de las mismas¹⁰.

La interpretación y delimitación del concepto por parte del Tribunal Constitucional y la construcción doctrinaria permiten asumir la libertad de asociación como un derecho humano, reconocido y consignado por todo el bloque de constitucionalidad y que implica la prerrogativa que acompaña a todo ser humano de unirse libremente en grupos, asociaciones, corporaciones o cualquier tipo de organización sea esta cultural, religiosa, comunitaria, política, sindical, social, profesional u otra cuya naturaleza y objeto sean legítimos y lícitos.

Características

El alcance del concepto permite fijar algunas características necesarias para su reconocimiento como prerrogativa fundamental del ser humano, a saber:

1. Es un derecho humano y así aparece consignado en la Constitución política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y lo ha interpretado, asumido y definido la jurisprudencia constitucional nacional e internacional.
2. Es de naturaleza civil y política por encontrarse enmarcado y relacionado con el catálogo de derechos similares que se refieren a las facultades de las que es titular el individuo en el ámbito de sus actividades públicas y privadas.

10 José Darío Suárez y Adriano Miguel Tejada, (*Constitución Comentada de la República Dominicana, Santo Domingo, PUCMM, 1987*) citados por Bergés Dreyfous, Ana Rosa, y otros, "*La Constitución de la República Dominicana Comentada por los Jueces del Poder Judicial*", Editora Corripio, Santo Domingo, 2006, página 87.

3. El derecho de asociación es ejercido por el individuo de manera voluntaria.
4. La agrupación, asociación, organización, colegiatura, partido, corporación o club de que se trate debe tener un carácter permanente; vale decir, debe conformarse con miras a su trascendencia en el tiempo. ¿Quiere esto indicar que su duración será eterna? De ninguna manera puede asimilarse de esa forma, sino que debe verificarse una vocación de durabilidad definida por la finalidad perseguida.
5. El interés que reúne a los asociados debe ser legítimo y puede alcanzar cualquier arista de la vida del ser humano; es decir, puede ser de naturaleza religiosa, comunitaria, deportiva, social, profesional, recreativa, etc.
6. Los objetivos perseguidos deben ser lícitos, de donde resulta que no hay espacio para reclamar la tutela de ese derecho si el fin de una agrupación política fuera, por ejemplo, la sustitución del Gobierno de la nación por una vía distinta a aquella que está prevista en la propia Constitución.
7. Por haber sido incluido en el catálogo de derechos civiles y políticos de la persona humana, a nadie puede impedírsele la posibilidad de retirarse de la asociación en el instante mismo en que lo entienda oportuno y conveniente, en tanto que constituye una prerrogativa que es ejercida conforme a su voluntad y no una imposición de la carta magna.
8. Siguiendo la misma línea de razonamiento, y por las mismas razones, a nadie se le puede obligar a pertenecer a una asociación, agrupación, sindicato, club, organización, partido, equipo o religión de las que se ha comentado.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 48

POR JOSÉ MANUEL GLASS

Artículo 48.- Libertad de reunión. Toda persona tiene el derecho de reunirse, sin permiso previo, con fines lícitos y pacíficos, de conformidad con la ley.

Comentario

(1) El derecho de reunión

Se encuentra establecido e intocable en nuestra carta magna desde la Constitución de San Cristóbal, del 6 de noviembre de 1844. Al igual que en otros similares, el grado de respeto a este derecho ha dependido del nivel de democracia o autoritarismo imperante en el país. El derecho de reunión ha sido reconocido en toda época y lugar como herramienta esencialísima en el activismo y desarrollo religioso, político, social y sindical. El bien jurídico protegido no tiene que ver en principio con el lugar de la reunión (público o privado), ni con la convocatoria cerrada o abierta para los participantes, o el tema a tratar; lo que se procura es posibilitar el ejercicio de la tan apreciada libertad de tránsito (para llegar a la reunión), así como la expresión y difusión del pensamiento, entre otros derechos. De ahí, que nuestra carta trae implícitamente la autorización, al consignar el derecho a reunirse “sin permiso previo”, lo cual desde ya anuncia que solo podría restringirse si no fuere “con fines lícitos y pacíficos, de conformidad con la ley”. Es importante resaltar que, aun cuando la redacción anterior era más explícita al describir detalles como “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”, la actual trae consigo un elemento fundamental, al reconocer el derecho de reunirse “sin permiso previo”, aspecto medular para el libre ejercicio del citado derecho.

(2) Conceptos fundamentales

“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”¹.

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”².

“El ámbito irreductible de protección del derecho a la reunión, manifestación y protesta, es la conglomeración de personas, identificadas con fines comunes, cuyo fin es manifestarse –libertad de expresión- frente al funcionamiento del gobierno –control político-, a través de la presión en la calle y mediante un actuar pacífico y sin armas. En otras palabras, el Legislador no podrá, por vía de legislación estatutaria, establecer medidas que cercenen la facultad ciudadana de ejercer control al poder político, de manifestarse u opinar libremente y de intentar establecer un diálogo con el Estado sobre asuntos esenciales. Por ejemplo, el Estado no podrá tomar medidas que anulen el ejercicio del derecho –restricción plena de vías, medidas de excepción que suspendan indefinidamente el derecho de protesta, entre otros-, o que criminalice el derecho –creación de tipos penales, ejercicio directo o indirecto de censura, entre otros-. De esta condición principal, derivan condiciones concretas”³.

(3) Doctrina

Dado que en nuestro medio no abundan los debates y cuestionamientos con respecto a este instrumento de expresión democrática, tampoco son abundantes los criterios y puntos de vista doctrinales sobre el tema.

Esto es así porque al hacer exégesis sobre garantías y derechos se suele direccionar la atención y opinión mayormente hacia aquellos derechos frecuentemente conculcados, limitándose las valoraciones sobre el derecho de reunión a los más sobresalientes referentes de jurisprudencia compa-

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 20, numeral 1.

2 Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 21.

3 Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-223/17, 20 de abril de 2017.

rada o posturas asumidas en foros y organismos de relevancia nacional o internacional.

No obstante, resaltamos algunas notas que permiten observar los niveles de valoración que se tiene en nuestro país a propósito del derecho de reunión:

El apuntalamiento directo de la libertad del pensamiento y la comunicación de las ideas entre las personas. Es la más persuasiva y convincente. Nuestra Constitución no define la libertad de reunión. Tres características configuran la libertad de reunión: 1. Limitación de la reunión en el tiempo. La reunión es momentánea. Está limitada en el tiempo. Se distingue de la asociación, que implica un lazo de permanencia entre sus miembros. 2. Su organización. La reunión tiene cierta organización prevista con anticipación. Se distingue de otras situaciones en que varias personas, aun momentáneamente, coinciden en un lugar, tal como los visitantes de un restaurant. 3. Finalidad precisa. Una agenda previa indica los puntos a tratar; y aun sin esa agenda la reunión tiene el propósito de exponer opiniones, intercambiar ideas o acordar o defender intereses comunes de las personas reunidas. También destaca, como tipos de reunión: El agolpamiento, la manifestación, el cortejo y los piquetes.

El agolpamiento. Es una reunión de carácter accidental con la finalidad de provocar desórdenes o perturbaciones al o público. El agolpamiento debe ser en un lugar público. Si hay resistencia de las personas que participan puede quedar configurado el delito de rebelión. El cortejo se distingue de la manifestación, en que ésta última supone una concentración en un lugar fijo. Las personas que asisten están inmovilizadas, es decir, no se desplazan del sitio. Por el contrario, los cortejos o desfiles son manifestaciones de seres humanos que se desplazan inspirados por los sentimientos⁴.

Constituye un derecho subjetivo de carácter colectivo. Se conceptualiza por el agrupamiento organizado y participativo, disconti-

4 JORGE BLANCO, Salvador. *Derechos humanos y libertades públicas*: Santo Domingo, Ediciones CAPEL-DOM, 2002.

nuo y destinado al intercambio común de ideas. El derecho a la libertad de reunión manifiesta el ejercicio del derecho a la libertad, exhibiendo el disfrute de los derechos de discusión, libertades políticas, libertad de cultos, entre otras libertades. Las reuniones deben desarrollarse en forma pacífica y con fines lícitos, y no pueden poner en peligro bienes constitucionalmente protegidos como la integridad y la dignidad de las personas. Para disfrutar el ejercicio del derecho de reunión no es necesario autorización estatal previa. Sin embargo, se impone límites al derecho a la libertad de reunión, siempre y cuando sus fines sean ilícitos, alteración de la paz pública poniendo en peligro a las personas y a sus bienes. Para estos casos la autoridad estatal puede suspender o disolver el ejercicio de este derecho⁵.

El primer esbozo literal y textual a estos derechos fue consagrado en la Magna Carta Inglesa, cuyo origen, con violencia, le fue arrancada a John The Lackland (Juan sin Tierra) en el año 1215. En el siglo XVIII imbuidos del pensamiento iluminista y liberal de Locke y Rousseau, se consagran en la Constitución de los Estados Unidos de América y posteriormente la Asamblea Nacional francesa aprueba la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Hacia 1948, después de la caída del Tercer Reich y tras los crímenes de guerra, la persecución y muerte de judíos, gitanos y otras minorías preconizadas por Hitler y sus partidarios Nazis, los países reunidos en la Organización de las Naciones Unidas proclamaron en París, el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la cual la República Dominicana es signataria.

El derecho de formar grupos, de reunirse y organizarse con el propósito de tocar temas o cuestiones de interés común, es un derecho humano. La habilidad para organizarse y ejercer este derecho, constituye un mecanismo importante por medio del cual los ciudadanos pueden lograr influir en sus líderes y gobiernos.

Este derecho defiende el derecho a realizar asambleas pacíficas, el cual no deberá ser negado sino excepcionalmente en casos de situa-

5 SOSA PÉREZ, Rosalía. *Constitución comentada*, 3.^a ed.: Santo Domingo, FINJUS, 2012.

ciones que afecten la seguridad nacional o pública. Las normas internacionales limitan el uso de la fuerza por parte de las autoridades para controlar las asambleas pacíficas o violentas. Dichas normas requieren que los oficiales encargados de aplicar y ejecutar las leyes, sólo hagan uso de la fuerza como último medio, en proporción a la amenaza y únicamente como forma de minimizar el daño o lesión. En cuanto al derecho de asociación y de reunión así consagrado es preciso señalar para poder caracterizarlo, que no es cualquier reunión la que está protegida por este canon constitucional, antes bien, debe tratarse de una reunión que reúna las condiciones siguientes: a) La libertad de reunión protege las agrupaciones de personas que deciden congregarse previo acuerdo, es decir la reunión ha de ser una reunión concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación entre cada persona que participa; b) La reunión constitucionalmente protegida es aquella celebrada en lugares públicos y a las cuales asisten personas que han sido convocadas no a través de invitación nominal o personal sino a través de una convocatoria a personas indeterminadas; c) Se trata de agrupaciones de personas transitorias pues de lo contrario estaríamos en presencia de una asociación.

Si bien la libertad de asociación tiende a la formación de grupos más o menos durables, organizados o institucionalizados, la libertad de reunión concierne la agrupación transitoria, tal vez momentánea y hasta fugaz, con algún fin común de interés para sus participantes. Muchos derechos se pueden ejercitar a través del derecho de reunión: el de libertad de expresión, de petición, de religión etc; la reunión puede ser también un medio de defensa de otros derechos, por ejemplo, la que se celebra para decidir cuestiones gremiales en materia de trabajo. Dado los elementos anteriormente mencionados, podemos afirmar que por libertad de reunión se entiende la potestad o facultad del individuo para reunirse o congregarse con sus semejantes con cualquier objeto lícito y de manera pacífica. Conviene advertir que, a diferencia de la libertad de asociación, al ejercerse la libertad de reunión, no se crea una entidad jurídica propia, con personalidad moral diversa e inde-

pendiente de la de cada uno de sus componentes; además, una reunión, contrariamente a 10 que ocurre con una asociación, es transitoria, esto es su existencia está condicionada a la realización del fin concreto y determinado que lo motivó, por lo que, una vez logrado éste, tal evento deja de existir⁶.

(4) Tribunal Constitucional

Debe cumplirse con la ley

El derecho de reunión es un derecho fundamental que se ejerce a través del derecho de manifestación. Este no debe encontrar restricciones para que las personas se manifiesten donde quieran, siempre que se cumpla con la ley que regule esa reunión, en el caso de la especie la Ley 241 sobre Tránsito de Vehículos de Motor, pero solo para el uso de las vías públicas y con el objetivo de que no se altere el orden público, pues en este último aspecto los organizadores de las manifestaciones tienen la obligación de mantener el orden, disponiendo las medidas que resulten necesarias para su adecuado desarrollo⁷.

El Estado debe crear condiciones ejercerlo

En todo Estado democrático de derecho, el Estado y sus instituciones deben crear las condiciones necesarias para que el ser humano pueda ejercer libremente y sin previa censura la libertad de tránsito, la libertad de asociarse, de reunirse y de expresar libremente sus ideas y pensamientos y de transitar por el territorio nacional sin limitación⁸.

Intervención no implica arbitrariedad

En los casos en que el derecho a la reunión, la libre expresión y la protesta social desborde el límite establecido y justifique la intervención de la autoridad, esta no puede ejercer su deber de mantener el orden público haciendo uso de la arbitrariedad, por el uso innecesario de la fuerza ni vulnerar el derecho a la integridad física de los manifestantes⁹.

6 BERGÉS DREYFOUS, Ana Rosa. *La Constitución de la República Dominicana comentada por los jueces del Poder Judicial*: Santo Domingo, Suprema Corte de Justicia, 2006.

7 Sentencia TC/0092/18.

8 Sentencia TC/0092/18.

9 Sentencia TC/0092/18.

No puede coartar otros derechos

Ningún derecho individual es absoluto ni puede amenazar, limitar o impedir el goce y ejercicio de los derechos de los demás, ni alterar el orden público y la seguridad ciudadana, cuya preservación la Constitución y la ley ponen a cargo de la Policía Nacional, por lo que el derecho a la reunión, la libre expresión y a la protesta frente a los lugares públicos solo puede ser impedido por la autoridad cuando exista una razón que justifique la limitación de estos derechos. En ningún modo, se podría alegar un peligro eventual o un prejuicio de considerar una manifestación social como sinónimo de desorden o de conspiración al orden constitucional¹⁰.

(5) Derecho comparado

Límites

Según tenemos reiterado, el derecho de reunión “es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo: una agrupación de personas, el temporal: su duración transitoria, el finalístico: licitud de la finalidad y el real u objetivo: lugar de celebración”¹¹.

No es absoluto e ilimitado

El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad

10 Sentencia TC/0092/18.

11 Tribunal Constitucional español, sentencia 38/2009, 9 febrero de 2009. Ver otras sentencias: STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2; doctrina reiterada en las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2.

ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público¹².

Orden público y las limitaciones

Generalmente, las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público. Con el fin de evitar posibles arbitrariedades, se han establecido criterios para calificar las hipótesis de hecho en las cuales se justifica disolver o impedir el desarrollo de una reunión. En líneas generales, estos criterios deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Por lo general, es insuficiente un peligro eventual y genérico, un simple temor o una sospecha. La naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas que lo limiten. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*¹³.

No obliga a las empresas a ceder su local

El derecho de reunión forma parte esencial, además, del derecho de sindicación, pero tampoco en esta ocasión estamos ante un derecho ilimitado. En este sentido, la STC 91/1983 no deja lugar a dudas cuando dice:

No puede afirmarse, de forma absoluta e incondicionada, que el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, ni que la entidad donde prestan su servicio deba soportar en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo¹⁴.

Partiendo de estos principios, dicho tribunal entiende que no existe vulneración del derecho de reunión “por el hecho de que la Administración aplique el criterio de no autorizar las reuniones de los funcionarios miembros de un sindicato exclusivamente dentro del horario de trabajo y, además, en la propia dependencia, ya que esta forma de ejercicio no

12 Tribunal Constitucional español, sentencia 36/1982, 16- de Julio de 1982.

13 Corte Constitucional de Colombia: sentencia T-456-92, 14 de julio de 1992.

14 STC 91/1983: Tribunal Constitucional de México.

está constitucionalmente garantizada, pudiendo ejercerse el derecho de reunión fuera del horario de trabajo en locales ajenos a la Administración o habilitados por la misma¹⁵“.

Reuniones durante pandemia

El 22 de mayo del 2020, la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cataluña anuló por ser contrarias al derecho fundamental de reunión las resoluciones dictadas el día 15 de mayo por el ministro del Interior por las que se prohibían las manifestaciones convocadas por VOX en las cuatro capitales catalanas.

La Sala resume en primer lugar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de reunión para aplicar seguidamente esa doctrina al caso que tiene que resolver. Tras ponderar las circunstancias concurrentes y, en particular, la situación, llega a la conclusión de que la prohibición impugnada no puede considerarse proporcionada, aunque responda a un fin legítimo. En efecto, nada indica que la manifestación en vehículos que pretendía realizar VOX “pueda traducirse en perjuicios significativos para la vida o la salud de las personas; y admitir una prohibición basada en meras conjeturas supondría una quiebra clara del derecho fundamental de reunión y manifestación pacífica, amén de un peligroso precedente”.

Se estima, pues, el recurso y se restablece al citado partido en su derecho a celebrar la manifestación, pero siempre que se cumplan determinadas condiciones: deberá ajustarse al horario y al itinerario previstos y desarrollarse “sin generar obstáculos que puedan impedir el tránsito y la comunicación entre las diferentes partes de la ciudad, otorgando, además, la debida preferencia a los vehículos de servicio público”. Además, “los participantes deberán atenerse a las exigencias normativamente establecidas... en todo lo referido al mantenimiento de distancias, ocupación máxima de vehículos, uso de mascarillas y otros elementos de protección”¹⁶.

Prohibición por salubridad

La puesta en marcha de medidas para personas y familias en dificultades económicas no vulneró este derecho fundamental al disponer la prohibición de la concentración prevista en una plaza de Mérida.

15 Ídem.

16 SSTSJ CAT 1389 a 1392/2020.

Los argumentos que se esgrimen en esta sentencia revelan una concepción muy particular de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental de manifestación. Por un lado, los organizadores, que “solicitan la concentración a título particular sin el respaldo de una asociación con capacidad de convocatoria”, calculan que los manifestantes no superarán las treinta personas, pero desconocen realmente el número de personas que podrían acudir a la cita, no siendo descartable la asistencia de un grupo muy superior al previsto, dando lugar a situaciones de elevado riesgo de contagio. Los promotores no aportan dato alguno que acredite que no se excederá de dicho número y tampoco información sobre la procedencia geográfica de los asistentes. Por otro lado, la plaza del Rastro no es una plaza amplia y el espacio disponible “no es excesivo para que treinta personas puedan desplegarse con la suficiente distancia física”. A ello se suma que se encuentra en el centro de Mérida y su cierre al tráfico “afectaría a otros espacios colindantes, reduciendo las distancias de seguridad que todos los peatones deben observar en la deambulación por la ciudad”. Por lo visto, treinta manifestantes pueden generar en cascada un riesgo muy serio de aglomeraciones y contagios. La Sala consideró finalmente que los convocantes no habían ofrecido las suficientes medidas de seguridad, concretas e idóneas, para garantizar que durante la concentración se mantuviese la distancia social mínima, o para evitar que algunas personas se quitasen la mascarilla para apoyar en voz alta los objetivos de la movilización. Y llegó a la conclusión de que la prohibición era una medida razonable y proporcionada, porque en este caso la protección de la salud, la integridad física y la vida de las personas ha de prevalecer sobre el libre ejercicio del derecho de reunión. Las medidas previstas eran imprecisas y además se pretendía celebrar de las 11 a las 12¹⁷.

Referente francés

El Juge de référés del Conseil d’État francés, el 13 de junio del 2020, en respuesta a un recurso interpuesto por varios sindicatos y asociaciones, ordenó la suspensión del artículo 3 del Decreto núm 2020-663, de 31 de mayo, sobre medidas generales necesarias para hacer frente a la epidemia del covid-19, que establecía una prohibición general y absoluta de reu-

17 Sentencia del 12 de mayo 2020 de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Extremadura.

nes o actos de más de diez personas en el espacio público. A su juicio, esa prohibición no está justificada por la emergencia sanitaria siempre que se respeten las “medidas-barrera” (distancia mínima de un metro y uso de la mascarilla, fundamentalmente) y no se supere la cifra de 5000 asistentes. En consecuencia, el juez decidió suspender la aplicación del precepto impugnado a las manifestaciones en la vía pública sometidas a la obligación de declaración previa. El primer ministro tuvo que aprobar al día siguiente un nuevo Decreto, el 2020- 724, que precisaba en su artículo 1 que tal prohibición no sería aplicable a las manifestaciones autorizadas por los prefectos y que dicha autorización estaría sujeta a la condición de que los organizadores se comprometieran a respetar las “medidas-barrera”. Contra ambas disposiciones recurrieron de nuevo los mismos sindicatos y asociaciones por entender que restringían de manera grave, innecesaria y desproporcionada la libertad de expresión colectiva de ideas y opiniones, el derecho de reunión y la libertad sindical, en la medida en que se instauraba mediante una norma reglamentaria un sistema de autorización previa (en lugar del régimen ordinario de declaración previa). El juez de référés del Conseil d’État insiste en su segunda resolución en que, una vez comunicada la manifestación, el prefecto puede prohibirla si aprecia un riesgo de alteración del orden público (si considera, por ejemplo, que las precauciones sanitarias previstas son insuficientes). Pues bien, la nueva versión del decreto impugnado conduce a invertir esa lógica, porque toda manifestación queda prohibida mientras el prefecto no se pronuncie. El juez estima que existen serias dudas sobre la constitucionalidad de un procedimiento que restringe de forma desproporcionada la libertad de manifestación, por lo que suspende las disposiciones que imponen la obligación de obtener una autorización administrativa para poder celebrar una manifestación en la vía pública¹⁸.

(6) Instrumentos internacionales

Este derecho se encuentra reconocido en una amplia gama de instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional. De hecho, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), de 1948, fue uno de los primeros tratados

¹⁸ 59 Ordenanzas Nos. 440846, 440856, 441015.

en reconocer en su artículo XXI el derecho de toda persona a reunirse pacíficamente con otras, “en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”. El contenido de este artículo de la DADDH coincide con el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 1948, que fue aprobada siete meses después, y que reconoce en su numeral 1 el derecho de toda persona a la libertad de reunión, precisando que su alcance, como en el instrumento interamericano, se limita solo a reuniones de naturaleza pacífica¹⁹.

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966, reconoce el derecho de reunión en su artículo 21; destaca que su ejercicio “sólo podrá ser objeto de restricciones previstas conforme a la ley, y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y las libertades de los demás”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969, protege este derecho en su artículo 15 especificando que, además de ser pacíficas, para ser protegidas por la Convención las reuniones deben llevarse a cabo “sin armas”. El mismo artículo enumera, además, las condiciones bajo las cuales puede admitirse una restricción del derecho a la libertad de reunión que son, esencialmente, las mismas que las ya indicadas en el PIDCP.

En el ámbito europeo, el derecho de reunión se encuentra protegido por el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 1950, que a través de dos numerales establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”; estableciendo más adelante que:

El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del

19 Comentario de la CADH, febrero de 2016, Lima, Perú.

delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.

La misma norma indica que dicho artículo “no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”²⁰.

Derecho de los niños a reunión

El artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) les atribuye el derecho “a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas” (numeral 1), sin que puedan imponerse restricciones al ejercicio de estos derechos “diferentes de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”²¹.

Convención Internacional sobre Eliminación de Discriminación Racial

Requiere en su artículo 5.ix que los Estados prohíban y eliminen la discriminación racial en todas sus formas, garantizando el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de, entre otros derechos, los de “libertad de reunión y asociación pacíficas”²².

La declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (1998)

20 Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, (ETS No. 5), 213 U.N.T.S. 222, modificado por los Protocolos 3, 8 Y 11, artículo 11.

21 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Art. 15, numeral 2. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

22 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969.

Se refiere también a este derecho en el inciso *a* de su artículo 5 prescribiendo que, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional, entre otros, “a reunirse o manifestarse pacíficamente”²³.

(7) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Estado debe asegurar ejercicio efectivo

Los derechos a la libertad de reunión y asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles individuales sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática.

La protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir con el ejercicio del derecho de reunión o asociación, sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de la libertad, por ejemplo, protegiendo a los participantes de una manifestación contra la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas”²⁴.

23 La Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos fue adoptada mediante la Resolución 53/144, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de marzo de 1999.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEASer.L/V 111.116, Doc. 5 rev. I corr., Washington, 22 de Octubre del 2002, párr. 359.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 49

POR RAFAEL L. CIPRIÁN LORA

Artículo 49.- Libertad de expresión e información. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa.

- 1) Toda persona tiene derecho a la información. Este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, conforme determinan la Constitución y la ley;
- 2) Todos los medios de información tienen libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas de interés público, de conformidad con la ley;
- 3) El secreto profesional y la cláusula de conciencia del periodista están protegidos por la Constitución y la ley;
- 4) Toda persona tiene derecho a la réplica y rectificación cuando se sienta lesionada por informaciones difundidas. Este derecho se ejercerá de conformidad con la ley;
- 5) La ley garantiza el acceso equitativo y plural de todos los sectores sociales y políticos a los medios de comunicación propiedad del Estado.

Párrafo.- El disfrute de estas libertades se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial la protección de la juventud y de la infancia, de conformidad con la ley y el orden público.

Comentario

El texto sustantivo que me toca ponderar en este trabajo está contenido en el título II, que trata de los derechos, garantías y deberes fundamentales. Este contiene el capítulo I, que consagra los derechos fundamentales, que a su vez dedica la sección I a los derechos civiles y políticos.

En consecuencia, el derecho a la libertad de expresión, obtención y difusión de información corresponde, en la organización y concepción de nuestra Constitución, a los derechos fundamentales que pertenecen a los denominados de primera generación, que son los derechos civiles y políticos.

No es accidental ni gratuito que el derecho y las libertades que nos ocupan sean de primera generación, porque no solo se presumen primeros en su aparición dentro de los regímenes económicos, sociales, políticos y jurídicos, sino que también constituyen los fundamentos esenciales o la imprescindible zapata sobre la que se erigen, como grandes y clásicas catedrales de las ciencias jurídicas, la dignidad humana y los demás derechos fundamentales, y sin importar en qué generación o clasificación sean incorporados académicamente.

Importancia del estudio del tema del artículo 49 de la Constitución

La gratitud especial que hemos manifestado y el honor con que asumimos esta tarea no son formales. Son tan reales como una montaña. Esto es así porque nos ofrece la oportunidad de reflexionar y analizar los derechos fundamentales contenidos en el artículo 49 de la ley sustantiva, que trata de la libertad de expresión e información. Estos no son solo derechos fundamentales de todas las personas, que ya es mucho decir, sino un doble derecho constitucional, individual, social, humano, ciudadano y personal que, juntamente con el derecho a la dignidad humana, representa el pivote que dispara el ejercicio de los demás derechos fundamentales consagrados en nuestra carta magna.

Hasta la Real Academia Española (RAE), órgano rector de nuestra lengua, define la libertad de expresión como el “derecho de manifestar, defender y propagar las opiniones propias”¹.

La Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) estatuyó: “La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades..., y por tanto implica el derecho a recopilar, transmitir y publicar noticias sin restricción alguna”².

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>>.

2 Resolución 59 de la Asamblea General de la ONU.

En igual sentido se ha pronunciado también La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), abordando la temática de la “comunicación y la información”³.

Los franceses no se quedaron atrás. Afirmaron que “la libre comunicación de pensamiento y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente”⁴.

Además del artículo 49 constitucional, que protege el derecho a la libertad de expresión e información, tenemos la norma adjetiva que regula la expresión y difusión del pensamiento⁵.

Ciertamente, sin la protección, garantía y respeto a la libertad de expresión del pensamiento, así como de la búsqueda, obtención y divulgación de la información, todos los demás derechos fundamentales quedan reducidos a su mínima expresión.

Hasta la dignidad humana moriría de asfixia en un ambiente en que no se respeten ni se garanticen los derechos a la libertad de expresión como a la obtención y divulgación de informaciones de interés público. Necesitamos que, como afirma Servio Tulio Castaño Guzmán, vicepresidente ejecutivo de FINJUS, “... la sociedad como un solo cuerpo se involucre en la adecuada implementación de los cambios que la nueva Constitución introduce”⁶.

El articulista Joan Leyba Mejía aseguró que “la libre expresión e información es el resultado de luchas inenarrables: de sangre, fuego y sudor”⁷.

Para el jurista Félix Tena Reyes, conforme a la reseña de su conferencia “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, dictada en el marco de un diplomado sobre el tema, “... el derecho a la libertad de expresión e información, además de la dimensión individual que permite a cada persona expresar sus ideas y pensamientos y recibir información, tiene una trascendencia institucional extraordinaria en el Estado social y democrático de derecho porque asegura la existencia de una opinión pública y que los ciudadanos puedan fiscalizar los poderes públicos”.

3 UNESCO: Comunicación e Información [en línea] <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information>. Consultado el 23 de mayo de 2021, 3:54 p. m.

4 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 11, Revolución francesa del 1789. Ley 6132, del 1962.

6 Constitución comentada: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), 2011, p. 6.

7 LEYBA MEJÍA, Joan. *Periódico digital Acento*, 5 de abril de 2021.

Luego, “... abordó los precedentes más relevantes que el TC ha adoptado en materia de libertad de expresión y destacó la importancia de la sentencia TC/0075/16, en la que el tribunal determinó la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley sobre expresión y difusión del pensamiento que disponían ‘sanciones de carácter penal sobre cualquier acto difamatorio o injurioso contra cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones o personas que ejerzan funciones públicas, [ya que] constituyen una limitación legal que afecta el núcleo esencial de la libertad de expresión y opinión por medio de la prensa’”⁸.

Para comprobar esa verdad, basta con pensar que el Estado social y democrático de derecho, consagrado en el artículo 7 de nuestra Constitución, sería letra muerta sin el ejercicio y disfrute pleno del derecho a la libertad de expresión, obtención y difusión de informaciones.

Y si no somos capaces de materializar ese Estado social y democrático de derecho, que tan anhelado nos parece, entonces las esperanzas y los desvelos del pueblo dominicano de vivir en una sociedad decente no pasarían de ser ilusiones tontas y fantasías de poetas jurídicos.

Sabemos que lo que separa a los seres humanos de los demás animales de la Tierra es el raciocinio, la conciencia y la capacidad de expresar nuestras ideas, emociones y esperanzas, y hacerlo con un lenguaje claramente codificado y perfectamente decodificable.

Cuando no se puede ejercer el derecho a la libertad de expresión, de obtención y difusión de informaciones de interés público, como sucede en los regímenes autoritarios, sean de derecha o de izquierda, la libertad languidece y hasta muere. Hay que evitar su muerte o resucitarla, con las acciones audaces, valientes y arriesgadas que solamente pueden producir los mejores hombres y mujeres de la sociedad, que son los dignos y decorosos, los que no han sido enajenados o corrompidos por el poder político autoritario y negador de la dignidad humana y demás derechos fundamentales.

La importancia del derecho a la libertad de expresión e información es tan trascendente que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones y sentado precedentes sobre su inviolabilidad. La abundancia de criterios es notable⁹.

8 TENA SOSA, Félix. Tribunal Constitucional. Diplomado sobre la libertad de expresión e información.
9 Ver sentencias TC/0717/17, TC/0092/19, TC/0437/19, TC/0441/19, entre otras, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

Por tanto, donde no existe el derecho y la libertad objetos de este estudio, que es la libertad de expresión e información, no puede prevalecer la democracia, ni la constitucionalización de los procesos administrativos y jurisdiccionales ni la paz social.

Garantías al derecho a la libertad de expresión e información¹⁰

Sabemos, como una perogrullada, que sin garantías no hay derecho. Los derechos valen y representan lo que son sus garantías. Por tanto, el derecho de expresión y difusión del pensamiento, así como la libertad de investigar y obtener información, estarán siempre supeditados a las garantías administrativas y jurisdiccionales que existan en el sistema jurídico.

Por fortuna, nuestra Constitución no solo consagró el derecho a la expresión e información, sino que también instituyó las garantías procesales que dan vigencia y ejecución a esos derechos.

Así tenemos la garantía jurisdiccional de la acción constitucional de amparo, conforme al artículo 72 de la ley fundamental, para proteger y garantizar el derecho que nos ocupa. Dice:

Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos.

La acción constitucional de amparo tiene sus diversas modalidades para proteger los comentados derechos. Así, contamos con el amparo ordinario o el amparo para el libre acceso a la información pública o el amparo de cumplimiento, entre otras características.

También disponemos del recurso contencioso administrativo, ante el Tribunal Superior Administrativo (TSA), para impugnar disposiciones ad-

¹⁰ Los derechos a la libertad de expresión y a la información están consagrados también en los arts. 19 de la DUDH; 19.2 del PIDCP y 13.2 de la CADH.

ministrativas que afecten o conculquen el derecho a la libertad de expresión e información.

Para la sede administrativa, conforme a la Ley 107-13, que trata de los derechos y deberes de las personas en su relación con la Administración pública, y de los procedimientos administrativos, podemos ejercer los recursos de reconsideración y jerárquico, según el caso de que se trate.

También podemos establecer responsabilidad patrimonial solidaria del funcionario violador de los derechos a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, según el artículo 148 constitucional, así como investigar y obtener información de interés público. Basta con que esa autoridad produzca actos, actuaciones o regulaciones manifiestamente antijurídicas, y que nos causen daños y perjuicios.

Además, nuestro Tribunal Constitucional ha sentado precedente y hasta ha anulado artículos de la Ley 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Político, por ser negadores del derecho que ponderamos. En tal sentido, afirmó:

El artículo 49 de la Constitución establece el derecho de toda persona a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio y sin que pueda ejercerse censura previa. La protección del ejercicio de este derecho no desaparece en lo que concierne al desarrollo de los miembros a lo interno de las distintas organizaciones políticas. Cuando el artículo 8 de la Ley No. 33-18 considera como una causa de renuncia automática el hecho de un miembro hacer pronunciamientos en contra de candidaturas postuladas por su partido, vulnera directamente el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 49 de la Constitución. Esto en razón de que condiciona la permanencia como miembro a la irrazonable condición de no elevar crítica alguna respecto de las posibles candidaturas presentadas por su propio partido¹¹.

11 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0441/19. “Expediente núm. TC-01-2018-0050, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el Partido Alianza País ALPAIS), Partido Humanista Dominicano (PHD), Partido Dominicano por el Cambio (DXC), Frente Amplio (FA), Fuerza Nacional Progresista (FNP), Alianza por la Democracia (APD), Partido Revolucionario Social Demócrata (PRSD), Opción Democrática (OD) y la señora Soraya Aquino contra el artículo 8, numeral 12 del artículo 25, artículo 43 (parte capital), numeral 4 y 6 del artículo 44 así como su párrafo III; párrafo I, II y III del artículo 45, artículo 46 (parte capital), artículo 47, numeral 3 del artículo 49 y artículos 57 y 58, todos de la Ley núm. 33-18, sobre Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos, de trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018)”.

Libertad de expresión e información

Compartimos plenamente el juicio del jurista Ángel J. Sánchez Navarro, quien dice: “... la nueva Constitución introduce una notable —y, a nuestro juicio, acertada— modificación, tanto cuantitativa como cualitativa, del régimen anterior, cuyo alcance se aprecia claramente con la mera lectura del derogado art. 8.6 (de la anterior Constitución, rc)¹².”

Resulta relevante destacar que la parte capital del artículo constitucional objeto de este estudio comienza con las palabras “toda persona...”, y esto no es despreciable. Es de la mayor importancia.

El constituyente quiso dejar bien clara la idea de la no discriminación frente al ejercicio y disfrute de la libertad de expresión e información.

Por tanto, sin importar la posición económica, social o pública, la raza, origen o credo, el sexo o la religión de las personas, todas tienen el mismo derecho a la libertad de manifestar sus ideas y obtener las informaciones de interés público.

Los redactores de nuestro pacto fundamental fueron coherentes con este arranque de cara al derecho a la igualdad, comprendido precedentemente en el artículo 39:

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

Por tanto, a ninguna persona puede negársele el derecho a expresar libremente sus ideas y opiniones.

Tampoco se puede limitar el medio en que las personas desean ejercer su derecho a la libertad de expresión.

Recordemos que vivimos en la posverdad, bajo una cultura *light*, que ha sido calificada como sociedad líquida, y ya no se establece diferencia entre el medio en que se transmiten las ideas y el contenido de esas expresiones.

12 Sánchez Navarro, Ángel J. *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, t. II: Madrid, La Ley, 2012, p. 394.

Conforme al pensador Marshall McLuhan, el “medio es el mensaje”¹³, y el mensaje es el medio, por su relación simbiótica. Esto es, que, dependiendo del recurso o medio de comunicación empleado, el mensaje tendrá o no el impacto comunicacional que se pretenda lograr.

Ciertamente, quien contrala el medio o recurso que se pretenda emplear para comunicar, controla el mensaje que se aspira a enviar.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional estableció las dos dimensiones que contiene el derecho que investigamos. Al respecto sentó precedente de la manera siguiente:

d. El derecho a la libertad de expresión comprende no sólo una dimensión individual que consiste en el derecho de toda persona a expresar y difundir los propios pensamientos, ideas e informaciones, también comprende una importante dimensión colectiva o social, que se traduce en el derecho de todas las personas de procurar y recibir las informaciones e ideas de todo tipo, conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada. Por eso cuando se viola el derecho a la libertad de expresión, se vulnera tanto el derecho de la persona que pretende expresarse como el derecho de los demás a conocer esa opinión o información¹⁴.

La prohibición de la censura previa

Toda censura previa, frente al derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento es repugnante, abyecta e inaceptable. No importa en qué condiciones se produzca, ni quienes pretendan ejercer esa odiosa práctica de poder.

Nuestra Constitución lo prohíbe expresamente. No hay posibilidad de reeditar abiertamente los tiempos de las censuras medievales o, modernamente, dictatoriales en el Estado social y democrático de derecho en que vivimos.

Los regímenes autoritarios, sin distinción de que sean de derecha o de izquierda, siempre pretenden establecer una censura previa frente al derecho a la libertad de expresión.

13 McLUHAN, Marshal. *Understanding Media: The Extensions of Man* (Comprender los medios de comunicación: *Las extensiones del ser humano*): 1964.

14 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC/0092/19, 21 de mayo de 2019.

Esa censura previa puede ser claramente establecida con normativas o reglamentaciones legales, por una parte, y entonces el sistema jurídico se manipula para violar descaradamente la dignidad humana.

Por otra parte, la censura previa puede no existir en ninguna norma y, sin embargo, se ejerce de manera velada, sutil, desde el poder político.

Son muchas las formas y maneras de ejercer en la sociedad la censura previa sin que el ordenamiento legal lo exprese. Los que ejercemos la opinión pública lo sabemos.

Por ejemplo, se recorta la publicidad oficial al medio de comunicación que desentona con los intereses del Gobierno y se amenaza y se persigue a los articulistas y editorialistas del periódico, radio o televisión donde se quiere evitar opiniones críticas frente a la política oficial.

Además del estrangulamiento económico al medio de comunicación y a los editorialistas, también se aplica la expulsión de los disidentes.

Cualquiera que sea la metodología empleada por el poder para ejercer la censura previa, está condenada por el orden constitucional que nos rige.

Derecho de información

Resulta otra verdad de Perogrullo que, para ejercer plenamente el derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, con propiedad y corrección, es necesario e imprescindible estar bien informado. De ahí que ambos derechos, el de la expresión y el de la información, son una especie de hermanos gemelos y podemos calificarlos de siameses. Por eso hablamos de uno o de dos derechos.

Nuevamente, en el numeral 1 del artículo 49 que nos ocupa, la Constitución enfatiza que no debe existir discriminación al momento de ejercer el derecho a la libertad de información. Toda persona lo tiene, sin importar su condición o estatus social.

Este derecho implica "... buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público...". Como podemos comprobar, no existe limitación en el tipo de información, siempre que tenga un interés público, en principio.

Nuestro Tribunal Constitucional se pronunció sobre el derecho que analizamos, y consagró lo siguiente:

11.6. El principal bien jurídico protegido por el derecho a la libertad de expresión e información es la existencia de una opinión pública, lo cual constituye un elemento necesario para el correcto funcionamiento de la democracia. Otros valores o bienes jurídicos que también protege este derecho son: la búsqueda de la verdad y la necesidad de comunicarse con otros seres humanos, lo cual trasciende a lo meramente político.

11.7. Por lo que respecta a los límites en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, los artículos 17 y 18 de la Ley núm. 200-04 precisan taxativamente las limitaciones y excepciones a la obligación de entregar la información de acceso público solicitada ...¹⁵.

Pero, como no existe nada absoluto, se comprende que existan las excepciones obvias, tales como la información que por su naturaleza sea sensible frente a la seguridad nacional, secreto profesional del periodista y sobre la niñez y la juventud. Estas entran en las reservas que hacen la Constitución y las leyes.

Ahora bien, debemos entender que esas excepciones al derecho de la libertad de información no persiguen perjudicar a la persona sino, y sobre todo, favorecerla como parte de la colectividad y en consonancia con el interés general.

Por una parte, mantener la seguridad nacional libre de toda perturbación y preservar a los periodistas el derecho a no informar sobre sus fuentes, o proteger a la niñez y la juventud, constituyen un plus para cada uno de los miembros de la sociedad. Viviremos con más sosiego y paz, y estaremos mejor informados.

No hay que olvidar que, en principio, y conforme al numeral 2 del señalado artículo 49 de la Constitución, todos los medios de información tienen derecho al libre acceso de la información oficial y privada de interés público. Solo tienen que someterse a los dictados de la ley suprema y de las leyes.

15 Tribunal Constitucional sentencia TC/0716/17. “Expediente núm. TC-05-2017-0061, relativo al recurso de revisión de sentencia de amparo incoado por el señor Melvin Rafael Velásquez Then contra la Sentencia núm. 00395-2016, dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo el veinte (20) de octubre de dos mil dieciséis (2016)”.

Fuentes de información de interés público vs. fuentes de información de interés privado

Está claro que debemos diferenciar lo que es el derecho al acceso de las fuentes de información, sobre todo cuando son de interés público, que no afectan la seguridad nacional, o cuando tienen un carácter privado, que compete a la intimidad, honor, moral, fama y honra de las personas.

Nadie debe confundirse, por una parte, con las fuentes de interés público, a las cuales tenemos derecho a consultar, y, por la otra parte, a las fuentes privadas sin interés público, que están reservadas para proteger la dignidad y demás derechos fundamentales de la persona y la familia.

Por ejemplo, la ejecución presupuestaria de una institución pública siempre está sometida al escrutinio de los ciudadanos, porque se manejan fondos del erario, o sea, del fondo que constituyen los impuestos que pagamos.

La institución pública y sus funcionarios deben ser los primeros en tener interés en la transparencia de sus ejecuciones presupuestarias y deben rendir cuentas de ellas.

Sin embargo, los datos personales —como números de cédulas de identidad y electoral, direcciones de residencias, etc.— de los servidores públicos que laboran en esa institución deben estar protegidos, por razones del derecho a la intimidad de los individuos.

De manera que, podemos afirmar, el derecho a la información puede chocar frontalmente con el derecho a la intimidad de las personas, en lo particular, y con el derecho de la colectividad a la seguridad nacional y a que los periodistas tengan fuentes informativas reservadas. Pueden darse ciertas condiciones que crean lo que en derecho constitucional se denomina derechos fundamentales en conflicto o colisión de derechos fundamentales.

El secreto profesional del periodista

En los apartados anteriores, por imperativo de los temas tratados, sobre todo para resaltarlos con el recurso de la contraposición de derechos e ideas, presentamos algunos criterios sobre el secreto profesional del periodista. Esto nos eximirá aquí de algunas puntualizaciones.

Todos los periodistas están amparados en ese derecho. No están obligados a decirle a nadie quienes son sus fuentes. Es su derecho y, en la mayoría de los casos, su deber mantener el secreto de sus fuentes de información.

Es evidente que muchas noticias de alto impacto social y político no se podrían servir a la comunidad si los hombres y mujeres que poseen los datos o han sido testigos de hechos políticos, generalmente horribles, sienten miedo de las retaliaciones que sufrirían si hablaran sobre el tema.

La sociedad tiene gran interés de que los temas sensibles que afectan el patrimonio público, la gobernabilidad o los derechos fundamentales se debatan libremente.

Vivir en democracia implica airear las cuestiones que tienen que ver con los actos, actuaciones y regulaciones de la Administración pública. Nadie puede hacer del Estado y sus órganos e instituciones un coto cerrado, un hato propio o una finca particular. La cosa pública debe estar bien exhibida en público.

La cláusula de conciencia

Todos los periodistas tienen también derecho a la cláusula de conciencia frente a la línea editorial u orientación general del medio de información en que laboran. Este es un derecho inviolable.

Por ejemplo, si un periodista tiene creencias religiosas o políticas que entran en contradicción con las que busca difundir el medio de información donde trabaja, y las contradicciones se hacen insostenibles, el periodista puede conservar su derecho a disentir, a pensar del modo que lo entienda más conveniente a su formación como persona integral.

Esas diferencias no pueden dar lugar a discriminaciones, burlas o maltratos en el centro de trabajo.

Dichas discrepancias no pueden dar lugar a reducción de salarios o a degradación de posiciones gerenciales.

Si el periodista sufre esos vejámenes por sus creencias, la Constitución y las leyes protegen sus derechos sobre la cláusula de conciencia.

Ciertamente, el periodista así maltratado puede poner término a su contrato de trabajo con el medio informativo por medio de la figura del derecho del trabajo que se denomina dimisión. El artículo 97 del Código de

Trabajo, además del numeral 3 del artículo 49 constitucional que ponderamos, y una vez que el periodista prueba dichas discriminaciones y malos tratos por sus creencias, justifica su dimisión y tiene todos los derechos a sus prestaciones laborales. Más aún, si ha justificado la dimisión por la referida falta de su empleador procede el pago de la indemnización legal correspondiente. Puede ser hasta seis salarios ordinarios, conforme al ordinal 3.º del artículo 95 del mismo Código de Trabajo.

Hasta la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se pronunció en ese sentido, en el año 1985, con lo que reconoció y apuntaló el derecho a la cláusula de conciencia a favor del periodista.

Derecho a la réplica y la rectificación

Toda persona tiene derecho a responder cualquier ataque, imputación o referencia que se haga sobre ella. También tiene derecho a que se corrijan los criterios, datos o anotaciones que no se correspondan con la verdad o que sean atentatorias a su dignidad personal. Así lo consagra el numeral 4 del mencionado artículo 49 de la Constitución.

A esos derechos les llamamos réplica y rectificación. Todos los medios de información o personas que ejerzan el derecho a la libertad de expresión y de información tienen también la obligación legal y el deber moral de respetar el derecho a la réplica y el derecho a la rectificación de las personas que son objeto de sus comentarios o datos.

Por ejemplo, si en un medio de información, ya sea impreso, radial, televisivo, redes o por cualquier otra vía o recurso se ofrecen datos y juicios falseados sobre una persona, esta tiene derecho a que se le conceda la oportunidad de aclarar, corregir y enmendar esa información. El medio ni la persona que emitieron la información pueden negarle a nadie su derecho a la réplica y a la rectificación, so pena de acción constitucional de amparo, demandas por difamación e injuria e indemnizaciones, según procedan legalmente.

Acceso equitativo y plural a los medios de comunicación del Estado

Nuestro pacto fundamental, en el numeral 4 del artículo 49 constitucional que nos ocupa, consagra que la ley garantiza el acceso equitativo y

plural a los medios de comunicación del Estado a favor de todos los sectores sociales y políticos. Este es un derecho propio de una sociedad democrática.

Resulta una grosería que los medios de comunicación del Estado se conviertan en cotos cerrados para todos los sectores sociales y políticos que no formen parte de los que controlan el Estado. Esa es una práctica vieja y muy censurable de las sociedades autoritarias, ya sean de derecha o de izquierda.

En nuestra sociedad hemos padecido esas aberraciones tanto en tiempos de la dictadura de Trujillo como en los doce años del régimen del doctor Joaquín Balaguer. Pero también se ha manifestado, aunque con menos rigor, en períodos de campañas electorales, para la elección presidencial, congresual y municipal. Por fortuna, el régimen electoral¹⁶ actual y la ley de partidos¹⁷, agrupaciones y movimientos políticos tiene precisiones claras en contra de esos manejos antidemocráticos.

Límites a la libertad de expresión y de información, y derechos protegidos

En derecho constitucional existen los límites a los derechos fundamentales, y eso es bueno. Reiteramos: nada es absoluto, y los derechos no son la excepción.

Los límites a los derechos fundamentales, de manera general, están consagrados en el numeral 2 del artículo 74 de la Constitución y para ello hace una reserva de ley.

Pero los límites a los derechos fundamentales no implican una patente de corso para desnaturalizar esos derechos. También existen los límites a los límites de los derechos fundamentales.

Los límites a esos límites de los derechos fundamentales están en que se respete el contenido esencial de esos derechos y el principio de razonabilidad, esferas no disponibles.

Por una parte, el contenido esencial de los derechos fundamentales, que es lo que les da vigencia y razón de ser a esos derechos y, por la otra parte, el principio de razonabilidad, o sea, la utilidad, necesidad y pertinencia del límite, que es coherente con el artículo 40.15 constitucional, tienen que ser respetados.

16 Ley 15-19, Orgánica del Régimen Electoral de la República Dominicana.

17 Ley 33-18, Orgánica de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos de la República Dominicana.

Con el derecho comparado, nuestro Tribunal Constitucional ha fijado precedente sobre la determinación de los límites del complejo y duplicado derecho que ponderamos, por ser de expresión y de información; dos derechos en uno, si se quiere. En ese sentido, consagró:

t) En derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho: [L]a libertad de expresión se aplica en Internet del mismo modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación. Ciertamente, ningún fundamento se deriva del artículo 20 de la Constitución, ni de la normativa internacional, ni de precepto alguno que, al margen de la veracidad, valide la divulgación de agravios, improprios, vejámenes ni infundios por cualquier clase de medio de comunicación¹⁸.

Así las cosas, el derecho a la libertad de expresión y de información tiene sus límites particulares, especialmente consagrados en el párrafo del artículo 49 constitucional que tratamos.

Tanto el derecho fundamental a la libertad de expresión y difusión del pensamiento como el derecho fundamental a la libertad de información están sometidos al límite que impone el respeto de otros derechos fundamentales de las personas.

Para disfrutar y ejercer los derechos que analizamos es menester que se respeten los derechos al honor, a la intimidad y a la dignidad de las personas, así como su moral.

Los derechos fundamentales de la juventud y la infancia tendrán especial incidencia en el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y difusión del pensamiento e información.

En nuestro país tenemos el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes¹⁹. Ellos están debidamente protegidos contra el mal ejercicio de los derechos de expre-

¹⁸ Tribunal Constitucional, sentencia TC/0437/16, 3 de septiembre de 2016.

¹⁹ Ley 136-03 que instituye el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana.

sión y difusión del pensamiento e información. Estos derechos tienen que ceder ante los derechos fundamentales de los sectores sociales más sensibles, vulnerables y dignos de plenas garantías.

Pero también debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico-penal se han producido algunas exageraciones contra la libertad de expresión e información. Sobre esto nos habla el presidente de nuestro Tribunal Constitucional, doctor Milton Ray Guevara. Este comentó varias sentencias constitucionales, en el marco de la conferencia titulada “Estudio de casos. Presentación de sentencias relevantes de tribunales constitucionales en la región en materia de libertad de prensa y de expresión. Lecciones aprendidas y experiencia comparada”, que dictó en Cartagena de Indias, ocasión en la que declaró:

... como ejemplos la sentencia TC/0011/12 sobre una revisión de amparo que versaba sobre el requerimiento de un certificado de entradas y salidas de dos ciudadanos a la Dirección General de Migración, y que la entidad pública denegó. Ante este caso, el TCRD determinó que la empresa solicitante no probó la relevancia social de las personas cuya información requería, y que la divulgación no consentida de datos personales resulta un ejercicio desproporcionado del derecho a la información.

También mencionó, entre otras sentencias, la acción directa de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la Ley de Difusión y Expresión del pensamiento de 1962 y el Código Penal, que sancionan la difamación y la injuria, caso decidido en la sentencia TC/0075/16.

El Tribunal Constitución declaró con contundencia que resultan inconstitucionales las disposiciones de la Ley sobre Expresión y Difusión del Pensamiento que disponen ‘sanciones de carácter penal sobre cualquier acto difamatorio o injurioso contra cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones o personas que ejerzan funciones públicas’, [ya que] constituyen una limitación legal que afecta el núcleo esencial de la libertad de expresión y opinión por medio de la prensa [debido a que los] funcionarios públicos [están] sujetos por su naturaleza a un control social por

medio de la opinión pública” (...) citó el caso Utesa contra Sarah Bonifacio, y las sentencias TC/0042/12 y TC/0092/19²⁰.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, ponderando la potestad del Estado para aplicar sanciones penales, el *ius puniendi*, frente al derecho a la libertad de expresión e información, consideró:

10.2.7. Tal como se ha expresado previamente, el honor y la consideración de las personas son bienes jurídicos protegido por el Estado a través del *ius puniendi*, lo cual se robustece al repasar el contenido no solo del párrafo 1 del Art. 49 y el Art. 44 de la Constitución, sino también a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12 prescribe: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, así como la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 11° prescribe “Protección de la honra y la dignidad: 1.- toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (...).

11.10.2.9. La finalidad del derecho penal no tan solo radica en castigar, sino también en procurarla protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos...

Más aún, el efecto disuasivo o inhibitorio de la pena se aplica a todos los delitos, no solo a los delitos de prensa.

10.2.10. Siendo el derecho al honor un derecho estrechamente vinculado a la dignidad humana se justifica su protección adecuada por el derecho penal, a través de las sanciones a que se contraen los textos legales atacados en inconstitucionalidad, salvo lo que se dirá más adelante respecto de las informaciones de interés público o que se refieren a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. De ahí, que el presente medio debe ser rechazado, por cuanto

20 RAY GUEVARA, Milton [en línea] <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/ray-guevara-afirma-que-la-importancia-de-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-e-informaci%C3%B3n-supera-su-significado>.

no ha quedado verificada la alegada violación a la prohibición de censura previa dispuesta por el Art. 49 de la Constitución...²¹.

Reserva legal en el artículo 49 de la Constitución

Hemos comprobado que el artículo 49 constitucional, objeto de este estudio, contiene expresamente las reservas legales de rigor para garantizar el correcto y apropiado goce y ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y difusión del pensamiento y a la plena información.

El constituyente ha sido sabio en este sentido. No ha olvidado la necesidad de armonizar, de manera coherente y sistemática, el estudiado artículo 49 con el mencionado artículo 74.2 de la Constitución.

Nuestra ley suprema, en su repetido artículo 74.2, consagra: “Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”.

Cada vez que fue necesario, los redactores del artículo 49 constitucional remitieron a la carta magna y a la ley la conformidad en el ejercicio de los derechos fundamentales que nos ocupan. La reserva de ley para reglamentar, limitar y delinear esos derechos está claramente establecida.

21 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0075/16, 4 de abril de 2016.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 50

POR WENDY S. MARTÍNEZ MEJÍA

Artículo 50.- Libertad de empresa. El Estado reconoce y garantiza la libre empresa, comercio e industria. Todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en esta Constitución y las que establezcan las leyes.

- 1) No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional;
- 2) El Estado podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país;
- 3) El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental.

Comentario

1. Introducción

La libertad de empresa, comercio e industria constituye una consecuencia del reconocimiento de un sistema económico capitalista que pasa a ser regulado, a través de la intervención del Estado, como efecto de la cláusula del Estado social, proclamado como principio constitucional a partir

de la Constitución del 2010. De la lectura del artículo 50 de la Constitución se infiere que la libertad de empresa es un derecho fundamental atribuido a personas físicas y morales, nacionales o extranjeras, cuya limitación constituye una reserva de ley, y que existen presupuestos mínimos establecidos en dicha norma, como la prohibición de monopolios, los límites, la planeación y la participación del Estado en la actividad económica —la cual será de forma excepcional, bajo la regulación legal— y el carácter de subsidiariedad en la prestación de servicios vitales o de orden público¹.

Para Perdomo Cordero² la protección de los derechos fundamentales individuales y la protección de los derechos sociales, económicos y culturales, como la libertad de empresa, está íntimamente aparejada, pues un sistema tolerante a las vulneraciones de unos indefectiblemente reducirá el ámbito de protección de los otros. Sin embargo, aunque parece una relación obvia, otra forma de ver dicha relación es desde una mirada macro y holística, en la que un sistema jurídico-político, que se define a sí mismo como social y democrático de derecho, constituye un todo, un conjunto armónicamente articulado, por lo que la ausencia de protección de cualquiera de los derechos salvaguardados en el sistema implica una falla en el sistema mismo, que debilita el sistema institucional establecido como ideal de nación, de sociedad y de ordenamiento jurídico-político.

En este sentido, el artículo 7 de la Constitución dominicana establece que “la República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos” y agrega en el artículo 8 que “es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”. Como puede observarse, no se trata solo de una proclama de buena intención del constituyente, sino que en dicho artículo se establecen

1 Ver sentencias TC/0062/15, §10.8 y TC/0317/21, §10.15 que indican que el modelo económico dominicano es uno “social y de mercado”.

2 PERDOMO CORDERO, Nassef. “Derecho y libertad de empresa”. *El Día*, 7 de marzo del 2008. Consultado el 15 de agosto del 2021 en <https://eldia.com.do/derechos-y-libertad-de-empresa/>.

obligaciones a cargo del Estado, pero además se fijan límites como el orden público, el bienestar general y los derechos de todas las personas.

De dichos textos puede inferirse que el Estado dominicano, aun cuando reconoce la economía de libre mercado, tiene por obligación fijar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder a los beneficios tanto de los bienes, servicios y productos, como de las actividades productivas de la economía en condiciones razonables que les permitan participar de ellas, e impedir un capitalismo desmesurado capaz de potencializar las diferencias entre ciudadanos con base en el acceso discriminado a los bienes y servicios, y a los privilegios que pudieran generarse a favor de unos y otros, al momento de participar e ingresar a la economía de mercados.

De ahí que el reconocimiento en la Constitución del Estado dominicano como un Estado social de derecho condiciona tanto la interpretación del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, como la participación privada en la economía y el comercio nacional e internacional, por lo que las fricciones entre intereses privados y sociales, o privados individuales y colectivos, deben resolverse atendiendo a la naturaleza y fundamento del Estado definido en la Constitución.

Como contrapartida de la libertad de empresa, comercio e industria, aparecen otros temas como la libertad de competencia³ y la protección del consumidor, ya que la competencia es un elemento inherente a la economía de mercado que se evidencia en las reglas de orden constitucional que prohíben el monopolio, salvo excepciones, las normas *antitrust*, la ausencia de planificación y estructuración de manera general del mercado por parte del Estado y la preponderancia de la iniciativa privada en el mercado liberalizado; la regulación del ejercicio de la libertad de empresa solo puede efectuarse y limitarse por ley, ya que constituye una reserva de ley y queda descartada su regulación a través del reglamento.

3 VIERA ÁLVAREZ, Chistian. "La Libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21 (2010), pp. 197-224.

2. Contenido de la libertad de empresa

Se entiende por contenido esencial⁴ —desde que este término fue utilizado por primera vez a nivel constitucional en el artículo 19.2 de la Constitución alemana de 1949— aquella parte del derecho fundamental que permanece inalterable y que no entra en el ámbito de disposición de las reservas de ley autorizadas en la Constitución para la limitación de los derechos fundamentales. Sin embargo, al momento de determinar el núcleo duro de un derecho fundamental o su contenido esencial es preciso tener conciencia respecto de que se trata de fijar un límite a la autorización de limitación establecida en la Constitución por vía de la ley. El alcance y el método a utilizar dependerán de la teoría que se adopte. Al respecto se han formulado dos teorías: la relativa, que centra en el principio de proporcionalidad el test que permite la limitación de un derecho, y la absoluta, que sostiene la existencia de un núcleo duro en cada derecho fundamental, que no puede ser desnaturalizado o disminuido sin poner en peligro la existencia del derecho mismo.

Mediante sentencia de 1981 el Tribunal Constitucional de España fijó que el contenido esencial de un derecho está compuesto por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo (y) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”⁵. En sentido parecido, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia TC/0031/13⁶ de fecha 15 de marzo del 2013, ha establecido:

Tal y como lo indica la doctrina más socorrida en la materia, la teoría del contenido esencial es un aporte del pensamiento alemán a las ciencias jurídicas. Con base en ella, se parte de la idea de que todo derecho y libertad fundamental posee un contenido esencial

4 CORONEL, Burga. “La garantía del contenido esencial: una ‘huella digital’ que hace a un derecho fundamental único e irrepetible”. En *Revista Misión Jurídica*, vol. 11 - núm. 15 (junio - diciembre de 2018), pp. 143-162, consultado el 30 de agosto del 2021, a las 10:50 pm. En <https://www.revistamisionjuridica.com/la-garantia-del-contenido-esencial-una-huella-digital-que-hace-a-un-derecho-fundamental-unico-e-irrepetible/>.

5 STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8, párrafo 1.º.

6 Ver TC/0031/13 de fecha marzo del 2013, pp. 7 y 8.

que constituye su razón de ser, de tal forma que si se vulnera, negándolo o desconociéndolo, el resultado sería la imposibilidad material y jurídica de su ejercicio. Este concepto quedó consagrado en la Constitución alemana en su artículo 19, numeral 1, donde se estableció la posible restricción de un derecho fundamental mediante ley o en virtud de una ley, y en el ordinal 2 del mismo artículo, donde se disponía que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser violado en su esencia.

Desde la teoría relativa se identifica el concepto de contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación al contenido esencial; sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima. Por su parte, la teoría absoluta sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso: contenido esencial sería una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate; de esta postura se infiere que el contenido esencial de un derecho fundamental es la parte innegociable, indisponible del derecho, el contenido mínimo sin cuya permanencia el derecho dejaría de estar protegido, un mínimo irreductible⁷.

Arroyo Jiménez⁸ identifica el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa con el mandato dirigido a los poderes públicos de reconocer el marco de la economía de mercado, de modo que su contenido esencial “se concreta en el derecho individual a afrontar libremente aquellas actividades económicas cuya configuración como actividades de titularidad o de estricta regulación pública, por implicar una transformación del modelo económico constitucional, resultaría contrario al contenido esencial”.

7 Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales ver MARTINEZ-PUJALTE, A-L. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 21-22.

CARBONELL, M. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*: Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

GONZÁLEZ BELLFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*: Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003.

FERNÁNDEZ NIETO, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*: Madrid, Editorial Dykinson, 2008.

BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*: Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

8 ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*: Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Para Contin S.⁹ la libertad de empresa es una expresión del libre desarrollo de la personalidad que para su perfeccionamiento se adhiere a las demás libertades económicas, como propiedad privada, derecho de asociación, libertad de residencia y circulación y el principio de autonomía privada o libertad de contratación. Para él, de las disposiciones de los artículos 50 y 219 de la Constitución se debe inferir que la libertad de empresa debe ser considerada efectivamente como un derecho fundamental, y no una garantía institucional.

La libertad de empresa implica la realización de actividades comerciales que tiendan a satisfacer necesidades de bienes, servicios y productos, independientemente de que el oferente o demandante de la actividad comercial actúe de manera habitual en el comercio o empresa.

La libertad de empresa incluye cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado y se entiende que no es necesario que esta se ejerza de manera habitual. Abarca la libertad de creación de empresas, acceso al mercado, la libertad de su organización, dirección, ejercicio de la actividad empresarial, la libertad de tomar decisiones, de competir en un mercado libre, libertad de producción, libertad de inversión, libertad de fijación de una política comercial, libertad de contratación, etc.

En este sentido, mediante sentencia TC/0049/13 de abril de 2013, el Tribunal Constitucional dominicano estableció que la libertad de empresa, comercio e industria "... consagrado en el artículo 50 de la Constitución de la República, puede ser conceptualizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos"¹⁰.

9 CONTIN S. Néstor, "La libertad de empresa", octubre del 2013, consultado el 27 de septiembre del 2021 a las 11:13 a. m. en <https://acento.com.do/opinion/la-libertad-de-empresa-1411199.html>.

10 Criterio asimilado de la Corte Constitucional colombiana, al fijar que "La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; (ii) la libre iniciativa privada" (Sentencia C-263/11, de fecha 6 de abril del 2011; Corte Constitucional de Colombia)".

Se puede ilustrar el alcance del derecho a la libertad de empresa en voz del Tribunal Constitucional, mediante su sentencia TC/0535/15¹¹ de fecha primero del diciembre del 2015 mediante la cual decidió sobre una acción directa en inconstitucionalidad de la Ley núm. 633 del 16 de junio del año 1944 y su Reglamento Interno, Decreto núm. 2032 de fecha de 1.º de junio de 1984, que obliga a los contadores públicos autorizados a asociarse en el Colegio de Contadores Públicos Autorizados de la República Dominicana; el accionante alegaba que los artículos 15 de dicha Ley núm. 633 y 90 del Reglamento debían ser declarados contrarios a la Constitución por violar los más elementales derechos constitucionales fundamentados en los derechos de igualdad, de libertad de asociación, libertad de empresas, expresión, de la tutela judicial efectiva y debido proceso y de la supremacía de la norma. A esto el Tribunal Constitucional contestó “... que resultan confusos los argumentos señalados por la parte accionante. Por un lado, parecería que se refiere a que lo que se vulnera es el derecho de los profesionales de la contabilidad a abrir alguna empresa en virtud del derecho fundamental de empresa que consagra el artículo 50 de la Constitución, mientras que, más adelante, a lo que parece referirse es a que las normas impugnadas vulneran el derecho de empresa en la medida en que no dan opción a los profesionales del gremio a afiliarse a una de las dos corporaciones, sino que establecen la obligación de vinculación al ICPARD. ...En este sentido, el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, se configura como un derecho que solo puede ejercitarse en el mercado, que consiste en la libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo de acuerdo con la ley. El valor jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, libertad que solo podría estar limitada, de acuerdo con el citado artículo 50 de la Constitución, por las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes”.

Por la misma sentencia el Tribunal Constitucional clarificó lo siguiente:

Al respecto debe precisarse que cualquier actividad económica, y más que eso, el ejercicio de cualquier actividad profesional está

11 Ver sentencia integra TC0535/15 de fecha 1 de diciembre del 2015.

sometido al cumplimiento de una serie de requisitos precisados por el Estado a través de sus distintos instrumentos normativos, de conformidad con el interés general. Así, por ejemplo, de igual forma que la construcción de un edificio requiere que el particular interesado disponga de las autorizaciones que establezcan las normas urbanísticas y de la construcción en República Dominicana, asimismo el ejercicio de la profesión de la contaduría, la medicina, la abogacía, etcétera, está sometido al cumplimiento de una serie de requisitos que pretenden garantizar que el profesional de que se trate dispone de las competencias técnicas que necesita para el buen ejercicio de su profesión.

En esta interesante sentencia el Tribunal Constitucional dominicano separa dos libertades fundamentales, como la libertad de asociación y la libertad de empresa, indicando con claridad los ámbitos de protección de una y otra, sin que ellas se encuentren en fricción en el caso concreto analizado.

3. Libertad de empresa, derecho al trabajo, derecho de ocupación (numeral 7 del artículo 75), la libre competencia (artículo 200) y libre circulación del comercio

Otra cuestión importante que despejar en este escrito es la vinculación entre el derecho al trabajo previsto en el artículo 62 de la Constitución, la libertad de empresa, artículo 50, y la libre circulación del comercio.

Raful Pérez¹² indica que “... pese a proceder de un mismo punto de partida, gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales difieren de los demás derechos fundamentales en la formulación propia de sus postulados y, en consecuencia de los requerimientos de participación para su tutela...”, contraponiendo los derechos de primera generación que para su disfrute solo requieren ser reconocidos, las garantías para su restitución en caso de vulneración y la inacción estatal para su afectación. Mientras, para la protección los derechos sociales, económicos y culturales “no basta para su consecución la inacción estatal en actos que resulten atentatorios

12 RAFUL PÉREZ, Eric. “Los derechos económicos, sociales y culturales, paradigma de la democracia y crisis”. En *El nuevo Constitucionalismo y la constitucionalización de la sociedad y el derecho*: Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2018, p. 643.

contra ellos, ni el simple desarrollo de medidas para prevenir acciones de terceros violatorias a estos derechos, sino que se requiere de una verdadera acción estatal para garantizar a los ciudadanos la obtención de estas prestaciones que garantizan un “mínimo vital”.

En igual sentido, Sánchez Navarro¹³ advierte que los derechos económicos y sociales previstos en los artículos 50 y siguientes de la Constitución dominicana de 2010, “vienen a establecer, fundamentalmente, mandatos al legislador y al resto de los poderes públicos, dirigidos en particular a la protección de los sectores más desfavorecidos de la sociedad”. El autor hace hincapié en la yuxtaposición de derechos de naturaleza diversa en este título de la Constitución, unas verdaderas libertades y otros de naturaleza esencialmente prestacional. Pero es justo ir un poco más lejos y asegurar que estas distintas naturalezas provocan en muchos casos fricciones entre derechos fundamentales específicos como serían el derecho a la libertad de empresa con el derecho al trabajo, a la higiene y seguridad en el trabajo y a la seguridad social, que ameritan su armonización dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Sobre la libre circulación del comercio, Serrano Geyls¹⁴ afirma:

La inclusión de la cláusula de comercio en la constitución de los Estados Unidos obedece a circunstancias históricas muy particulares. Los fundadores de las naciones norteamericanas tenían el propósito específico de asegurar la estabilidad económica y política de la nueva joven república. Conocidos principios del derecho internacional permiten que cada país independiente determine las condiciones según las cuales sostendrá intercambio mercantil con los demás miembros de la comunidad de naciones libres.

Bajo esta premisa se previó que cada Estado estableciera sus propias reglas de navegación y comercio dentro de sus fronteras. Esta libertad fue de tal magnitud que cada Estado desarrolló su propio comercio de forma

13 SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. “Los derechos y libertades”. En *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, editora La ley, 2012, p. 402.

14 SERRANO GEYLS, Raúl. *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*: vol. I, 4.ª reimpresión: Puerto Rico, 2007, 2007, pp. 230-231.

despiadada y desproporcional, al margen de la suerte de los demás Estados de la unión, generando un gran crisis política y económica, por lo que, ante la amenaza de desaparición de la recién construida nación, en 1787 se celebró la Convención constitucional en la cual se discutió y aprobó la intervención estatal en el comercio entre Estados y entre naciones. Este precedente ha logrado hacer que las demás naciones inclinen sus ojos ante la necesidad de este derecho o libertad consustancial de libertad de comercio e industria.

4. Relación de la libertad de empresa con los artículos 7, 8 y 217 y siguientes de la Constitución

La determinación del alcance y límites de los derechos sociales, económicos y culturales sigue siendo uno de los problemas esenciales al momento de formular y concretar políticas públicas, leyes y planes estratégicos que permitan su garantía y desarrollo progresivo, siempre con miras al desarrollo humano, en virtud del principio de dignidad humana. Por eso no es de extrañar que la jurisprudencia haya desarrollado nociones especiales que permitan su aplicación y protección dentro de cierto nivel de corrección, tales como “mínimo esencial” y “mínimo vital”¹⁵, como condiciones indispensables de garantía de la dignidad humana; aun así, ambos conceptos necesitan concreción por parte de los tribunales.

Tanto el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen obligaciones a cargo de los Estados miembros de garantizar la realización progresiva de estos derechos, partiendo de la situación en que estos se encuentren en cada Estado miembro y en cada caso en particular, sin que se pudiere menoscabar los derechos ya realizados, pues ello implicaría una vulneración a la progresividad, e incluso un retroceso. Ambas normas forman parte del ordenamiento jurídico interno con carácter o rango constitucional por formar parte del bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 74.3 de la Constitución.

15 Ver Comisión Internacional de Juristas. “Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales”. Ginebra, 2009.

Para Raful¹⁶, al determinar la legitimidad de la limitación a los derechos económicos, sociales y culturales, se impone el examen de los principios de proporcionalidad y razonabilidad que constituiría el análisis de “1. Si las políticas públicas y los programas y proyectos desarrollados han de garantizar de forma progresiva derechos sociales, económicos y culturales (eficiencia); y 2. Si esas políticas resultan ser las más adecuadas, en atención a los recursos disponibles, para el alcance y garantía de los derechos sociales, económicos y culturales (eficacia)”.

La previsión constitucional del artículo 50 implica necesariamente el abordaje de otras disposiciones constitucionales, tales como el artículo 7 sobre el Estado social y democrático de derecho, el artículo 8 sobre las funciones esenciales del Estado, y el artículo 217 sobre la orientación y fundamento del régimen económico, el 218 sobre el crecimiento sostenible, 219 sobre iniciativa privada, 220, que regula la sujeción al ordenamiento jurídico, el 221 sobre la igualdad de trato y el 222 sobre iniciativas económicas populares, y es que hoy día resulta insostenible la interpretación aislada de un artículo cualquiera de la Constitución al margen del análisis de los demás con los cuales se relaciona directa o indirectamente, dada la importancia práctica de aplicar los principios de unidad interpretativa y de concordancia en la interpretación constitucional como forma de mantener la coherencia intrínseca y extrínseca del sistema.

En efecto, el artículo 7 de la Constitución declara que el Estado dominicano es un Estado social y democrático de derecho, lo que implica que la libertad de empresa prevista en el artículo 50 de la Constitución no puede sustraerse de la intervención estatal para regular determinados puntos sensibles de la economía nacional, tales como el derecho al trabajo, la dignidad humana, la igualdad de todos para el acceso tanto a bienes y servicios como a la producción de estos.

Contrario a lo afirmado en la Constitución comentada de Finjus¹⁷, el Estado no solo puede intervenir en la actividad económica de libre mercado, sino que debe hacerlo en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 219 y siguientes de la Constitución con la única finalidad de materializar las disposiciones del artículo 8 de la misma norma, por lo que entendemos

16 *Ob. cit.*, p. 646.

17 VV/AA. *Constitución comentada*, 2.^a ed.: Santo Domingo, Finjus, p. 125.

que no se trata de una simple facultad del Estado, sino de una obligación sustancial de buena gobernanza económica, aun cuando esta intervención esté limitada al principio de subsidiariedad, que es una cuestión distinta.

En igual sentido resulta indispensable tocar, aun de forma tangencial, el título XI de la Constitución respecto al régimen económico y financiero y de la Cámara de Cuentas, a fin de dar contenido a las amplias disposiciones del artículo 50 que se analiza. Este título comienza con el artículo 217, que hace una declaración de principio al establecer que la orientación y fundamento del régimen económico “es la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad”. Cabe destacar que de su lectura superficial se infiere inmediatamente una reiteración de las finalidades esenciales del Estado previstas en el artículo 7, al tiempo de fijar aspectos concretos por medio de los cuales se pretende garantizar el cumplimiento de esta finalidad; por esto, se puede asegurar que el fin es el desarrollo humano (dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad) y los medios son desarrollo económico, la redistribución de las riquezas de forma equitativa y la participación responsable.

Es necesario prestar atención a dos conceptos utilizados en dicho artículo: el crecimiento económico y la sostenibilidad ambiental, lo que perfectamente puede sintetizarse en desarrollo económico, por lo que el constituyente enfatizó los dos componentes de desarrollo económico al prever de forma separada cada criterio, lo cual es válido si se considera que es la Constitución del 2010, modificada en el año 2015, la que por primera vez reconoce como derecho fundamental el derecho a un medio ambiente sano.

En síntesis, constituye hoy día un punto común de la doctrina constitucional que el surgimiento del Estado social y democrático de derecho es una consecuencia de la crisis del modelo de libre mercado y el Estado liberal, cuyo desarrollo produjo nuevas formas de atentados a la dignidad humana por el incremento de las desigualdades entre los hombre y mujeres para acceder a los bienes y servicios, la marginalidad y la ausencia de respuesta por parte del Estado para evitar las desproporciones en la distribución de las riquezas enraizadas históricamente desde el origen de

la propiedad privada, pero visualizada de forma más consciente a partir de la revolución industrial; surgen así nuevas ramas del derecho como el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, como manifestaciones de la intervención del Estado en la actividad del libre mercado.

Otras de las cuestiones que cobran vida en la Constitución de 2010 es la preocupación por la protección de los recursos naturales (artículos 14 al 17); aparece el reconocimiento a los intereses difusos (artículo 66), el derecho fundamental al medio ambiente sano (artículo 67), los cuales inciden todos en la actividad económica y el desarrollo del país, lo que se evidencia en la consagración del crecimiento sostenible en el artículo 218 de la Constitución:

... El Estado procurará, junto al sector privado, un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico.

Aun cuando este artículo comienza con el postulado “la iniciativa privada”, de su lectura se infiere que define el deber de colaboración conjunta del Estado y el sector privado para lograr el desarrollo sostenido de la economía, consecuencia necesaria de la proclamación del Estado dominicano como un Estado social y democrático de derecho en el artículo 7 al que antes se hizo referencia.

La iniciativa privada ha sido prevista en el artículo 219 de la Constitución:

El Estado fomenta la iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país. Bajo el principio de subsidiaridad el Estado, por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional. Párrafo.- Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, podrá

tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

Al respecto se puede concluir que el constituyente impuso como límite a la participación del Estado lo siguiente: a) el Estado solo puede intervenir de forma ordinaria para fomentar la iniciativa privada y para promover el desarrollo de la economía nacional; b) de forma extraordinaria, el Estado puede participar en la actividad económica del país bajo el principio de subsidiariedad, siempre que se trate de bienes y servicios básicos; c) la enajenación accionaria constituye una reserva de ley.

Mediante la Sentencia TC/0267/13¹⁸ de fecha 19 de diciembre del año 2013 el Tribunal Constitucional reconoce la obligación del Estado de garantizar la libre competencia como manifestación de la libertad de empresa:

El derecho a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 50 de la Constitución de la República, puede ser conceptualizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona física o moral, de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos. El Estado debe velar porque la competencia entre los distintos actores empresariales sea libre y leal, exenta de monopolios (salvo en beneficio del Estado) y del abuso de una posición dominante por parte de cualquier empresa (Art. 50.1 de la Constitución). Esta situación, sin embargo, no le impide al Estado conceder tratamientos especiales a las inversiones que se localicen en zonas de menor grado de desarrollo o en actividades de interés nacional, muy particularmente República Dominicana las ubicadas en las provincias fronterizas, de conformidad con las disposiciones del artículo 221 de la Constitución de la República.

Concluye en que la exención fiscal reconocida por el Estado a una

18 Ver TC0267/13 de fecha 19 de diciembre del 2013, sobre la acción directa de inconstitucionalidad incoada por Asociación Dominicana de Productores de Cemento Portland, Inc., contra el Decreto núm. 36-02, de fecha 10 de enero de 2002, dictado por el Poder Ejecutivo.

empresa cuyo ámbito de operación es el fronterizo, donde se requiere un mayor incentivo para el desarrollo de la economía, si bien constituye un trato preferencial, se corresponde con la letra y espíritu del artículo 221 de nuestro pacto fundamental al tratarse de una inversión destinada a una provincia fronteriza de bajo grado de desarrollo industrial y de la inversión en zonas francas de una actividad de alto interés nacional.

Se puede concluir que el principio de igualdad de tratamiento (artículo 221 de la Constitución) y la promoción de iniciativas populares (artículo 222) coadyuvan a la conformación y materialización de un sistema de libre mercado con una marcada intervención estatal, como es de esperarse y desearse en un Estado social y democrático de derecho, con miras a impedir el crecimiento desmesurado de los económicamente más fuertes en desmedro de la participación en la actividad económica de quienes se encuentran en desventaja debido a la ausencia de oportunidades para la acumulación de riquezas que les permitan ingresar al mercado por cuenta propia y sin subsidio o respaldo del Estado.

Estos elementos reguladores constituyen un sistema equilibrado de controles e incentivos que revisten gran importancia en economías como las nuestras, cuya estabilidad se encuentra muy permeada por la política monetaria y las fluctuaciones en alza del cambio del dólar, pero sobre todo donde circulan grandes capitales ilícitos provenientes de manera principal del narcotráfico y otros delitos que afectan sensiblemente la economía.

De igual manera es preciso acotar que la Constitución impone como límites a la libertad de empresa, en síntesis, la creación de monopolios, el abuso de posición dominante, los derechos del consumidor, la libre competencia, derecho a un medio ambiente sano y los derechos de los trabajadores y de la seguridad social.

Sobre las limitaciones a la libertad de empresa el Tribunal Constitucional ha sido muy prolífero en pronunciarse, lo que nos permite inferir, primero, que los ciudadanos y el sector empresarial han considerado seriamente la instauración del Tribunal Constitucional y, segundo, que el Tribunal ha considerado de importancia para la nación la actividad empresarial.

Se pueden citar, en este sentido, la sentencia TC/0169/16¹⁹ de fecha 12 de mayo de 2016 del Tribunal Constitucional, apoderado de una demanda en revisión de una sentencia dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en materia contencioso-administrativa, en la que una empresa constructora argumenta, entre otras cosas, la violación a la libertad de empresa, al no emitirse el certificado para uso y sellado de suelo para la construcción de una torre de apartamentos cuya construcción había sido previamente autorizada por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. El Tribunal decidió que no había vulneración a la libertad de empresa cuando la prohibición de la ejecución de la obra se fundamenta en que esta vulnera las reglas de la urbanística, el medio ambiente y los recursos naturales y derechos culturales, relativos a la protección del sector en el

19 Ver sent. TC0169/16 de fecha 12 de mayo del 2016. Expediente núm. TC-04-2013-0028, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por el Ayuntamiento del Distrito Nacional contra la sentencia núm. 791, dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia el 28 de noviembre de 2012. “En este sentido, el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, se configura como un derecho que solo puede ejercitarse en el mercado, que consiste en la libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo de acuerdo con la ley. El valor jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, libertad que solo podría estar limitada por las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes. ...En este caso concreto la limitación que impide a Constructora Rosario, S.R.L. el desarrollo del proyecto del residencial modificado consiste en que el organismo del Ayuntamiento legalmente competente para la aprobación del proyecto de construcción y aprobación de uso de suelo –de acuerdo con el artículo 8 de la Ley núm. 6232–, Dirección General de Planeamiento Urbano, ha determinado que dicho proyecto no cumple con los criterios técnicos urbanísticos aplicables en dicho sector. ... Al respecto, este tribunal considera que las circunstancias alegadas por Constructora Rosario, S.R.L. no constituyen vulneración al derecho a la libertad de empresa. Ha de considerarse que la Constructora Rosario, S.R.L. no se le está impidiendo el ejercicio de su actividad de comercio consistente en la construcción de residenciales destinados a viviendas (como sería en este caso concreto), sino que se le han establecido determinadas limitaciones al ejercicio de ese derecho. Es así como con respecto a la solicitud de autorización inicial –aprobada por el Concejo de Regidores a través de la Resolución núm. 566-2005– la Dirección General de Planeamiento Urbano declaró su no objeción al proyecto, de manera que, una vez obtenido el permiso de construcción emitido por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), este proyecto podía ser ejecutado. La objeción de la Dirección General de Planeamiento Urbano surge cuando se solicita la modificación del proyecto inicial para establecer una altura superior a la que podía autorizarse en ese momento, en virtud de los criterios aplicados por dicha dirección. ...Téngase en cuenta que las limitaciones en materia de urbanismo son de orden público y responden siempre a cuestiones de interés general. En efecto, los ayuntamientos son responsables de aplicar las normas y disposiciones que en virtud de una ley tengan competencia para hacer cumplir, ya que es sobre estas entidades que fundamentalmente recae la responsabilidad de organizar las ciudades y su crecimiento de forma sostenible, de manera que se adoptan normas que toman en cuenta la ordenación y protección del territorio, el medio ambiente y la conservación de los cascos históricos. Gazcue, en concreto, representa uno de los sectores más antiguos de la ciudad capital, que para su conservación y crecimiento ordenado ha gozado de especial protección normativa y administrativa. En este sentido, tal como ha sido apuntado previamente, tanto desde el punto de vista de los criterios urbanísticos aplicados por la Dirección General de Planeamiento Urbano (DGPU) en el dos mil nueve (2009) como de los criterios actualmente aplicables de conformidad con la Ordenanza Municipal núm. 5/2013, en la parcela donde Constructora Rosario, S.R.L. quiere ejecutar el proyecto, está prohibida la construcción de edificios con una altura superior a los catorce (14) niveles por encima del nivel del terreno”.

cual se pretende la ejecución de la obra, condiciones todas protegidas por leyes y normas especiales de nuestro ordenamiento jurídico, incluso de carácter constitucional.

Por sentencia TC/0150/17²⁰ del 5 de abril de 2017 el Tribunal Constitucional decidió que no había violación a la libertad de empresa cuando una parte en un proceso obtiene el reconocimiento de un derecho y habiendo adquirido autoridad de la cosa definitivamente juzgada se procede a ejercer las vías de ejecución establecidas en la ley, con independencia de la afectación que en el caso concreto pudiere causar a la empresa o persona sobre cuyos bienes recae la vía de ejecución. Esta sentencia es importante porque resalta la necesidad de seguridad jurídica para las partes en conflicto y los terceros respecto a la autoridad de la cosa juzgada.

20 Ver sent. 0150/17 de fecha 5 de abril del 2017. República Dominicana TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Expedientes nos.TC-04-2015-0021 y TC-07-2015-0006, relativos al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional y la solicitud de suspensión de ejecución de sentencia, interpuestos por NOVAL, S.R.L., contra la sentencia núm. 939/2014, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, el 27 de agosto de 2014. "... la recurrida fue dotada de una sentencia legítima y con autoridad de la cosa juzgada, que por su naturaleza indemnizatoria resulta ser constitutiva de derechos, lo cual le habilitaba a trabar en su provecho las medidas conservatorias que resultaren necesarias para la garantía de su cobro. La Constitución garantiza como derecho fundamental la libre empresa, comercio e industria, al reconocer que todas las personas tienen derecho a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las prescritas en ella y las que establezcan las leyes. Esta libertad implica producir, circulación económica, libertad de comercializar y participación en el mercado en las condiciones establecidas. La libertad de empresa como principio constitucional deriva del principio general de libertad y de la institución del "mercado", en tanto concreción de la libertad económica. Es la libertad que se le reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte. Este derecho también comprende la libre competencia y la adopción de medidas para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y el abuso de posición dominante, con las excepciones para los casos de seguridad nacional donde puede hacerlo a través de una ley; dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país; y otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental... En concreto para Noval la violación del principio de libertad de empresa se produce con la inscripción de hipotecas judiciales sobre los bienes de su propiedad y el embargo sobre sus cuentas, derivando de esta situación la afectación prolongada de la principal actividad empresarial que desarrolla cuyo objeto radica en la compra y adquisición de inmuebles, amenazando la sentencia el contenido esencial de la libertad de empresa, en este caso, la libertad de permanencia en la actividad empresarial. En ese sentido, el Tribunal considera que aun cuando la sentencia obtenida por la recurrida, señora Marcia Josefina Hernández Estrella ha sido objeto de impugnación ante este colegiado en atención a la facultades constitucionales y legales que le acuerda el recurso de revisión, se trata de una contienda que ha culminado en el ámbito del Poder Judicial con una decisión estimativa de derechos que ha reconocido las pretensiones de una de las partes y su consecuencia inmediata es que dicha decisión adquiere la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Es así que las normas procesales y adjetivas destinadas a regular las vías de ejecución permiten que el acreedor dotado de título pueda trabar medidas conservatorias sobre los bienes de su deudor como las que afectan a Noval, para la salvaguarda del crédito que actualmente ostenta; es decir, que si bien dicha situación es capaz de generar la indisponibilidad de transferir los bienes inmuebles afectados o inmovilizar valores sobre los cuales recae la oposición, dichas medidas están fundamentadas en derecho".

Mediante sentencia TC/0170/15²¹ del 10 de julio de 2015 el Tribunal Constitucional concluyó que el cierre de un comercio dedicado al expendio de bebidas alcohólicas, por parte del Ministerio Público en el curso de una investigación penal en la que no estaba siendo investigado el propietario, sin que se haya procedido a la revisión y clausura de dicho lugar y sin una orden motivada expedida por el juez competente vulnera los derechos fundamentales a la propiedad, a la libertad de empresa y a la garantía del debido proceso del accionante.

Mediante sentencia TC/00001/14²² de fecha 14 de enero del 2014, el Tribunal Constitucional dispuso:

... la intervención reguladora debe hacerse contemplando los límites constitucionales consistentes en una i) regulación mediante ley; ii) no puede afectar el contenido esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida disposición, es decir, obedecer a criterios de razonabilidad. En la especie, contrario al planteamiento del accionante, el hecho de que la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley núm. 139-11, prohíba temporalmente la concesión de nuevas licencias a las bancas de lotería y apuesta deportivas, no impide necesariamente la incursión de nuevos comerciantes en este negocio, toda vez que les será posible adquirir licencias que han estado operando con anterioridad a la ley impugnada, más bien se trata de una restricción transitoria, justificada en un interés general como es la necesidad de un incremento recaudatorio del Estado para una mayor inversión en el sector educativo, que es uno de los componentes estratégicos del desarrollo económico y social. De modo que la medida está en consonancia con la noción de justicia social y de igualdad aplicada a la libertad de empresa que inspira los principios rectores del régimen económico previsto

21 Sentencia TC/0170/15. Expediente núm. TC 05-2014-0174, relativo al recurso de revisión constitucional en materia de amparo incoado por Denny F. Silvestre contra la sentencia de núm. 152-2014, dictada por la Octava Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional el 23 de junio de 2014.

22 Ver sentencia TC/0001/14. Expediente núm. TC-01-2013-0041, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por Anyelo Omar González y Basilio Victoriano Taveras contra el artículo 8, de la Ley núm. 139-11, de Rectificación Fiscal, del 24 de junio del 2011.

en el artículo 217 de la Constitución...de competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad. “... En efecto, es posible constatar que el derecho de libre empresa del cual gozan las personas que decidan incursionar en este tipo de negocios, no ha sido vulnerado, pues se impide formalmente la instalación de nuevas bancas a todas las personas que decidan incursionar en estos negocios, una medida de carácter general y sin discriminación. Por tanto, la limitación temporal resulta en un mecanismo idóneo y necesario, justificado constitucionalmente en un interés público que busca el redimensionamiento del erario al sector de la educación.

Otra sentencia que amerita mención es la TC/0672/18 del 10 de diciembre del año 2018, mediante la cual el Tribunal Constitucional estableció dos criterios importantes sobre la libertad de empresa: a) que “en materia de contratación pública, la figura del proveedor único constituye una excepción a la prohibición del establecimiento de monopolios ni como una práctica restrictiva de competencia, cuando se establezca que el determinado bien sólo puede ser suministrado por un único proveedor que no admite sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, incluidos derechos de propiedad intelectual e industrial, se haya establecido la exclusividad del proveedor. b) Que el artículo 1ro. del Decreto núm. 164-13, dispone: Se instruye a las instituciones públicas sujetas al ámbito de aplicación de la Ley No. 340-06, y sus modificaciones, a que las compras y contrataciones que deban efectuar a las micro pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), por mandato legal y reglamentario, sean exclusivamente de bienes y servicios de origen, manufactura o producción nacional, siempre y cuando existan Mipymes que puedan ofrecerlos. ... que La disposición provisional contemplada en el párrafo b del artículo 2 del Decreto núm. 164-13, aplica para las instituciones públicas que realicen compras y contrataciones públicas con MIPYMES; por lo tanto, la misma no contempla que la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) deba hacer la inscripción de los proveedores con dicho criterio provisional. c) En cuanto a la clasificación de MIPYMES de mujeres, el párrafo IV del artículo 3 del referido decreto núm. 164/13, establece: La Dirección General

de Contrataciones Públicas deberá concluir en un período no mayor de tres (3) meses, el proceso de auditoría, mejora y actualización del Registro de Proveedores del Estado; de manera tal, que el mismo incluya información actualizada sobre los (as) proveedores (as), las MIPYMES y en especial las MIPYMES de producción nacional y las lideradas por mujeres o en las que las mujeres tengan un porcentaje de participación accionaria superior al 50 %”. El Tribunal Constitucional comprobó que la accionante está compuesta por más de 50 % de mujeres; sin embargo, no se encontraba registrada, como ordena la norma, por lo que el Tribunal concluyó que “el incumplimiento de tal disposición, transgrede los derechos fundamentales de la accionante, en el entendido que desconoce el incentivo y la protección al desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, contemplado en el artículo 222 de la Constitución”.

Mediante la misma decisión el Tribunal Constitucional establece que el incentivo al emprendurismo femenino en el sector económico se corresponde con la obligación del Estado señalada en el numeral 5 del artículo 39 de la Constitución, y que “la igualdad de género es una alta prioridad del Estado dominicano, el cual está obligado a erradicar la discriminación de la mujer, conforme a las disposiciones de la Constitución de la República y los compromisos internacionales derivados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, y de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995”.

Otra limitación a la libertad de comercio e industria la encontramos en la sentencia TC/0334/14 que establece de soslayo que “los derechos de propiedad intelectual constituyen la principal excepción, a la libertad de empresa y a la libertad de competencia, lo cual viene determinado por la propia naturaleza de dichos derechos, que otorgan a su titular un derecho exclusivo y excluyente sobre su objeto”.

De igual manera, por sentencia TC/0223/14 de fecha 23 de septiembre de 2014 el Tribunal Constitucional estableció qué es el riesgo ambiental tolerable en la actividad industrial y, por tanto, en favor de la libertad de empresa, al determinar que “cualquier actividad comercial o económica que se realice representa en sí un riesgo –que en algunos casos es mínimo, incluso imperceptible, y que en otros es muy alto para una comunidad, una

ciudad, un país e incluso el planeta en su conjunto. Sin embargo, hay riesgos que, cuando son menores y controlables, se asumen en favor del desarrollo económico y comercial de las sociedades. Por tanto, las condiciones bajo las cuales pueden ser instaladas los envasadores de gas son determinadas considerando el potencial riesgo que estas representan para la salud y el medio ambiente, y en base a esto, se determinan los parámetros, medidas de seguridad y distancias que regirán su funcionamiento. En este caso en concreto, dichos parámetros, condiciones y particularmente las distancias fueron determinadas por el legislador tomando en cuenta el posible riesgo que representa una planta envasadora de gas en su funcionamiento general”.

En otro sentido, mediante sentencia TC/0167/13²³ de fecha 17 de septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional entendió, ante la fricción o conflicto entre los derechos fundamentales de libertad de empresa y derecho al trabajo por un lado, y el derecho al medio ambiente sano como interés difuso o colectivo, por el otro “si bien los derechos a la libre empresa y al trabajo en su ámbito de protección buscan resguardar el impacto positivo que tiene en el sostenimiento económico-social, el cual resulta de alto interés para cada Estado, su configuración únicamente va destinada a resguardar derechos de carácter particular e individual, no así los derechos de carácter general o derechos difusos. [...] En ese sentido, al tener los derechos de libre empresa y el derecho al trabajo componentes individuales frente al derecho colectivo y difuso que representan las medidas para la preservación del medio ambiente, el cual, como indicamos antes, tiene además un alcance supranacional, los dos primeros derechos deben ceder en su ámbito de protección frente al último, siempre y cuando quede evidenciado que una actuación particular pueda tener o tenga un efecto adverso e irreversible en el mantenimiento del equilibrio ecológico, máxime cuando la actuación a largo plazo de los particulares pudiere arriesgar la seguridad y la subsistencia de seres humanos”.

Respecto a las exenciones fiscales para empresas en zonas fronterizas y la libre competencia, mediante sentencia TC/0148/13²⁴ de fecha 12 de

23 Ver sentencia TC/0167/13. Expediente núm. TC-05-2012-0130, relativo al recurso de revisión constitucional en materia de amparo.

24 Sentencia TC/0148/13. Expediente núm. TC-01-2013-0019, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por Everlast Doors Industries, S. A., contra el artículo 43 de la Ley núm. 253-12, para el Fortalecimiento de la Capacidad Recaudatoria del Estado, para la Sostenibilidad Fiscal y el Desarrollo Sostenible, de fecha 9 de noviembre de 2012.

septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional, ante una acción en revisión de amparo mediante la cual la recurrente alegaba la vulneración a la libertad de empresa al asignársele como agente de retención del ITBIS, que “al adoptarse esa modalidad tributaria no se afectó el derecho a la libertad de empresa de la accionante, ya que dicha medida no le impide a la misma dedicar bienes o capitales a la realización de la actividad económica de su elección, pues el sujeto obligado a tributar no es dicha empresa, sino la clientela de la misma, que no goza, en su condición de consumidor, de los beneficios fiscales establecidos en la Ley núm. 28-01, a las empresas situadas en las provincias fronterizas”.

5. Los contratos de concesión

Respecto a este último aspecto, es pertinente citar textualmente, aunque no de forma íntegra, la sentencia TC/0100/13, de fecha 20 de junio de 2013, mediante la cual el Tribunal Constitucional decidió importantes aspectos respecto a los principios que gobiernan y limitan el contrato de concesión:

Conforme a la doctrina, la concesión es un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato firmado entre las partes.

Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional interpretó que en el caso de la concesión de explotación eléctrica, respecto a la cláusula establecida en el artículo 134 de la Ley 125-01, esa obligación se reserva a los ayuntamientos, en cuyo defecto corresponde al concesionario cumplirla, por lo que esta obligación es de naturaleza accesoria en el contexto de ese tipo de concesiones, haciendo que esta “sea una especie de actividad de explotación complementaria atribuible a las concesiones de distribución y comercialización del sector eléctrico, cuyo componente de contraprestación económica y régimen tarifario debe ser regulado de forma distinta a

la concesión original”. La sentencia también concluye que dichos servicios pueden ser subcontratados, lo cual hace que sea una concesión suplementaria a la primera.

La sentencia establece, además, que por la naturaleza misma del contrato entran en juego “diferentes elementos de explotación, en manos de entidades diferentes, tales como el servicio de distribución y comercialización de energía, la utilización y explotación del espacio perteneciente a los bienes públicos municipales, por lo que el pago del 3% establecido en el segundo párrafo de la disposición inicial del artículo 134 de la Ley No. 125-01, además de provenir de una concesión suplementaria, deviene en una tasa de contraprestación por la utilización y aprovechamiento del dominio público municipal, la cual no aplicaría en el caso de que los ayuntamientos se arroguen la facultad que les ha sido conferida en el primer párrafo de la disposición inicial del artículo antes indicado”. La sentencia reconoce el carácter compensatorio de la tasa del 3 %.

La sentencia examina, además, los principios de proporcionalidad, equidad, igualdad, seguridad jurídica y la obligación de carácter previsional establecida en la ley a la que se hizo alusión anteriormente. Sobre la seguridad jurídica sostiene que “es concebida como un principio jurídico general consustancial a todo Estado de Derecho, que se erige en garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos, delimitando sus facultades y deberes. Es la certeza que tienen los individuos que integran una sociedad acerca de cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, torpeza o la arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicios”. Al referirse al principio de igualdad en las cargas públicas, la sentencia ha expresado que “a través del derecho a recibir un trato igualitario frente a la identidad de circunstancias; de ahí que la segunda disposición de la parte capital del artículo 134 de la Ley General de Electricidad No. 125-01, es aplicada por igual a todas las empresas de distribución de energía que operan bajo estas circunstancias, con lo cual tampoco se estaría generando una doble contribución, por cuanto el cargo del 3% de que se trata no es un impuesto sino una tasa”.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 51

POR RAFAEL VÁSQUEZ GOICO

Artículo 51.- Derecho de propiedad. El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes.

- 1) Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor, determinado por acuerdo entre las partes o sentencia de tribunal competente, de conformidad con lo establecido en la ley. En caso de declaratoria de Estado de Emergencia o de Defensa, la indemnización podrá no ser previa;
- 2) El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad, en especial a la propiedad inmobiliaria titulada;
- 3) Se declara de interés social la dedicación de la tierra a fines útiles y la eliminación gradual del latifundio. Es un objetivo principal de la política social del Estado, promover la reforma agraria y la integración de forma efectiva de la población campesina al proceso de desarrollo nacional, mediante el estímulo y la cooperación para la renovación de sus métodos de producción agrícola y su capacitación tecnológica;
- 4) No habrá confiscación por razones políticas de los bienes de las personas físicas o jurídicas;
- 5) Sólo podrán ser objeto de confiscación o decomiso, mediante sentencia definitiva, los bienes de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan su origen en actos ilícitos cometidos contra el patrimonio público, así como los utilizados o provenientes de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o relativas a la delincuencia transnacional organizada y de toda infracción prevista en las leyes penales;

- 6) La ley establecerá el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico.

Comentario

En Roma se concebía la propiedad como un derecho totalmente absoluto sobre las cosas que eran su objeto. De ahí que se comprendiera que el propietario tenía un señorío completo sobre estas.

Sobre el origen del moderno derecho de propiedad, tal cual lo conocemos hoy en día, el jurista Jottin Cury¹ expresa: “no obstante, a finales del siglo XVIII el derecho de propiedad adquiere mayor relevancia, en gran medida por la burguesía, que fue la principal protagonista de la Revolución Francesa de 1789”. Esto no debe extrañar a nadie, ya que la Revolución francesa de 1789 fue en definitiva una realización de la clase burguesa acomodada, la cual, con sus postulados sobre la libertad y la igualdad, fomentó un interés particular por la propiedad privada y el disfrute de los beneficios que de ella derivan.

Después de la mencionada Revolución francesa del año 1789, el derecho de propiedad pasa a los textos constitucionales adscritos al movimiento conocido como “constitucionalismo” con un contenido similar, pero sin negar sutiles diferencias, cuya caracterización se perciben mejor cuando las leyes desarrollan o regulan el contenido de dicho derecho.

En el caso dominicano habría, en primer lugar, que indagar sobre la naturaleza jurídica y el ámbito de protección del derecho de propiedad establecido por el artículo 51 de la Constitución. Esto viene a colación en vista de que, a diferencia de otros países, como sería el caso concreto de España, en la República Dominicana la propiedad es un derecho fundamental que tiene idéntica protección a los demás derechos contenidos en la sección I del capítulo I del título II de nuestra Constitución vigente.

En efecto, en la República Dominicana el derecho de propiedad tiene todas las garantías previstas en el texto constitucional para los demás derechos fundamentales (desarrollo mediante ley orgánica, reserva de ley res-

1 CURY, Jottin. *Límites al derecho de propiedad y áreas protegidas*, Colección Iudex: Santo Domingo, Tribunal Constitucional, 2017

pecto de su contenido esencial, constitucionalidad de las normas, acción de amparo y revisión constitucional de sentencias ante el Tribunal Constitucional), lo cual no sucede en España, en donde este derecho no puede ser el objeto de un procedimiento preferente y sumario, ni garantizado mediante recurso de amparo conforme al artículo 53.3 de la Constitución española.

Esto se debe, al parecer, a una distinta orientación ideológica y política. En efecto, nuestro país tiene una concepción neutra de los derechos fundamentales, mientras que en España no se quisieron garantizar los derechos de naturaleza económica o patrimonial (derechos de los solventes o ricos) con la misma intensidad que los demás derechos (concepción social profunda de los mismos). Es posible que la raíz de esta diferencia la encontremos en Ferrajoli², con su famosa distinción entre “derechos fundamentales” y “derechos patrimoniales”, como sería, en principio, el de propiedad, sin perjuicio de lo que diremos a propósito del bien jurídico protegido por este derecho.

La importancia de este derecho es innegable en el constitucionalismo moderno. Esto es debido a que existe un concepto muy extendido en el sentido de que no habría libertad sin propiedad. Sería imposible evitar la arbitrariedad de los poderes públicos sin la existencia del escudo que la propiedad representa para los ciudadanos. Es que, sin lugar a dudas, en términos pragmáticos los individuos sin propiedad se presentan débiles frente al Estado, siendo difícil, en los casos de desaparición total de la propiedad privada, encontrar diferencias entre Estado y sociedad, todo sobre la base de que no habría bienes que se pudieran comercializar entre los particulares.

El bien jurídico protegido es la posibilidad para los particulares de acceder a los bienes que conforme a la ley son de posible apropiación, así como la facultad de usar y disponer de ellos. No se persigue con este derecho garantizar la propiedad de determinados bienes, ni que estos tengan un determinado régimen regulatorio, sino más bien, lo que se pretende es que se tenga la posibilidad de acceder a la propiedad privada. Resulta importante apuntar aquí que la parte general del artículo 51 de nuestra Constitución precisa lo dicho más arriba en el sentido de que establece expresamente cuáles son los atributos del derecho de propiedad, señalando que son el derecho al goce, disfrute y disposición de los bienes de posible apropiación por parte de los particulares.

2 FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 4.ª ed.: Madrid, Editorial Trotta.

El Tribunal Constitucional dijo en su TC/0185/13, sobre la noción del derecho de propiedad: “cabe destacar que el derecho a la propiedad inmobiliaria puede ser definido, de manera general, como el derecho exclusivo de una persona (salvo el supuesto de copropiedad) al uso y disposición de un bien inmueble, e implica la exclusión de terceros del disfrute o aprovechamiento de dicho inmueble, a menos que su propietario lo haya consentido”. Asimismo, en la TC/0088/12 señaló que “la concesión del derecho de propiedad tiene tres dimensiones para que pueda ser efectivo, como son: el goce, el disfrute y la disposición. Este derecho ha sido definido como el derecho exclusivo al uso de un objeto o bien aprovecharse de los beneficios que este bien produzca y a disponer de dicho bien, ya sea transformándolo, distrayéndolo o transfiriendo los derechos sobre los mismos”.

Un asunto de extrema importancia es el contenido esencial del derecho de propiedad, ya que este no solo está integrado por un mero ámbito subjetivo de libre disposición sobre el bien que es su objeto, sino que las obligaciones que se derivan de su función o utilidad social son parte esencial del derecho mismo, que de ese modo luce debilitado por la propia Constitución. Es que este extenso límite expreso (el relativo a la función social del derecho de propiedad), establecido por la propia Constitución hace parecer a la propiedad más como una garantía institucional que como un verdadero derecho subjetivo³.

Titulares de este derecho son todas las personas, debido a la construcción gramatical con que figura redactado, pues se utilizan la frase “ninguna persona puede ser privada...”⁴, y llega dicho texto del artículo 51 de la Constitución a utilizar expresamente los términos “personas físicas o jurídicas” como beneficiarios del derecho objeto de estudio. Esto incluye a los extranjeros, muy específicamente en lo que respecta a la garantía expropiatoria (artículo 51.1).

Diversas decisiones en el derecho comparado han dejado bien claro que este derecho no solo protege derechos sobre bienes materiales e inmateriales, sino que también garantiza una serie de derechos de contenido económico, tal y como serían, por ejemplo, los derechos del arrendador y arrendatario o a las resoluciones judiciales con un contenido económico

3 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*: Madrid, Editorial Colex, 2007.

4 Art. 51.1 de la Constitución dominicana.

(sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Saffi contra Italia del 8 de julio 1991).

La garantía expropiatoria quedó consagrada de esta manera en el artículo 51.1 de la Constitución:

Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor, determinado por acuerdo entre las partes o sentencia de tribunal competente, de conformidad con lo establecido en la ley. En caso de declaratoria de Estado de Emergencia o de Defensa, la indemnización podrá no ser previa.

El origen de la expropiación es complejo y se remonta a tiempos históricos oscuros, pero sin duda alguna aparece en las constituciones después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 1789 (artículo 17), con la consagración expresa de la propiedad como un *droit inviolable et sacré* (derecho sagrado e inviolable). “Desde entonces suele considerarse que la regulación legislativa de la expropiación es un tema directamente ligado al alcance con el que los textos constitucionales plasman el derecho de propiedad y sus garantías”⁵.

Sobre la naturaleza de este instituto, se admite generalmente que cumple un doble propósito público y privado⁶. Público, ya que mediante la expropiación se trata de satisfacer una utilidad o interés general. Privado, pues con ella los particulares satisfacen muchas garantías relacionadas al derecho fundamental a la propiedad, las cuales enunciaremos más adelante.

El Tribunal Constitucional español, mediante la sentencia STC227/1998, definió la expropiación como la “privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social”. Dicha decisión también establece que la expropiación no implica una regulación del derecho de propiedad, sino que tiene como propósito “una privación o supresión del mismo, que, aunque predicada por

5 DE LA CRUZ ÁLVAREZ, Gilbert. “La expropiación forzosa en República Dominicana”, ensayo inédito.
6 Ídem.

una norma general, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”.

Si bien es verdad que la expropiación por causa de utilidad pública o interés general guarda una relación innegable con la función social que tiene el derecho de propiedad (ya que en esencia la privación de la propiedad estaría justificada por el beneficio que aportaría para la sociedad o comunidad el bien de que se trate), no menos cierto es que existe una diferencia entre ambos conceptos. Es que la expropiación es la negación del derecho, mientras que la función social de la propiedad se relaciona y materializa con su regulación o limitación.

El procedimiento para la expropiación tiene que estar dispuesto por una norma de rango legal, es decir, existe una reserva de ley expresa en relación al procedimiento en materia de expropiación. Con esto se intenta despejar cualquier intento de arbitrariedad en lo que se refiere a la privación individual del derecho de propiedad de bienes o derechos económicos, situación indicativa de la importancia reconocida a este derecho por la Constitución. Este instituto comporta varias garantías:

1. La primera consiste en que cualquier privación de bienes a los particulares debe llevarse a cabo mediante los procedimientos que la ley disponga para la expropiación. Quedan prohibidas, de ese modo, todas las incautaciones que no se adapten jurídicamente a lo dispuesto por la ley con respecto a la expropiación.

A este respecto resulta útil expresar que el acto mediante el cual se declara de utilidad pública un bien para fines expropiatorios debe ser de naturaleza administrativa, es decir, decidido por la Administración pública. De esto se extrae que resultan controvertidas todas las coacciones a la propiedad individual que provengan directamente de una ley, pues con ello, a) se priva a la ley del carácter general y abstracto que teóricamente debe tener; y b) se le niegan al expropiado derechos inherentes a la tutela judicial efectiva con relación al hecho que lo perjudica, y este no podrá impugnar, con toda amplitud, por los cauces ordinarios la medida que lo privó de su derecho de propiedad.

2. La segunda supone que toda expropiación está supeditada a una razón de utilidad pública o interés social. El contenido de los conceptos *de utilidad pública e interés social*, si bien tienen un componente muy discrecional a cargo de la Administración, se relacionan a la posibilidad de que el bien de que se trate sea importante para la realización de cualquier función administrativa o que tenga que ver con el interés general. Es lo que se denomina *causa expropriandi*.

Siguiendo con esta idea, la libertad de apreciación de la Administración al determinar la *causa expropriandi* tiene un doble límite: a) el primero se relaciona con la racionalidad intrínseca a la utilidad pública buscada, es decir, dicha limitación se refiere a la pregunta ¿por qué se expropia el bien?, juzgando de ese modo la finalidad de la medida expropiatoria; y b) el segundo mide la posibilidad del bien de cumplir con la utilidad pública que se quiere brindar a la ciudadanía. En definitiva, es la relación del bien expropiado con la utilidad pública causa de la expropiación. Este límite está conformado por un acercamiento necesario y racional entre el bien que se expropia y la utilidad buscada.

En cuanto a este aspecto, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia dictó en fecha 29 de noviembre del año 2019⁷ una decisión muy trascendente en este aspecto, la cual contiene, entre otros, los siguientes motivos:

Esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia considera, que si bien es cierto que conforme a lo establecido por el artículo 51 de la Constitución de la República, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de emitir decretos de expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, esto no significa, como entendiera el tribunal a quo, que el decreto así emitido esté exento del control que la propia Constitución pone a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, al disponer en el artículo 139 que dicha jurisdicción controlará la legalidad de la actuación de la Administración Pública; lo que evidentemente incluye al decreto de expropiación cuestionado en la especie, por ser un acto emanado del ejercicio de una actuación pública que le corresponde al Poder Ejecutivo como órgano del Estado, y que tiene una finalidad definida, como lo es, la limitación

7 Mediante decisión núm. 672-2019.

del derecho fundamental sobre la propiedad privada, basado en causas justificadas de utilidad pública o de interés social.

Al retener el tribunal a quo que el objeto de la demanda en nulidad del referido decreto incoada por la hoy parte recurrente, fue la falta de interés del Estado al no ejecutar la obra pública que sirvió de causa para la declaratoria de utilidad pública, se imponía que dichos jueces observaran que su inejecución o la utilización del terreno con un fin distinto al que originó el decreto de expropiación, convertía este decreto, aunque dictado válidamente por la autoridad competente, en un acto administrativo que, si bien no está afectado de una causal de nulidad, su objeto ha desaparecido y carece de eficacia en el tiempo, al haber perdido la afectación con la causa de utilidad pública y de interés general para la que fue específicamente dictado; pudiendo válidamente los propietarios originales accionar con el objeto de dejarlo sin efecto.

Para que un decreto de expropiación pueda privar a un particular de su sagrado derecho de propiedad, es preciso que se fundamente en una causa de utilidad pública o de interés social debidamente comprobada y materializada por el Estado, cosa que no se cumple en la especie, ya que aunque dicho decreto fue emitido en el ejercicio de una facultad constitucional del Poder Ejecutivo, devino en un acto administrativo no consumado efectivamente por la inejecución de la causa de utilidad pública que motivó dicha expropiación.

Que constituye un criterio pacífico de esta corte de casación, que el hecho de que existiera una parte sobrante del terreno expropiado, no implicaba la nulidad de pleno derecho del decreto de expropiación, ni mucho menos se podía considerar que resultara inválido, desde su inicio, como fuera erróneamente entendido por dichos jueces, sino que esta invalidez, que podría dar lugar al procedimiento de reversión, solo podría afectar a la parte de la parcela sobrante en caso de que se demostrara que realmente no fue utilizada en la obra de interés general [...]2; criterio que esta Tercera Sala adopta en el presente caso y que permite concluir que la parte recurrente estaba legitimada para incoar la acción que interpuso ante el tribunal a quo, con el objeto de revertir los efectos del indi-

cado decreto al no haberse materializado la finalidad definida por el mismo.

3. La tercera garantía de la expropiación reside en la indemnización que debe acordarse a quien le privan del derecho de propiedad por causa de utilidad pública. En el caso de la República Dominicana, el artículo 51.1 de la Constitución señala expresamente que dicha indemnización debe ser previa, y que puede no serlo en los casos en que se haya declarado estado de emergencia o defensa.

La Suprema Corte de Justicia, en fecha 31 de enero del año 2020⁸, dictó una decisión en la que definió el contenido y alcance de esta indemnización del modo siguiente:

En materia de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o asistencia social el pago que recibe el propietario que ve aniquilado su derecho de propiedad como justo precio, no solo está constituido por el valor en sí de la propiedad, sino que eventualmente puede incluir -en caso de que corresponda y quede establecido por los hechos de la causa- los gastos que haya generado la expropiación en perjuicio del propietario, así como los beneficios lícitos de los que se haya visto privado (lucro cesante), ello en vista de que dicho pago no es el producto de una venta libremente consentida, sino que se trata de una verdadera indemnización por todos los daños que causa una privación coactiva del derecho de propiedad, la cual está justificada por la finalidad pública a la que se afectará el bien en cuestión.

Cosa distinta es cuando se solicitan daños diferentes a los generados de manera específica por la privación del derecho de propiedad y que deben estar comprendidos en el pago o justiprecio, tal y como se señala en el numeral anterior, sino que se reclama una compensación relacionada con una actividad antijurídica referente al procedimiento expropiatorio, entre las que se puede incluir el retraso en la fijación del precio o en los daños causados por la mora del no pago a tiempo. Que en esos casos, cuando se constate

8 Exp. núm. 001-033-2018-RECA-00207.

de la instrucción de la causa la ocurrencia de un daño de los mencionados precedentemente, existe el deber de los jueces, no solo de comprobar la naturaleza y entidad del daño ocurrido, sino y para lo que importa en la especie, la de suministrar y exhibir, a modo de motivación, los elementos de juicio utilizados para justificar la fijación de la suma acordada como concepto de compensación, los que deben adaptarse de manera lógica al hecho generador del daño establecido. 15. Que en la especie, los jueces del fondo, después de fijar la compensación de la pérdida coactiva de la propiedad en perjuicio de la hoy recurrida en la suma de RD\$270,410.00, apreciaron adicionalmente la existencia de un daño por la “omisión de pago oportuno” por la pérdida coactiva de la propiedad, pero sin establecer el método o criterio mediante el cual arribaron a la fijación de las sumas que servirían como compensación de los daños causados, para lo cual bien pudieron utilizar mecanismos de indexación monetaria ordenados de manera judicial (intereses judiciales), por ser el más adecuado para compensar daños causados por el retraso en el pago de sumas de dinero de fecha 31 de enero del año 2020.

Finalmente, debe indicarse que, para el establecimiento del justo precio como indemnización por concepto de expropiación por causa de utilidad pública, el juez actuante debe ponderar obligatoriamente todos los elementos y pruebas que incidan en él, y no atenerse exclusivamente al precio de la propiedad indicado por la Dirección General de Catastro Nacional. Es que, siendo los jueces los únicos funcionarios facultados para fijar el justo precio de la expropiación, deben verificar su valor real en el mercado al momento en que se emite la decisión. Para ello pueden utilizar el precio del Catastro Nacional como un elemento más y deben tener en cuenta también evaluaciones de tipo privado. Incluso pueden ordenar un peritaje en caso de duda al respecto.

Procedimiento

El desarrollo legal de la expropiación por causa de utilidad pública se produce en nuestro país con la Ley 344 del 29 de julio de 1943. Cabe aquí una aclaración: en la República Dominicana la expropiación tiene dos fases, una es de tipo administrativo (acto administrativo), donde interviene un decreto del Poder Ejecutivo que declara la afectación de utilidad o interés social sobre el bien que se desea adquirir. Una vez intervenido el decreto de expropiación, se produce una situación muy importante, ya que puede suceder un acercamiento entre la Administración y el expropiado para llegar a un acuerdo sobre el precio, el cual finalizará el procedimiento de expropiación. Resulta conveniente saber aquí que esa conciliación es una fase obligatoria del procedimiento.

Muy importante es destacar que, conforme a la legislación arriba indicada, el funcionario que ordena la expropiación es el juez, quien deberá también fijar el precio correspondiente.

El tribunal competente para ordenar la expropiación y fijar el justo precio como indemnización es el Tribunal Superior Administrativo (TSA), de conformidad con la Ley 13-07, de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa.

La función social del derecho de propiedad resulta de la transición del Estado liberal puro al Estado social. En efecto, en los inicios del Estado liberal la propiedad era concebida como absoluta para su propietario y tenía como única finalidad dispensar beneficios a este último. Pero con la aparición del Estado social dicha situación cambió dramáticamente, pues actualmente se concibe que la riqueza de las naciones debe estar al servicio de la comunidad. Ya la propiedad no solo sirve y beneficia a su dueño, sino que cumple funciones sociales y de interés general.

Esta función social del derecho de propiedad opera como un auténtico límite establecido en la propia Constitución, pues permite intromisiones normativas con propósito de su restricción sobre la base de un beneficio o utilidad social.

Debido a que la propiedad privada crea una autoridad sobre las personas que la hacen producir, independientemente del tipo relación que estas tengan con su dueño, se considera que dicho derecho "... transforma el dominio de las cosas en autoridad sobre las personas, la cual puede ser in-

cluso más incisiva que la del propio Estado, que, al fin y al cabo, se refiere a aspectos más abstractos y menos apremiantes de la existencia. Incluso puede afectar a la acción de los poderes públicos. Por eso, actualmente el derecho de propiedad ha de ser conjugado con los intereses sociales generales y corresponde al Estado garantizar tanto aquél como éstos”⁹.

Esta función social provoca que el legislador tenga un amplio margen de discreción al momento de precisar el régimen jurídico de las distintas clases de bienes objeto de propiedad y los derechos que se pueden tener sobre ellos. Mencionamos expresamente al legislador porque, al igual que con respecto a la expropiación, la primera garantía de la propiedad con respecto a su régimen regulatorio y de cara a su función social es la reserva de ley. En ese sentido, solo por ley podrían imponerse al propietario obligaciones relacionadas a la función social de la propiedad. Aquí habría que hacer una distinción obvia: el legislador puede disponer un régimen diferenciado a los diversos tipos de bienes, sin que esta regulación tenga relación alguna con la función social de la propiedad sino que los diversos tipos de bienes pueden tener una regulación diferenciada, siempre y cuando ella provenga únicamente del legislador (reserva de ley). Lo que queremos decir es que esta garantía (reserva de ley) también beneficia al propietario al que se le impone una obligación en vista de la función social del derecho de propiedad. En definitiva, las restricciones o limitaciones al derecho de propiedad derivadas de su función social deben ser dispuestas expresamente por el legislador, situación que es reforzada por el artículo 74.2 de la Constitución, según el cual solo por ley, en los casos permitidos por la Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad.

Es cierto que la función social permite un amplio margen de apreciación al legislador para diseñar los límites impuestos al propietario por la función social del derecho de propiedad, tal y como sucede, por poner algún ejemplo, en la Ley 202-04, Sectorial de Áreas Protegidas. Pero debe también indicarse que cualquier disposición legal o tomada por la Administración pública al amparo de una ley que deje vacío e irreconocible el derecho de propiedad, afectando su contenido esencial, ha de ser tratada como una expropiación de facto que da lugar a la indemnización. Es que

9 GIMENA SENDRA y otros, *ob. cit.*

el derecho de propiedad permite algunos beneficios básicos para su titular sin los cuales no puede ser reconocido por la comunidad en un momento determinado, razón por la que la ausencia de estos debe ser considerada como la negación o privación del derecho, dando paso a la indemnización como si se tratara de una expropiación. Trascendental en este aspecto son los conceptos de proporcionalidad o equilibrio para determinar si una restricción o limitación del derecho de propiedad es arbitraria o no.

El artículo 51.2 debe ser entendido como una manifestación concreta de la existencia de un Estado social en la República Dominicana, pues conforme a este, “el Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad, en especial a la propiedad inmobiliaria titulada”. Promover el acceso al derecho de propiedad, específicamente la inmobiliaria titulada, tiene una doble finalidad: a) aprovechar la utilidad de la tierra; y b) organizar la propiedad de los terrenos para el mantenimiento del orden público y la seguridad jurídica en las transacciones económicas relacionada a estos.

Propósito social parecido persigue el numeral tercero del indicado artículo 51 de la Constitución, que declara de interés social la dedicación de la tierra a fines útiles y la eliminación gradual del latifundio. Dispone, asimismo, que “... es un objetivo principal de la política social del Estado promover la reforma agraria y la integración de forma efectiva de la población campesina al proceso de desarrollo nacional, mediante el estímulo y la cooperación para la renovación de sus métodos de producción agrícola y su capacitación tecnológica”.

En el artículo 51.4 se dispone que no podrá haber confiscaciones por razones políticas, la cual es una norma cuyo origen data de la Constitución del año 1942 y que ha sido también sancionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰.

El numeral quinto de dicho artículo 51 de la Constitución establece la obligación de seguir el procedimiento establecido por la ley para la incautación:

Sólo podrán ser objeto de confiscación o decomiso, mediante sentencia definitiva, los bienes de personas físicas o jurídicas, naciona-

10 PERDOMO, Nassef, en *Constitución comentada*, 3.ª ed.: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2012.

les o extranjeras, que tengan su origen en actos ilícitos cometidos contra el patrimonio público, así como los utilizados o provenientes de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o relativas a la delincuencia transnacional organizada y de toda infracción prevista en las leyes penales.

Mediante sentencia TC/0370/14, nuestro Tribunal Constitucional señaló que el no apoderamiento de la jurisdicción competente para que determine la existencia del delito de contrabando provoca la nulidad de la incautación hecha por la Dirección General de Aduanas y la conculcación del derecho de propiedad de la persona afectada con esta medida.

El artículo 51.6 impone como deber al legislador establecer un régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio.

Una nota muy interesante es que este texto permite que el legislador regule el instituto conocido como la extinción de dominio, el cual es una herramienta jurídica que permite a los Estados decomisar bienes que en principio hayan sido adquiridos de manera ilícita, mediante un juicio que no sea de naturaleza penal.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 52

POR WENDY S. MARTÍNEZ MEJÍA

Artículo 52.- Derecho a la propiedad intelectual. Se reconoce y protege el derecho de la propiedad exclusiva de las obras científicas, literarias, artísticas, invenciones e innovaciones, denominaciones, marcas, signos distintivos y demás producciones del intelecto humano por el tiempo, en la forma y con las limitaciones que establezca la ley.

Comentario

1. Introducción

Durante la década de los noventa y la primera década del siglo XXI, la propiedad intelectual en nuestro país cobró gran notoriedad. Durante ese período se aprobaron las leyes de propiedad industrial, de derecho de autor, y posteriormente las leyes de competencia y de protección a los consumidores. Surgieron con dichas leyes la Oficina Nacional de Protección a la Propiedad Industrial (ONAPI) y la Oficina Nacional de Derecho de Autor (ONDA), Proconsumidor y Procompetencia; también surgieron las sociedades de gestión de derechos de autor y derechos conexos, y más tardíamente surgió la Ley de Cine.

El desaparecido Comisionado para la Reforma y Modernización de la Justicia, la Fundación Institucionalidad y Justicia y organismos internacionales como la OMPI promovieron el debate en torno a las legislaciones que se gestaban para sustituir las obsoletas leyes que regulaban precariamente la materia, y, posteriormente, sobre la capacitación nacional e internacional de los operadores del sistema en materias indiscutiblemente especializadas, actividad formativa asumida, con rigor, por la Escuela Nacional de la Judicatura.

Resultaba reconfortante ver como un conjunto de juristas de todas partes del mundo concurrían a congresos y actividades en las que se debatía

con fervor la incidencia en la economía de la protección de los derechos de propiedad intelectual y los graves perjuicios sufridos por los países en cuanto a su desarrollo social y económico a causa de la vulneración o ausencia de protección de tales derechos, así como el estancamiento de la cultura y el arte por la desmotivación de los artistas e inventores al no poder disfrutar del producto de sus obras y el reconocimiento por su creatividad.

Los entes reguladores de dichas actividades y sus muy variadas atribuciones auguraban una protección material de los derechos de propiedad intelectual sin precedentes en las décadas futuras. En materia de derecho de autor se han creado obras abundantes en todas las clasificaciones y han surgido algunos conflictos de derecho, de los cuales pocos han llegado a judicializarse. En cuanto a la propiedad industrial ha ocurrido algo parecido, no obstante haberse incorporado nuevas normas, como la Ley núm. 424-06 sobre Implementación del Tratado de Libre Comercio DR-Centroamérica y EE. UU., (DRCAFTA), modificada por la Ley núm. 496-06, Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), que forma parte integral del Acuerdo de Marrakech, el arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de orígenes y su reglamento de aplicación. No obstante, los escándalos permanentes por la falsificación de medicamentos, productos cosméticos, marcas de ropa, carteras y accesorios; los plagios de obras literarias, canciones y composiciones; el uso no autorizado de obras, productos y marcas protegidas, y los supermercados inundados de productos con signos distintivos tan semejantes a otros protegidos que inducen sin lugar a dudas al consumidor inexperto al error, dejan la sensación opaca de que el tiempo de oro de la propiedad intelectual en nuestro país quedó sepultada bajo su consagración constitucional en el artículo 52 de la carta magna como derecho fundamental.

Es una paradoja de la vida jurídica nacional que se constata en los pocos casos que han llegado al Tribunal Constitucional, los que, salvo el control preventivo del arreglo de Lisboa, constituyen acciones iniciadas antes de la creación en la Constitución del año 2010 del Tribunal Constitucional y la Ley núm. 137-11, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre Procedimientos Constitucionales.

Aun cuando el interés por las determinantes de esta fenómeno resulta evidente, no se tratará aquí de despejar las diferentes variables que po-

drían intervenir en su producción, pues nos limitaremos a comentar, sin pretensión de exhaustividad, lo que a nuestro juicio implica el alcance de la protección del artículo 52 de la Constitución.

Para Sánchez Navarro¹ la inclusión de la propiedad intelectual como derecho económico clásico en la Constitución de 2010 constituye la innovación más relevante, la ampliación de su objeto a obras científicas, literarias, artísticas, invenciones e innovaciones, denominaciones, marcas, signos distintivos y demás producciones del intelecto humano en los términos fijados por la ley. Este catálogo de bienes protegidos por la propiedad intelectual constituye derechos de la libertad que fundamentan el sistema de economía de mercado.

Es importante recordar que en el año 2000 fueron promulgadas dos leyes de protección de propiedad intelectual: la Ley núm. 65-00 de fecha 24 de julio del año 2000, sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, y la Ley núm. 20-00 de fecha 18 de abril del 2000, sobre Propiedad Industrial, y que a partir del 2010 la Constitución dominicana recoge los objetos de protección en un solo artículo, bajo el título común de Propiedad Intelectual.

Es importante, sin embargo, advertir al lector sobre una primera gran dificultad al comentar un texto tan breve, pero que en sustancia contiene el universo de dos grandes materias, no solamente muy diferentes en su tratamiento legislativo y práctica judicial, sino también desde la filosofía, principios y postulados que le sirven de base para su construcción y desarrollo. Si bien ambos están destinados a la protección de las creaciones del intelecto, el objeto de estas creaciones es completamente distinto; en el derecho de autor es imposible invisibilizar su proximidad con las artes y la forma de expresión de las cuestiones técnicas y científicas, al margen de su utilidad industrial o tecnológica, y por tanto resulta hasta cierto punto incómodo asociarlo a alguna actividad comercial, aunque así está previsto desde su elemento material. Mientras, la vinculación de la propiedad industrial — siendo una creación intelectual— a la industria y el comercio hace que muchas veces se pierda de vista este vínculo intangible, casi romántico, de todo creador con su creación, por lo que los problemas que frecuentemente se suscitan en la materia están vinculados a la explotación comercial y al costo de la invención y la innovación.

1 SÁNCHEZ NAVARRO, *ob. cit.*, p. 405.

La República Dominicana es miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC), por lo que está en el deber de garantizar una protección efectiva que cumpla con el mínimo exigido por dichos organismos, incumplimiento que está sujeto a sanciones comerciales.

Subero Isa², sobre el rol del Estado dominicano en la protección de la propiedad intelectual, indica:

Por otro lado, es significativo subrayar que el 2 de marzo de 2001 se emitió el Decreto No. 303-01, que creó la Comisión Nacional para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual, con el fin de proponer e implementar la política nacional de lucha contra la violación de tales derechos y coordinar los esfuerzos de las diversas instituciones públicas encargadas de su ejecución. Es muy oportuno tener en cuenta que el trabajo de la referida Comisión Nacional debe inscribirse en el marco de una visión sistémica del gobierno dominicano para el tratamiento de los temas vinculados a la Propiedad Intelectual en general y al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en particular, lo cual permitirá definir objetivos precisos que deban cumplirse por las diversas instancias involucradas en los plazos previamente fijados. De esta manera, además, los compromisos nacionales e internacionales asumidos podrán ser cumplidos adecuadamente.

2. Concepto de propiedad intelectual

La propiedad intelectual fue establecida como derecho humano por primera vez en el artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuya proclama se declaraban protegidos los intereses morales y materiales que correspondiere por las producciones científicas, literarias o artísticas.

Como se ha adelantado en la introducción, el amplio sentido de la expresión “propiedad intelectual” dificulta su abordaje como análisis de

2 SUBERO ISA, Jorge A. En el Prólogo a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*; Santo Domingo, 2001.

un texto único en la Constitución. Esta complejidad es puntualizada por Delgado Porras³, quien expresa:

En sentido amplio, puede definirse a la “propiedad intelectual” como un “espacio jurídico” dentro del cual caben diferentes sistemas normativos que tienen por objeto la protección de bienes inmateriales de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios.

Esta lista realizada por Delgado Porras incluso puede extenderse, pues en el Convenio de París se hace referencia a otros aspectos, como la competencia desleal, lo cual genera cierta confusión respecto al contenido de este derecho.

El Tribunal Constitucional dominicano, a fin de dar contenido al derecho de propiedad intelectual, ha sentado mediante sentencia TC/0334/14⁴ de fecha 22 de diciembre de 2014, que “en términos generales, la propiedad intelectual enmarca diferentes sistemas normativos que tienen por objeto la protección de bienes inmateriales de orden industrial, técnico, comercial, artístico, literario y científico. Este campo normativo se puede dividir en dos grandes ramas: a) la Propiedad Industrial que abarca los inventos, diseños industriales, marcas, lemas y denominaciones comerciales; y b) Derecho de Autor, que se extiende a los derechos conexos al mismo. Dicha clasificación ha sido orientada por los instrumentos que han marcado los inicios de la protección internacional de los derechos intelectuales: El Convenio de París (1883), que contiene disposiciones relativas a la propiedad industrial y la competencia desleal; y el Convenio de Berna (1886), que reconoce los derechos sobre las obras en el campo artístico y literario”.

Esta sentencia resulta muy ilustrativa, pues refleja la conciencia del Tribunal Constitucional respecto a la escasa difusión de los derechos de propiedad intelectual y, en su doctrina, desarrolla aspectos generales de la materia que sientan las bases para la comprensión de la decisión adoptada

3 DELGADO PORRAS, Antonio. En “Propiedad Intelectual”. Documento OMPI/ CNR/PAN/94/1 presentado en el Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma, Panamá, 1994. p. 2.

4 Ver sentencia íntegra TC/0334/14. Expediente núm. 01-2005-0002, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por la sociedad comercial Video Universal, S. A. contra los artículos 71 y 72 de la Ley núm. 65-00, sobre Derecho de Autor del 21 de agosto del 2000.

por el tribunal. El Tribunal Constitucional, además, no incurre en el error de confundir el objeto de protección con los derechos protegidos, confusión común entre los juristas.

En ese sentido, en el artículo 2 del Convenio de Estocolmo que establece la OMPI, bajo la denominación “Propiedad Intelectual” quedan comprendidos los derechos relativos a las siguientes manifestaciones de la actividad intelectual: a) las obras literarias, artísticas y científicas; b) las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; c) las invenciones en todos los campos de la actividad humana; d) los descubrimientos científicos; e) los dibujos y modelos industriales; f) las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; g) la protección contra la competencia desleal; y, h) todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico. Esta lista de objetos protegidos tiene un carácter enunciativo y abierto, como se infiere de la cláusula h, “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual...”, lo que evita la necesidad de modificación legislativa para ampliar la lista ante la aparición de nuevos bienes inmateriales excluidos de la protección —las nuevas modalidades creativas—, lo cual es común hoy día debido a la rapidez con que avanzan las innovaciones e inventos tecnológicos e industriales, así como las nuevas artes, distintas de las artes tradicionales o artes plásticas.

Conviene entonces definir las dos grandes materias que componen la propiedad intelectual, asumiendo como válida la clasificación bipartita, y en el entendido de que el derecho marcario está incluido dentro de la propiedad industrial.

2.1 Derecho de autor y derechos conexos o afines

El derecho de autor es un conjunto de normas jurídicas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley y los tratados internacionales conceden a los autores, intérpretes y ejecutantes por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística, musical, científica o didáctica, esté publicada o inédita, que le faculta a explotar la obra y a excluir de la explotación a terceros.

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia TC/0334/14, antes citada, indicó que “inicialmente cabe destacar que no existe una definición y regulación exacta y uniforme del derecho de autor. La tradición europea (romano germánica) y la anglosajona (Common Law) parten de fundamentos teóricos diferentes, especialmente en su origen, toda vez que el derecho proveniente del romano germánico considera los derechos de autor como inherentes a la persona, mientras que en el anglosajón se contemplan desde una perspectiva menos personalista y más utilitarista”. Estas concesiones de dicha disciplina inciden en las marcadas diferencias respecto al reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales sobre la autoría, ya que en el derecho continental la autoría recae sobre la persona siempre, mientras el *copyright* admite la titularidad en la persona jurídica, como ocurre con los productores de obras cinematográficas.

En cuanto al momento en que surge la protección del derecho de autor, la Ley núm. 65-00 ha establecido que el autor disfruta de los derechos sobre su obra desde el momento de la creación, criterio que ha sido ratificado mediante sentencia TC/0044/12 de fecha 21 de septiembre de 2012 del Tribunal Constitucional, al sentar el precedente de la racionalidad de las normas contenidas en los artículos 3 y 154 de la Ley núm. 65-00 —que reconocen el derecho del autor sobre su obra con independencia del registro—, lo que faculta a los autores a reclamar la autoría de sus obras aún en los casos en que un tercero las hubiere registrado previamente.

El artículo 2 del Convenio que establece la OMPI lista los derechos protegidos por el derecho de autor y derechos conexos, a saber: a) las obras literarias, artísticas y científicas; b. las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, c) los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; d) producciones en el ámbito científico, literario y artístico.

En la República Dominicana el artículo 19, numeral 5, de La Ley núm. 65-00 atribuye al autor el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la distribución al público del original o de copias de la obra mediante venta, alquiler, usufructo o de cualquier otra forma, y el artículo 6 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (TODA), ratificado por nuestro país el 10 de enero de 2006, reconoce el derecho de distribución que consiste en que los autores de obras

literarias y artísticas gocen del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad; sin embargo, el derecho de oponerse a su distribución se agota con la primera venta u otra transferencia de propiedad de la obra que se haga con autorización del autor.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, por sentencia TC/0334/14, estableció el criterio de que las importaciones paralelas de obras protegidas en el país —por tener la protección un carácter territorial, y puesto que las normas del acuerdo serán adoptadas por los países en la medida en que las consideren compatibles con sus normas internas, lo que no se ha dado en nuestro país— vulneran los derechos patrimoniales de los autores.

2.2 Derecho de propiedad industrial

Es un conjunto de derechos que otorga el Estado a una persona física o jurídica para usar o explotar en forma industrial y comercial las invenciones o innovaciones de aplicación industrial, o indicaciones comerciales que realizan individuos o empresas para distinguir sus productos o servicios ante la clientela en el mercado. Esta incluye las *invenciones* (patente, modelo de utilidad, topografía de productos semiconductores, certificados complementarios de protección de medicamentos y productos fitosanitarios), *diseños industriales* y *signo distintivo* (marca o nombre comercial)⁵.

Se trata, además, de una rama del derecho que regula tanto el derecho subjetivo de propiedad industrial como las normas adjetivas para su protección tanto en sede administrativa como en sede judicial.

El artículo 2 del Convenio que establece la OMPI lista los siguientes derechos protegidos por la propiedad intelectual: a) las invenciones en todos los campos de la actividad humana; b) los descubrimientos científicos; c) los dibujos y modelos industriales; d) las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como los nombres y denominaciones comerciales; e) la protección contra la competencia desleal; f) todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en el terreno industrial.

5 Propiedad intelectual en República Dominicana. consultado en <https://www.eoi.es/blogs/mintecan/2012/12/05/propiedad-intelectual-en-la-republica-dominicana-4/>.

Además de estos derechos, se incorpora a la legislación dominicana, luego de la sentencia TC/0476/15 de fecha 5 de noviembre de 2015 del Tribunal Constitucional, la protección con carácter particular de las denominaciones de origen, al haber pasado a integrar parte del ordenamiento jurídico nacional el Acuerdo de Lisboa sobre la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional.

3. Diferencias y semejanzas en el trato de ambas materias

Antequera Parilli⁶ establece que la agrupación de ambas disciplinas bajo una nomenclatura común obliga a establecer ciertas semejanzas entre ambas materias, y al mismo tiempo puntualizar las diferencias. En este sentido, constituyen semejanzas las siguientes: 1) En ambas disciplinas el objeto de la protección está constituido por una aportación creadora, es decir, un producto del ingenio humano. 2) Esa producción ingeniosa debe tener elementos de originalidad, aunque bajo ópticas diferentes, como puede constatarse de los requisitos para la patentabilidad, la registrabilidad de los productos intelectuales. 3) Desde el punto de vista de los atributos morales, en ambas disciplinas el creador tiene derecho a ser reconocido como tal, pero las prerrogativas que surgen de este reconocimiento son distintas. 4) En ambas disciplinas el derecho sobre la obra, la invención o la creación, se traduce en un derecho subjetivo de efecto *erga omnes*, que le reconoce a su titular la facultad de explotación exclusiva.

En sentido contrario, las diferencias más sensibles serían estas: 1) En la propiedad industrial la creación ingeniosa aprovecha o modifica las fuerzas de la naturaleza con la finalidad de resolver problemas técnicos, mientras que en el derecho de autor se protege la forma de expresión de la obra, no el contenido, ni su utilidad. 2) El objeto de protección en la propiedad industrial debe tener una utilidad práctica o industrial para satisfacer necesidades humanas; la obra, en el derecho de autor tiene por finalidad el disfrute o deleite intelectual o espiritual. 3) La originalidad exigida para la propiedad industrial es “altura inventiva”, sujeta a los conceptos de “estado de la técnica” y de “novedad”, mientras que el derecho de autor exige

6 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de autor*, 2.^a ed.: Venezuela, Editora Venezolana, 1998, p. 46-51.

originalidad como sinónimo de “individualidad”. 4) El reconocimiento del derecho moral es mayor en el derecho de autor que en la propiedad industrial. 5) En cuanto al derecho patrimonial, en la propiedad industrial su derecho se reduce a impedir la explotación por parte de terceros a través de determinadas modalidades, esencialmente mediante la fabricación, copia, imitación o duplicación del invento, y el derecho de permitir o no el uso de modificaciones introducidas a la invención, mientras que el derecho de autor reconoce un derecho exclusivo de autorizar o no el uso de la obra por cualquier forma o procedimiento. 6) Respecto a la duración de la protección, el derecho industrial se prevé un plazo máximo de protección de veinte años; el derecho de autor permanece durante toda la vida del autor, más veinte años después de su muerte, en cuanto a los derechos patrimoniales, y de forma perpetua respecto a los derechos de paternidad. Estos plazos son distintos de conformidad con la legislación de cada país. 7) En principio el derecho sobre el invento surge con la patente otorgada, por lo que ella constituye una formalidad *ad solemnitatem*, mientras que el derecho de autor surge por el hecho mismo de la creación, al margen del registro, que facilita la prueba pero no hace nacer el derecho. 8) En algunos lugares, como nuestro país, la patente está sujeta a un régimen de caducidad, mientras el derecho sobre las obras goza de protección sin que intervenga caducidad, con independencia de que sean divulgadas o permanezcan inéditas o sean explotadas o no.

4. Relación de los derechos de propiedad intelectual con otros derechos

Hoy en día es un punto común en la doctrina constitucional de la era digital y la sociedad del conocimiento la indiscutible interferencia e interdependencia de los derechos humanos, asumidos en la mayoría de las constituciones de Iberoamérica como derechos fundamentales. Esta interdependencia se evidencia, además, en la asunción por parte de la comunidad internacional de los tratados, acuerdos y convenciones sobre derechos humanos suscritos por la gran mayoría de los países; bástese, como ejemplo, con el sistema de las Naciones Unidas, la OEA o la Comunidad Europea.

De la misma manera en que los diversos sistemas de protección de derechos humanos se interrelacionan entre sí, los derechos de propiedad intelectual se relacionan con otros derechos humanos y otros derechos fundamentales.

En este sentido, en la Constitución del año 2010 el constituyente dominicano reconoció por primera vez el derecho a la cultura en el artículo 64, del cual puede concluirse que dicho texto genera una doble obligación a cargo del Estado, pues por un lado debe garantizar a los habitantes de la República el goce y disfrute de las obras del intelecto, al tiempo de garantizar la protección de las obras producto del ingenio y la creatividad de los ciudadanos, incentivando esta creatividad a través del respeto y promoción de políticas públicas que permitan la protección moral y patrimonial de las obras, de forma tal que el autor siga la suerte económica de su obra; pero sobre todo que garanticen la libertad de espíritu y de conciencia de los ciudadanos a través del respeto de su libertad de expresión.

Otra interdependencia importante, quizás la más trascendente, es la de la propiedad intelectual con la libertad de expresión e información, prevista en el artículo 49 de la Constitución, que dispone:

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa. 1) Toda persona tiene derecho a la información. Este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, conforme determinan la Constitución y la ley; 2) Todos los medios de información tienen libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas de interés público, de conformidad con la ley; 3) El secreto profesional y la cláusula de conciencia del periodista están protegidos por la Constitución y la ley; 4) Toda persona tiene derecho a la réplica y rectificación cuando se sienta lesionada por informaciones difundidas. Este derecho se ejercerá de conformidad con la ley; 5) La ley garantiza el acceso equitativo y plural de todos los sectores sociales y políticos a los medios de comunicación propiedad del Estado. Párrafo.- El disfrute de estas libertades se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimi-

dad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial la protección de la juventud y de la infancia, de conformidad con la ley y el orden público.

Es innegable que el ingenio creador del artista florece aun en los más áridos terrenos, e incluso se sabe la admiración que despierta el descubrimiento *post mortem* de la riquísima obra literaria de Emily Dickinson, en contraste con su aislada vida y la intimidad de sus emociones y pensamientos, o las letras borradas de alguna tristísima canción ahogada en el llanto de un poeta solitario, descripciones magistrales de lugares, colores, placeres y sonidos nunca experimentados por el autor, creados con desvelo, pasión, dolor, ira o amargura, o simplemente movido por el anhelo de algo superior y divino, o por la fuerza de la opresión y la indiferencia padecida por las mujeres en un mundo predominantemente masculino en la toma de decisiones y el ejercicio del poder, como se siente en el desgarrar de cada pedazo desprendido de *La mujer rota*, de Simone de Beauvoir.

Sea cual fuere el caso — el del genio solitario que alimenta su creatividad desde su interior o del que abreva la cultura, amplía sus horizontes y viaja acompañado de las redes sociales y de la tecnología de la información y las comunicaciones—, el derecho a la cultura constituye ese espacio que nos permite disfrutar lo que otros crean, “inoculando su veneno”, en voz de Henry Miller, o simplemente su inspiración, sembrando nuevas ideas o abonando las ya germinadas, para madurar en una obra del ingenio, que circulará en un ciclo ininterrumpible, en la complicidad del creador y su consumidor, más cercana hoy día gracias a la globalización y la rapidez con que los medios tecnológicos hacen circular los productos del intelecto en la era digital y la sociedad del conocimiento.

5. Limitaciones al derecho de propiedad intelectual

La parte *in fine* del artículo 52 de la Constitución dominicana establece que los derechos reconocidos en él pueden ser limitados por disposición de la ley, por lo que se puede concluir que, al ser un derecho fundamental, cualquier limitación que se pretenda imponer constituye una reservada a la ley. Esto queda expresamente establecido en el artículo 74.2 de la Constitu-

ción al disponer que “solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”.

Mediante la sentencia TC/0334/14, antes citada, el Tribunal Constitucional estableció que “una de las limitantes a los derechos de autor es el agotamiento del derecho de oposición a la distribución por efecto de la “Primera Venta” autorizada por el titular de la obra, quien no podrá oponerse a las sucesivas transmisiones de la misma”. En el caso concreto la accionante sustenta sus pretensiones en la aplicación de la “doctrina de la primera venta” que alegadamente resulta lesionada por las citadas disposiciones atacadas que establecen la ilicitud de la distribución mediante venta, alquiler o puesta en circulación de cualquier otra manera, de soportes audiovisuales reproducidos o copiados o ingresados al país sin la licencia o autorización del productor o su representante acreditado, lo que a su juicio vulnera la Constitución, los acuerdos y el derecho internacional dentro del marco de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual. Respondiendo, el Tribunal expuso:

El tema sobre alcance territorial del agotamiento es uno de los más controvertidos del derecho de la propiedad industrial e intelectual; sin embargo, para el propósito que implica el análisis de este primer medio de inconstitucionalidad, planteado a la luz de las normas y tratados internacionales adoptados por nuestro país en esta materia, tenemos que el acuerdo sobre “Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” (ADPIC), en su artículo 6 establece claramente que no se puede hacer uso de ninguna de sus disposiciones, con excepción de las que se refieren a la no discriminación (“trato nacional” y “trato de la nación más favorecida”), en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual o doctrina de la primera venta, que fue objeto de un largo y extenso debate en las sesiones de las negociaciones de dicho acuerdo. En consecuencia, los Estados miembros pueden elegir la manera de abordar dicha cuestión en la forma que mejor se adapte a sus objetivos de política nacional.

El tribunal concluye que “por efecto de los artículos 71 y 72 de la Ley núm. 65-00, sobre Derecho de Autor, objetos de la presente acción directa de inconstitucionalidad, constituye una infracción a los derechos patrimoniales del autor, la importación paralela de los soportes audiovisuales reproducidos o copiados o ingresados al país, sin la licencia o autorización del productor o su representante acreditado. Dichas disposiciones no colisionan de manera alguna con los tratados internacionales ratificados por nuestro país en el ámbito de protección del derecho de propiedad intelectual y el comercio, toda vez que se ha dejado a la libre configuración legislativa de cada Estado, la regulación del agotamiento del derecho de distribución, de acuerdo la forma que mejor se adapte a sus objetivos de política nacional; motivo por el cual procede rechazar el medio de inconstitucionalidad analizado en el presente apartado”.

Esta interpretación parece estar acorde no solo con el espíritu de la ley y los postulados constitucionales, sino con el origen mismo del derecho de autor como disciplina autónoma, la protección del derecho de autor, su obra y el incentivo de la creatividad artística.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 53

POR YOKAURYS MORALES CASTILLO

Artículo 53.- Derechos del consumidor. Toda persona tiene derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, a una información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consuma, bajo las previsiones y normas establecidas por la ley. Las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes y servicios de mala calidad tienen derecho a ser compensadas o indemnizadas conforme a la ley.

Comentario

Al ser los derechos de los consumidores reconocidos por la Constitución dominicana de 2010, estos han adquirido el carácter de principios básicos que obligan al Estado a asegurarlos como derechos y libertades de los ciudadanos.

Esta disposición constitucional le da jerarquía de derechos fundamentales a los derechos del consumidor, que en nuestra legislación han venido evolucionando, ya que fueron reconocidos tímidamente a través de leyes especiales.

La primera, legislación que contenía, mínimamente, algunos de los derechos que hoy son denominados derechos del consumidor fue la Ley 13-63, de Control de Precio, que creaba la Dirección General de Control de Precios, con competencia para fijar el precio máximo al que podían venderse los productos, inspeccionar y controlar las existencias comerciales, determinar los artículos que se repuntaban de primera necesidad, previa aprobación del Ministerio de Industria y Comercio, órgano que era el encargado de promover y coordinar actividades tendentes a concienciar a la comunidad sobre los hábitos de consumo, a fin de someter a la justicia a los infractores de dicha ley¹.

1 PEGUERO, M. A. *La protección de los derechos del consumidor o usuario en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana a partir de la Ley No. 358-05*: Santo Domingo, 2018.

Le sigue como segundo instrumento la Resolución núm. 2-95 por la cual el Congreso Nacional de la República Dominicana ratifica el acuerdo de Marrakech, en el que se crea la Organización Mundial del Comercio. Por este convenio se planteó como resultados por lograr que los Estados propicien con las actividades comerciales el mejoramiento de los niveles de vida de los consumidores, lo que implica que el consumidor disponga de ingresos adecuados que le permitan una demanda efectiva, niveles de producción y oferta de bienes y servicios que favorezcan el acceso y la realización de la actividad comercial dentro de un marco de justicia y respeto a sus derechos como usuarios o consumidores.

Antes de que este derecho se concretara como de carácter Constitucional, se consagró la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor y Usuario, núm. 358-05, que deroga la Ley 13-63 de Control de Precio, y su reglamento de aplicación, aprobado por el Poder Ejecutivo el 30 de mayo de 2008 mediante Decreto núm. 236-2008.

La Ley 358-05 es la que instaura por primera vez en la República Dominicana los derechos del consumidor concebidos con visión actual, ya que establece los procedimientos de quejas en relación a los productos y servicios de uso o consumo, exceptuando los servicios de telecomunicaciones, que continuaron siendo un régimen especial contenido y regido por la Ley 153-98, General de Telecomunicaciones de la República Dominicana.

Este derecho hoy constitucionalizado se difundió en América Latina, después del célebre discurso del presidente de Estados Unidos, J. F. Kennedy, quien conceptualizó los derechos del consumidor y la importancia de que el Estado interviniera para su protección al decir:

Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero su opinión es a menudo ignorada².

2 KENNEDY, J. F. *Discurso de John F. Kennedy el 15 de marzo de 1962*, [en línea], http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf.

En su alocución Kennedy reconoce que el Estado no debe consentir el derroche en el consumo, como tampoco puede dar lugar a la ineficiencia en los negocios o en el Gobierno.

Si los consumidores reciben productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si los medicamentos son inseguros o ineficaces, si el consumidor no es capaz de decidir partiendo de la información, entonces estamos tirando su dinero, su salud y seguridad pueden estar amenazadas, y el interés nacional sufre³.

Sostiene Néstor García Canclini que “siempre el ejercicio de la ciudadanía estuvo asociado a la capacidad de apropiarse de los bienes y a los modos de usarlos, pero se suponía que estas diferencias estaban niveladas por la igualdad en derechos abstractos que se concretaban al votar, al sentirse representado por un partido político o un sindicato”⁴.

Por eso reconoció cuatro derechos básicos para los consumidores, los cuales deben ser garantizados por el Estado, a saber:

- 1) El derecho a la seguridad, a ser protegidos contra la comercialización de productos que sean peligrosos para la salud o la vida.
- 2) El derecho a la información, a ser protegidos contra la información, publicidad, etiquetado, o cualesquiera otras prácticas fraudulentas, engañosas o básicamente confusas, y a que le sean suministrados todos los hechos que necesita para tomar una decisión basada en la información.
- 3) El derecho a elegir, a que se le asegure, siempre que sea posible, el acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos; y en aquellos sectores en los que la competencia no es operativa y la regulación gubernamental es reemplazada, la seguridad de una calidad y servicio satisfactorio a los mejores precios.
- 4) El derecho a ser oídos, a tener la seguridad de que los intereses de los consumidores serán tenidos de total y comprensivamente en

3 Ídem.

4 TAMBUSSI, Carlos Eduardo. *Práctica y estrategia derechos del consumidor. Los derechos del consumidor como derechos humanos*: 2015.

consideración la elaboración de las políticas del Gobierno, y a un tratamiento adecuado y ágil en los tribunales administrativos⁵.

Esta visión teórica, hoy consumada en este articulado de la Constitución dominicana, implica que el esfuerzo para garantizar los derechos de los consumidores como derecho fundamental se debe encaminar a que las políticas de los gobiernos hagan posible el mejor uso de los ingresos de los consumidores, ya que esas actuaciones traerán bienestar individual a las familias. Esto acrecienta el progreso de la mayoría, lo que equivale al avance de los ingresos de todos. La concreción de este derecho permite crear la sostenibilidad económica del Estado.

Un instrumento internacional que nos ayuda a complementar y que sirve de sostén para ampliar la interpretación y aplicación de este enunciado constitucional son las Directrices para la Protección del Consumidor, las cuales constituyen un precedente y consecuente constitucional porque fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, del 22 de diciembre de 2015.

Las Directrices para la Protección del Consumidor son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las Directrices ayudan a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores⁶.

5 KENNEDY, ob. cit.

6 NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Nueva York y Ginebra, 2016, p. 3.

Los derechos del consumidor tienen como núcleo central la protección de las personas físicas o jurídicas que adquieren, disfrutan o utilizan bienes y servicios como consumidores, usuarios o destinatarios finales.

El ámbito de aplicación de estos derechos son las relaciones entre consumidores, usuarios y las empresas que ofrecen los bienes o servicios que se adquieran o contraten.

Los fines de los derechos del consumidor consisten en impedir acciones dañinas por parte de las entidades que brindan servicios que supongan engaño, cuantías desproporcionales o perjuicios personales a los consumidores.

Su objeto es garantizar el cumplimiento de los derechos de consumo legítimamente protegidos y que su vulneración implique responsabilidad y reparación del daño causado al consumidor.

Como contrapartida a los derechos de los consumidores, las entidades que ofrezcan cualquier tipo de bien o servicio a un cliente final deben cumplir una serie de obligaciones para dar cumplimiento a los objetivos, encaminados a que las normas que desarrollan y contienen estos derechos se apliquen de forma coherente, igualitaria y eficiente, por lo que deberán:

- realizar un etiquetado sencillo, que no induzca a error en la presentación de sus productos o servicios;
- que la presentación y publicidad de los servicios o productos también respete los parámetros establecidos legalmente;
- que en las relaciones de compra y venta los comercios donde se haya adquirido el bien o servicios pongan a disposición del cliente las informaciones necesarias para que tomen las mejores decisiones de compra en función de sus intereses y garantizar el derecho a cambiar o devolver, con el retorno de dinero gastado, en el plazo que, como mínimo, marca la ley. El recibo de compra es el documento que recoge esos derechos y plazos y el comprobante de la relación en caso de que el consumidor quiera interponer cualquier medida legal si sus derechos se ven dañados.

Dentro de esas garantías mínimas se encuentra la responsabilidad del Estado, que es quien debe propiciar la defensa de estos derechos supervi-

sando que no se vulneren, así como promoviendo las informaciones necesarias y la educación de los consumidores para que no estén en situación vulnerable frente a las entidades que ofrecen bienes y servicios.

De la lectura exegética de la Constitución dominicana podemos establecer que los consumidores y usuarios tienen derecho a:

- disponer de bienes y servicios de calidad;
- a información objetiva, veraz y oportuna sobre el contenido y las características de los productos y servicios que use o consuma, con las previsiones y normas establecidas por la ley;
- las personas que resulten lesionadas o perjudicadas por bienes y servicios de mala calidad tienen derecho a ser compensadas o indemnizadas conforme a la ley.

La referida Ley 358-05 plantea en su artículo 63 lo siguiente:

El proveedor es responsable por la idoneidad y calidad de los bienes y servicios que oferta, vende o presta en el mercado. Un bien o servicio se considera defectuoso, viciado o insuficiente cuando por su naturaleza o condiciones no cumple con el propósito o utilidad para el que estaba destinado, sea diferente a las especificaciones estipuladas por el fabricante o suplidor o disminuya de tal modo su calidad o la posibilidad de su uso que, de haberlo conocido, el consumidor o usuario no lo hubiese adquirido o hubiese pagado un menor precio.

Conforme a la doctrina, son derechos de los consumidores:

1. la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad;
2. la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales;
3. La indemnización por los daños y la reparación de los perjuicios sufridos;
4. la información completa y clara sobre los bienes o servicios, y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre el adecuado uso consumo o disfrute.

Con el nuevo orden constitucional se han generado ante el Tribunal Constitucional diferentes precedentes en relación a los derechos del consumidor, y se han interpuesto inconstitucionalidades en relación a algunos artículos de la Ley 358-05, que antecede a la Constitución.

El objetivo de las leyes sobre derechos del consumidor es que exista un equilibrio entre las partes. En ese sentido, el consumidor debe tener acceso a información veraz que le permita poder hacer elección basada en su criterio e interés. En un mundo cada vez más globalizado las opciones para los consumidores son cada vez mayores, por lo que los derechos del consumidor se han considerado derechos humanos, puesto que estamos viviendo en una sociedad de consumo.

El Estado debe, a través de sus mecanismos de control, exigir a los proveedores ofrecer productos y servicios basados en la política de la transparencia, puesto que la publicidad engañosa coloca al consumidor en un estado de vulnerabilidad. En tal sentido, las políticas de empresas deben estar visibles para el consumidor, ya que al tratarse de contratos de adhesión es necesario que la información sea brindada de manera detallada al consumidor. Además, estas condiciones generales de contratación deben ser debidamente registradas en Pro-Consumidor a fin de evitar cláusulas abusivas, según lo establece la propia ley de consumo.

El avance de las economías de los países en desarrollo dio paso a que los derechos del consumidor entren en el rango de derechos humanos, ya que el consumo es una pieza clave para el crecimiento económico; por ende, las instituciones del Estado deben velar por la protección de esos derechos.

El ordenamiento jurídico dominicano establece que los comercios deben tener libros de reclamaciones porque lo ideal es que el proveedor y el consumidor puedan llegar a niveles de entendimiento sin que tengan que judicializar los conflictos. La Ley 385-05 establece la conciliación, en sus artículos 124 al 130, como un paso previo para la reclamación judicial.

La norma jurídica busca proteger y garantizar las buenas prácticas comerciales respetando el derecho de ambas partes, porque ciertamente los reclamos de los consumidores deben estar basados en la realidad probable, ya que, de lo contrario, se caería en la difamación. Por otra parte, el proveedor debe brindar las garantías que permitan la fidelización y la satisfacción de las necesidades del consumidor.

En ese sentido, el artículo 82 de la Ley 358-05 establece el *in dubio pro consumus*, “la duda favorece al consumidor”, por lo que los términos, bases y condiciones de las prácticas comerciales denominadas sorteos, rifas y concursos serán siempre interpretadas a favor del consumidor.

La Resolución 005-12 sobre nota de créditos establece la obligatoriedad de los proveedores a devolver el importe pagado o proveer el producto o servicio con las cualidades, calidad y precios originalmente ofertados, u otorgar una rebaja en el valor o el precio pagado, de conformidad con el artículo 63 de la Ley No. 385-05. Algunos productos están fuera de este renglón por pertenecer a rubros específicos que requieren un tratamiento especial por su forma o manera de consumo.

La jurisprudencia emanada de la sentencia núm. 692, dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia el 23 de diciembre de 2015 establece que Pro-Consumidor tiene la facultad de imponer sanciones pecuniarias. Esta misma decisión fue debidamente revisada por el Tribunal Constitucional, el cual estableció mediante la sentencia TC/0080/19 que:

m. Siguiendo el análisis del texto de referencia, resulta que en caso de que no proceda la denuncia o actuación de oficio, la Dirección Ejecutiva debe rechazar el caso por improcedente, insuficiencia o inexistencia de prueba. En cambio, si resulta procedente la denuncia o actuación de oficio, la referida Dirección Ejecutiva debe iniciar un procedimiento de conciliación siguiendo los lineamientos previstos en los artículos 124 a 130 de la presente ley.

n. En la eventualidad de que las partes no llegaren a acuerdo, la Dirección Ejecutiva queda habilitada para, en un plazo de cinco (5) días hábiles, pronunciarse sobre el caso, aplicando la sanción administrativa que corresponda, mediante resolución motivada.

o. Del análisis hecho precedentemente ha quedado plenamente comprobado que la Dirección Ejecutiva de PRO CONSUMIDOR tenía la obligación de agotar el procedimiento de conciliación previsto en los artículos 124 a 130 de la indicada ley; sin embargo, del estudio de la documentación que forma el expediente, resulta que no hay constancia de que se haya agotado el referido procedimiento

de conciliación, razón por la cual ha quedado demostrado que el referido artículo 117 ha sido vulnerado en perjuicio de la recurrente.

Esta jurisprudencia es un referente, ya que aclara que la potestad de sancionar pecuniariamente no recae solo en los tribunales de la República, sino que habilita a Pro-Consumidor como órgano llamado a velar por el cumplimiento de la Ley 385-05 a que tenga poder de coaccionar para su cumplimiento. El procedimiento administrativo es una especie de gracia que beneficia a ambas partes para repensar la utilidad de judicializar o resolver por la vía de conciliación sus desavenencias. El espíritu del legislador al implementar este procedimiento es custodiar derechos del consumidor sin que se lesionen la estabilidad y la salud de la economía de mercado.

En ese sentido, la jurisprudencia contenida en la sentencia núm. 84, dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia el 30 del mes de junio de 2021 establece que el precedente del Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0080/19 antes descrita resulta vinculante, teniendo Pro-Consumidor la facultad de emitir sanciones de tipo administrativo cuando se trate de situaciones que podrían afectar la salud de los consumidores al tenor del citado artículo 43 de la ley en cuestión. Es preciso diferenciar el tratamiento entre las distintas infracciones cometidas en violación a la Ley 358-05, en vista de que algunas de ellas, muy específicamente las que se relacionan con alimentos y medicinas con capacidad de dañar la salud pública de la población, deben ser consideradas más graves que las demás, lo que justificaría cualquier diferencia de trato. Pro-Consumidor conserva la facultad sancionatoria para todos los otros casos no previstos en el artículo 43 de la Ley 358-05⁷.

Entre estos precedentes jurisprudenciales tenemos:

- La sentencia TC/0048/13 de fecha 9 de abril de 2013, sobre la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 143 de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario núm. 358-05, del 19 de septiembre de 2005, por violar los artículos 61, numeral 1; 74, numeral 3 y 218 de la Cons-

7 SCJ, 3.ª Sala, 30 de junio de 2021, núm. 84, B. J. núm. 1327.

titución de la República Dominicana. Se rechaza la acción declarando constitucional el artículo entre otros argumentos porque “el accionante no identifica cómo el Estado vulnera los derechos de los consumidores o usuarios, sobre todo en lo que toca a la estabilidad de precios, puesto que si bien es verdad que la norma impugnada hace desaparecer una estructura de control, no menos cierto es que a su vez crea otra diferente con fines similares e incluso le otorga facultades más amplias”.

- Sentencia TC/0001/14 de fecha 14 de enero de 2014, contentiva de la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 8 de la Ley núm. 139-11, de Rectificación Fiscal, del 24 de junio del año 2011, con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad de la referida norma, contra la cual alegaron violación a los principios constitucionales que consagran el derecho a la igualdad (art. 39), a la libertad de empresa (art. 50), el deber de tributar (art. 75.6), el derecho del consumidor (art. 53) y el derecho al trabajo (art. 62). Se declaró inadmisibile la acción, entre otros argumentos porque no fue violentado el artículo 53 de la Constitución, que trata el derecho del consumidor, “ya que al no haberse instaurado formalmente la banca de apuestas deportivas pretendida por los accionantes, el derecho que tienen los consumidores a beneficiarse de un producto que no ha sido ofertado, no puede ser violentado”.
- Sentencia TC/0010/15 de fecha 20 del mes de febrero del año 2015, concerniente a la acción directa de inconstitucionalidad contra la Resolución núm. 22, dictada por el Ministerio de Industria y Comercio el 11 de febrero de 2013, la cual fue rechazada porque “la exigencia de la exclusividad contractual que establece el artículo 5 de la Ley núm. 407 debe ser vista como un mecanismo de protección del uso de marcas en los procesos de distribución y venta de los combustibles, aceites, lubricantes y demás productos similares, así como un mecanismo que procura que el consumidor final disponga de esos bienes con la calidad y características que trae consigo una marca determinada”.

- Sentencia TC/0080/19 de fecha 21 de mayo de 2019, referente al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia el 23 de diciembre de 2015. Se anula la decisión por inobservar el artículo 117 de la Ley 358-05, General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario. El texto de referencia plantea que, en caso de que no proceda la denuncia o actuación de oficio, la Dirección Ejecutiva debe rechazar el caso por improcedente, insuficiencia o inexistencia de prueba. En cambio, si resulta procedente la denuncia o actuación de oficio, la referida Dirección Ejecutiva debe iniciar un procedimiento de conciliación siguiendo los lineamientos previstos en los artículos 124 a 130 de la referida ley.
- Sentencia TC/0084/20 de fecha 28 de febrero de 2020, contentiva de acción directa de inconstitucionalidad contra el artículo 143 de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, núm. 358-05, del 19 de septiembre de 2005, la cual fue rechazada por ser constitucional, sobre la base de que “si bien la Ley núm. 13 disponía la fijación de los precios máximos de los bienes de primera necesidad y de algunos servicios, la ley que la sustituyó, esto es, la Ley núm. 358-05, establece también en el literal d) del artículo 33, la protección de los intereses económicos del consumidor, creando para el cumplimiento eficiente de esos intereses, el Instituto Nacional de Protección al Consumidor, estableciendo que entre las funciones de la dirección ejecutiva de dicha entidad está la implementación de las medidas de lugar para la defensa de los derechos consagrados en beneficio de los consumidores. De las consideraciones precedentes se advierte que la derogación de la Ley núm. 13 y la puesta en vigencia de la Ley núm. 358-05 no afecta en modo alguno la obligación del Estado de garantizar en el mercado la estabilización de precios de productos y servicios. Por tanto, procede rechazar este último medio de inconstitucionalidad”.

- La sentencia TC/0317/21, de fecha 22 de septiembre de 2021, sobre la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley núm. 358-05, de Protección General de Derechos del Consumidor o Usuario y, en particular, contra su artículo 41 por violar los artículos 40.15, 46, 50, 217, 218, 219 y 221 de la Constitución de la República. Se acoge parcialmente la acción declarando no conforme con la Constitución un fragmento del artículo 41 de la Ley núm. 358-05, de Protección General de los Derechos del Consumidor o Usuario, únicamente en el enunciado relativo a la obligación de exigir el etiquetado o rotulado de los productos de consumo importados, por lo menos en idioma español, por violación a los artículos 40.15, 74.2, 217, 218 y 219 de la Constitución entre otros argumentos porque “luego de analizar la relación medio-fin, este tribunal concluye que, si bien el fin buscado es legítimo, el medio empleado para satisfacerlo no lo es, en la medida en que desborda la necesidad de la medida en relación a la restricción de otros bienes jurídicos como los derechos a la libertad de empresa y a los principios del régimen económico constitucionalmente protegidos. Por ello, aun cuando estamos ante una afectación leve provocada por la actuación normativa, y tratando de preservar siempre el principio de separación de los poderes públicos, la norma cuestionada resulta contraria a los artículos 40.15 y 74.2 de la Constitución”.
- La sentencia TC/0112/22 de fecha 12 de abril de 2022, sobre la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley núm. 483, sobre Venta Condicional de Bienes Muebles, de 1964 y, en particular, contra sus artículos 13, 17 y 11 por violar el artículo 53 de la Constitución de la República de 2010. Se rechaza la acción declarando constitucional el artículo, entre otros argumentos porque “la alegada violación al artículo 53 de la Constitución no existe, ya que este texto aborda temas distintos; los cuales, como indicamos anteriormente, son el relativo al derecho a productos y servicios de calidad y el derecho a ser indemnizado por los daños producidos por los defectos del producto. Los accionantes, luego

de cuestionar los mencionados textos de la referida ley, hacen un cuestionamiento a la ley en su totalidad, en el entendido de que se violaron los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Constitución de 1962. Este planteamiento de inconstitucionalidad general no será objeto de análisis en razón de que no se indica en qué consiste la violación constitucional”.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 54

POR YOKAURYS MORALES CASTILLO

Artículo 54.- Seguridad alimentaria. El Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuarios, con el propósito de incrementar la productividad y garantizar la seguridad alimentaria.

Comentario

La necesidad de alimentación es vital para la subsistencia del ser humano; consumir los alimentos necesarios y con la calidad que ameritan es fundamental para la vida y la salud de cada individuo dentro de una sociedad determinada.

Debido al deterioro, la escasez y la falta de ética en la producción de alimentos de calidad para el consumo humano, se ha hecho indispensable que las constituciones modernas (como la nuestra) tomen en cuenta esta necesidad básica para la continuidad de la vida y la salud de las personas con el fin de protegerlo de los posibles embates de la insuficiencia de alimentos y la falta de calidad en los productos de consumo alimentario.

La Constitución del año 2010, modificada en el 2015, supuso un avance en materia de inclusión y garantía de derechos. Especialmente podemos mencionar que su artículo 7 establece que la República Dominicana es un Estado social, democrático y de derecho, lo que significa que las políticas públicas tendrán un especial énfasis en los asuntos sociales, así como la protección social.

En ese sentido, este articulado de la Constitución obliga al Estado a acrecentar las políticas necesarias en el campo agropecuario encaminada a incrementar la productividad de la industria alimenticia, promoviendo la investigación y transfiriendo tecnologías para facilitar el avance económico del sector, lo que repercute en mejor calidad de vida para todos.

La seguridad alimenticia constituye un pilar fundamental de la protección social, razón por la que, cuando hablamos de que el Estado debe garantizarla, tenemos que pensar que la alimentación es la fuente de vida de las personas, que nuestro bienestar depende de la frecuencia y calidad de los alimentos que comemos, por eso la tutela de este derecho tiene que ser efectiva para la obtención de los medios que viabilicen el desarrollo de este derecho, que es sostén de la economía y de la salud de las personas.

El artículo 8 de la Constitución dominicana dispone como función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de toda la ciudadanía.

El derecho de las personas a la seguridad alimentaria se complementa con el precitado artículo 8 de nuestra Constitución porque “no hay dignidad con hambre”, pues cuando ella aparece de cualquier manera que sea su manifestación las consecuencias son imprevistas, ya que puede causar: ruinas, muerte, corrupción, violencia, en fin, el colapso de la economía.

La falta de alimento constituye una preocupación para la construcción de los derechos sociales debido a que en un mundo donde hay tantas riquezas la distribución de estas es desigual. Muchas personas mueren por desnutrición, por no tener los recursos, ni los medios que les permitan acceder a los alimentos de primera necesidad; esta es lo que hace necesario elevar la satisfacción de este bien como un derecho fundamental para el sostenimiento de los individuos.

El hambre refleja la incapacidad política, la apatía y desconsideración de los proyectos de gobierno basados en el desenfoco real de uno de los problemas básicos que afectan a las personas.

Por eso, para mayor extensión del derecho a la dignidad, aplicado a la seguridad alimentaria consagrada en el artículo 54 de la Constitución, es imperativo que el Estado fortalezca las políticas alimentarias de carácter integral a fin de materializar el deber ser en lo relativo a las obligaciones de un Estado social democrático y de derecho, que necesariamente tiene que intervenir en la realización de programas que permitan la obtención de la capacitaciones necesarias para el desarrollo de las habilidades para la

producción de alimento, así como la obtención de las herramientas de trabajo que permitan aplicar la tecnología al sistema de productividad de alimentos, que hagan posible el progreso sostenible del pueblo dominicano.

En ese sentido también, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) establece que “la protección social abarca una variedad de políticas y acciones en diversos ámbitos que deben promover el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el mercado laboral, la alimentación, la salud, las pensiones y el cuidado; también debe buscarse el logro de ciertos niveles dignos de ingreso”¹.

Para materializar este derecho constitucional, el Estado dominicano ha creado a través de la ley adjetiva un marco legal para proteger el derecho a la alimentación de la población residente en el territorio nacional; en ese sentido, los artículos 2 y 6 de la Ley 589-16 que crea el Sistema Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional en la República Dominicana, enfatiza que se reconoce el derecho de seguridad alimentaria a toda la población nacional y extranjera.

Para lograr este objetivo de seguridad alimentaria en la República Dominicana es prioridad de la Ley 589-16, en el citado artículo 6, que el Estado dominicano propicie y facilite:

- a) alimentación por sus propios medios con recursos provenientes de la tierra y otros recursos naturales;
- b) capacidad financiera para adquirir alimentos de calidad y suficientes cantidades que permitan buena nutrición y vida sana;
- c) protección de riesgos de pérdida de acceso alimentos por causas imprevisibles;
- d) protección contra el hambre;
- e) protección especial de la infancia;
- f) protección especial de la mujer en estado de lactancia; y
- g) prioridad de atención a la población vulnerable.

De la misma manera, los artículos 4, incisos 8 y 18, de la Ley 589-16 disponen, en síntesis, que este derecho no tiene limitaciones en cuanto a cobertura de grupo poblacional, y se debe garantizar y promover sin discriminación.

1 CEPAL, agosto 2018.

En ese mismo sentir, la Ley 1-12 sobre Estrategia de Desarrollo de la República Dominicana determina en su artículo 5 lo siguiente:

Se aprueba como componente de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, la siguiente Visión de la Nación de Largo Plazo, la cual se aspira alcanzar para el año 2030: “República Dominicana es un país próspero, donde las personas viven dignamente, apegadas a valores éticos y en el marco de una democracia participativa que garantiza el Estado social y democrático de derecho y promueve la equidad, la igualdad de oportunidades, la justicia social, que gestiona y aprovecha sus recursos para desarrollarse de forma innovadora, sostenible y territorialmente equilibrada e integrada y se inserta competitivamente en la economía global.

La importancia del reconocimiento de este derecho a nivel constitucional radica en que desde el Estado dominicano se debe construir la justicia social a través de las políticas públicas encaminadas a crear las bases para la igualdad de sostenibilidad del desarrollo, que permitan impulsar programáticamente las acciones que den vida a la norma constitucional.

En ese sentido, podemos encontrar en la Ley 1-12 variadas referencias de las maneras como el Estado dominicano deberá trabajar la seguridad alimentaria, creando políticas encaminadas a:

- Fortalecer el sistema de vigilancia y educación epidemiológica y nutricional como instrumento fundamental de la seguridad alimentaria de la población.
- Apoyar la agricultura familiar como medio para contribuir a la reducción de la pobreza rural y a la seguridad alimentaria y nutricional de la población rural.
- Garantizar un programa de alimentación escolar de calidad para la población estudiantil en condiciones de riesgo alimentario.
- Elevar la productividad, competitividad y sostenibilidad ambiental y financiera de las cadenas agroproductivas, a fin de contribuir a la seguridad alimentaria, aprovechar el potencial exportador y generar empleo e ingresos para la población rural.

- Impulsar, mediante la difusión de las mejores prácticas de cultivo, el incremento de la productividad y la oferta en los rubros agropecuarios con mayor aporte a la seguridad alimentaria y a la adecuada nutrición de la población dominicana.
- Convertir al país en un centro logístico regional, aprovechando sus ventajas de localización geográfica.
- Promover en el país un centro logístico de distribución de alimentos y productos no alimentarios para la zona del Caribe en situaciones de catástrofe.
- Dotar a las instituciones del sistema de gestión de riesgos los recursos humanos capacitados, infraestructura física y tecnológica e informaciones necesarias para una efectiva gestión de riesgos y una respuesta rápida y oportuna en la fase de emergencia, que permita proveer de alimentación, albergue temporal y saneamiento y servicios de salud a la población afectada.

Por eso, hablar de manera pragmática de lo consagrado por el artículo 54 de la Constitución dominicana sobre seguridad alimentaria es entender que se trata de generar la disponibilidad suficiente y constante de alimentos, su accesibilidad eficaz y su explotación biológica adecuada de manera sostenible a través del tiempo.

En ese tenor, la Ley 589-16 crea el Consejo Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional (CONASSAN). Este órgano trabaja las políticas públicas tendentes a erradicar el hambre y la desnutrición en el país, ejerciendo sus funciones con el trabajo conjunto de otros ministerios, tales como Agricultura, Educación, Salud Pública, Economía, Planificación y Desarrollo, Hacienda, Educación Superior Ciencia y Tecnología, Industria y Comercio, Medio Ambiente y Recursos Naturales, de la Mujer, Obras Públicas y Comunicaciones. Además, participan otras instituciones como el Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor (Proconsumidor) Federación Dominicana de Municipios (Fedomu) y la Coordinación de la Red para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional. En otras palabras, la seguridad alimentaria es un derecho humano y fundamental, vinculado al desarrollo personal y estatal, por lo que su solidificación implica una serie de factores que deben ser asegurados, como son:

- 1) que haya disponibilidad de comida;
- 2) que se garantice el modo de conseguirla, es decir, los recursos suficientes para su adquisición;
- 3) que los alimentos sean nutritivos, de calidad, y los necesarios para que nuestro cuerpo pueda tener salud y bienestar; y
- 4) que no haya incertidumbre para su adquisición, por lo que su obtención debe ser estable y continua en el tiempo.

La Ley 589-16 tiene como finalidad servir como base legal para conseguir la protección de los siguientes derechos: 1) derecho a una alimentación adecuada, 2) derecho de protección contra el hambre, 3) derecho de protección especial de la infancia, 4) derecho de protección especial de la mujer en estado de lactancia, 5) derecho de prioridad de atención a la población vulnerable y 6) derecho de asistencia alimentaria.

La Constitución dominicana, en conjunto con las leyes 589-16 y 1-12 y los convenios internacionales pactados para hacer efectiva la alimentación en el orden mundial, si los aplicamos con entereza, permitirán que la República Dominicana pueda cumplir con los compromisos nacionales e internacionales suscritos en relación con el derecho de la alimentación, entre los que se encuentran la Agenda 2020 para el Desarrollo Sostenible y el Plan para la Seguridad Alimentaria, Nutrición y Erradicación del Hambre 2015 de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC).

De hecho, en ese sentido se ha pronunciado la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), cuando establece que la concreción del derecho a la seguridad alimentaria se da cuando “... todas las personas tienen acceso físico, social y económico permanente a alimentos seguros, nutritivos y en cantidad suficiente para satisfacer sus requerimientos nutricionales y preferencias alimentarias, y así poder llevar una vida activa y saludable”².

Para avanzar en el desarrollo de la consecución de este derecho es indispensable el uso de la tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuarios, lo que implica que sigamos incorporando a la agricultura tradicional el uso de las técnicas modernas para el cultivo sostenible.

2 Ayudar en Acción. ¿Qué es la seguridad alimentaria? En línea, <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/sostenibilidad/que-es-la-seguridad-alimentaria/>, 2019.

La agricultura tradicional, utilizada aún en muchas zonas rurales del país, se caracteriza por la incorporación reducida de la tecnología en la producción. Las herramientas con las que se trabaja la tierra son regularmente la hoz, la azada o la pala. Por eso la obtención de los productos no suele ser a grandes escalas, apenas suele alcanzar para el consumo del agricultor y su localidad.

Por otra parte, la agricultura moderna incorpora la ciencia y tecnología para ser más eficientes los cultivos, ahorrando tiempo y dinero, lo que se traduce en menos inversión de recursos para la obtención de las metas a gran escala, logrando más cantidad y mayor calidad en la producción. En la República Dominicana se debe promover aún el cultivo local, introduciendo tecnología sin perjudicar el medioambiente.

Tal y como leímos en el plan estratégico de desarrollo, educar para fomentar el cultivo y la agricultura familiar se traduciría en una mejora en los índices de desnutrición en la población rural, la cual es la más afectada en los índices de desnutrición en el país. Convertir esto en una realidad requiere de una educación sobre la importancia de la autogestión de los propios recursos de la población, ya que nuestro suelo es perfectamente cultivable. En esta tarea deben involucrarse las familias, las juntas de vecinos, las escuelas y, con un papel determinante, las entidades locales y las alcaldías.

Es precisamente su alta capacidad productiva lo que define la agricultura moderna, pues es una actividad diseñada para responder a las necesidades de los mercados y comercializar miles de toneladas de productos agropecuarios a nivel interno y externo, capacidad que podemos lograr si trabajamos en conjunto, de forma planificada y con sostenibilidad.

Por esa razón el Estado debe intervenir para que los trabajadores del campo y sus productores puedan hacer más efectivo el desarrollo agropecuario, pues de ello depende la sostenibilidad económica de la nación. La aplicación de técnicas y la utilización de maquinaria hacen que disminuya el riesgo por la sumisión de factores externos como la mano de obra o el clima.

Si avanzamos en el desarrollo de la agricultura tradicional, desaparecerían las largas jornadas de trabajo en el campo para recoger las cosechas; en la moderna agricultura esa labor se le puede encomendar a sistemas de precisión incorporados en las cosechadoras, que trabajan autónomamente y con una alta eficiencia. Ello implica mayor producción a menor costo y en un menor tiempo, y se traduce en una mejor calidad de vida para todos.

Los sistemas de riego, fertilizantes, control de plagas, monitoreo de cultivos, entre otras, son aplicaciones que hacen que la diferencia entre la agricultura tradicional y la moderna sea cada vez mayor, inclinando la balanza hacia la segunda³.

Los recursos para la compra y adquisición de estos sistemas de producción, su implementación y desarrollo ameritan una política estatal por los costos que implican, y porque hay que asegurar su incrementación, productividad y calidad a fin de garantizar la seguridad alimentaria de todas las personas como derecho fundamental.

En la práctica el reconocimiento de este derecho a la seguridad alimentaria sería ineficaz si no se aplican las políticas sociales encaminadas a que toda persona obtenga un mínimo vital que le permita el acceso a la alimentación, trabajo e inserción social adecuada⁴.

El mínimo vital, reconocido constitucionalmente por algunos Estados, tiene sus adeptos y contrarios; consiste en una ayuda o prestación económica dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o están integradas en una unidad de convivencia y necesitan de recursos económicos básicos para cubrir sus necesidades primordiales.

El mínimo vital persigue garantizar una mejora real de oportunidades de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias. Opera como una red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una participación en la sociedad. Contendrá para ello en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones⁵.

Como hemos venido estableciendo, conforme al bloque de constitucionalidad, también este derecho está garantizado en instrumentos internacionales como son:

3 Tecnología para el campo. En línea, <https://www.creditoreal.com.mx/blog-credito/blog-credito/tecnologia-agricola-para-un-campo-mas-productivo>, 22 de enero de 2020.

4 Tribunal Constitucional, TC/0366/19, 18 de septiembre de 2019; TC/0414/21, 24 de noviembre de 2021.

5 Seguridad Social de España. En línea, https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Prestaciones_Pensiones_Trabajadores/65850d68-8d06-4645-bde7-05374ee42ac7.

- 1) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual dispone en su artículo 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación...”⁶.
- 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que reconoce en el artículo 11.1 lo siguiente: “Los Estados en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”⁷.
- 3) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales — Protocolo de San Salvador de 1988—, que en el artículo 12.1 dispone: “Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”⁸.
- 4) La Agenda 2030 busca poner fin a la pobreza y el hambre al tiempo que se restablecen y gestionan los recursos naturales de forma sostenible armonizando tres elementos fundamentales del desarrollo: crecimiento económico, inclusión social y protección del medio ambiente⁹. Esta ha sido acogida de forma objetiva en la citada Ley 1-12, de Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, que la incluye como parte de los subcomponentes el eje estratégico de la salud¹⁰.

La estipulación de este derecho en nuestra Constitución y en el bloque de constitucionalidad constituye un paso de avance, pero debe ser impulsado con la incorporación de políticas de producción agropecuaria como las siguientes:

-
- 6 ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. En línea, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
 - 7 Observatorio de Justicia y Género. En línea, https://observatoriojusticiaygenero.poderjudicial.gov.do/documentos/PDF/normativas/NOR_pacto_internacional_derechos_eco.pdf.
 - 8 Protocolo de San Salvador. (s./f.). En línea, <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>.
 - 9 CONTRERAS, P. I. *Situación de la seguridad alimentaria y la nutrición en la República Dominicana*: Santo Domingo, 2017.
 - 10 JIMINIÁN, M. A. “La cláusula del Estado social y democrático de derecho: una breve reflexión desde el derecho a la seguridad alimentaria”. En línea, <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/14452/ponenciamanuel-valerio.pdf>, p. 8.

- Investigación y transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuarios, que mejoren la productividad de los alimentos a gran escala.
- Al asegurar la mejora de producción agropecuaria, se debe apoyar a la población dominicana a que acceda a la compra y venta de los productos con dignidad, en grado de igualdad y con justicia social.
- Las estadísticas indican que los niveles de pobreza extrema en que se encuentran los habitantes de la República Dominicana son de un 10.4 % de los habitantes de las zonas rurales y en 9.2 % de la zona urbana¹¹.
- Para progresar es necesario, además de lo que hemos indicado, que detengamos la volatilidad en los precios de los alimentos, la desnutrición y la obesidad infantil.

Este derecho y su contenido esencial plantean la discusión de su eficacia directa o indirecta. En ese sentido es importante destacar su significado objetivo desde esta perspectiva. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* define la norma constitucional programática así: “regla incluida en la Constitución que carece de eficacia directa y solo establece criterios de actuación para el legislador ordinario”. Además, respecto a la norma programática dice: “norma que no contiene proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, sino que se limita a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de política legislativa, o a declarar derechos cuya consagración definitiva, dotando a las normas declarativas de eficacia plena, se deja a la intervención posterior del legislador secundario”.

Alejandro Nieto¹² indica que las normas programáticas son las que se integran en las partes dogmáticas de las constituciones y no pueden servir de base a un proceso judicial, ni menos aun a recursos de casación. Pueden dar lugar a responsabilidad administrativa por no actuarse concretamente. Se limitan a señalar directrices generales.

11 CONTRERAS, ob. cit.

12 NIETO, A. *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, 1983. En línea, <https://www.studocu.com/pt-br/document/pontificia-universidade-catolica-do-parana/licitacoes-e-contratos-administrativos-e-direito/peculiaridades-juridicas-de-la-norma-constitucional-articulo-de-alejandro-nieto/24904577>

Estudiadas las principales disposiciones legales respecto a la seguridad alimentaria, nos atrevemos a decir que estamos frente a una verdadera norma programática, ya que lo que el Estado puede hacer a través de sus políticas públicas es establecer las directrices y el plan de acción a seguir para asegurar este derecho a la población; sin embargo, el cumplimiento de este objetivo está sujeto a múltiples variables que imposibilitan su aplicación efectiva, sirviendo todo el marco legal como una guía al proceder del Estado y las instituciones públicas.

La objetivación de este derecho tiene que ser dual para que se pueda exigir como un derecho fundamental de forma directa e indirecta, por lo que debe trascender de ser un enunciado programático, en cuanto a tarea a realizar en las políticas públicas del Estado, y un derecho fundamental, de carácter subjetivo y personal en relación con la seguridad alimentaria, reclamable inmediatamente ante los órganos judiciales correspondientes, cuyo alcance implica un trabajo conjunto y multisectorial, a fin de que las instituciones comparadas como el mínimo vital al cual hemos hecho referencia puedan ser materializadas en la República Dominicana.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 55

POR ALBERTO A. MORONTA G.

Artículo 55.- Derechos de la familia. La familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

- 1) Toda persona tiene derecho a constituir una familia, en cuya formación y desarrollo la mujer y el hombre gozan de iguales derechos y deberes y se deben comprensión mutua y respeto recíproco;
- 2) El Estado garantizará la protección de la familia. El bien de familia es inalienable e inembargable, de conformidad con la ley;
- 3) El Estado promoverá y protegerá la organización de la familia sobre la base de la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer. La ley establecerá los requisitos para contraerlo, las formalidades para su celebración, sus efectos personales y patrimoniales, las causas de separación o de disolución, el régimen de bienes y los derechos y deberes entre los cónyuges;
- 4) Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales;
- 5) La unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley;
- 6) La maternidad, sea cual fuere la condición social o el estado civil de la mujer, gozará de la protección de los poderes públicos y genera derecho a la asistencia oficial en caso de desamparo;

- 7) Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad, a un nombre propio, al apellido del padre y de la madre y a conocer la identidad de los mismos;
- 8) Todas las personas tienen derecho desde su nacimiento a ser inscritas gratuitamente en el registro civil o en el libro de extranjería y a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la ley;
- 9) Todos los hijos son iguales ante la ley, tienen iguales derechos y deberes y disfrutarán de las mismas oportunidades de desarrollo social, espiritual y físico. Se prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en todo documento de identidad;
- 10) El Estado promueve la paternidad y maternidad responsables. El padre y la madre, aun después de la separación y el divorcio, tienen el deber compartido e irrenunciable de alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de estas obligaciones;
- 11) El Estado reconoce el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social, por lo que se incorporará en la formulación y ejecución de las políticas públicas y sociales;
- 12) El Estado garantizará, mediante ley, políticas seguras y efectivas para la adopción;
- 13) Se reconoce el valor de los jóvenes como actores estratégicos en el desarrollo de la Nación. El Estado garantiza y promueve el ejercicio efectivo de sus derechos, a través de políticas y programas que aseguren de modo permanente su participación en todos los ámbitos de la vida nacional y, en particular, su capacitación y su acceso al primer empleo.

Comentario

Uno de los aspectos novedosos de nuestra Constitución política actual es precisamente este artículo 55, que consagra los derechos de la familia expuestos como una serie de principios jurídicos que se elevan a rango

constitucional a fin de garantizar determinados aspectos de la familia, tanto en su relación con la sociedad, como en sus relaciones internas¹.

La parte capital de este artículo contiene tres disposiciones distintas que esbozan los principios que enmarcan jurídicamente esta célula social desde el punto de vista constitucional. En primer lugar, se pone a tono con instrumentos internacionales suscritos por el Estado dominicano y que ya habían erigido la familia como el “fundamento de la sociedad”. Me refiero al artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³. Erigir la familia como “fundamento” de la sociedad es en cierta forma reivindicar su valor especialísimo en la formación de la sociedad, entendiendo que es allí, en el hogar, donde se adquieren los valores que van a formar la personalidad de los futuros ciudadanos. Por otra parte, al tener rango constitucional, obliga al Estado, como veremos, a crear políticas públicas encaminadas a su protección e impide que se dicten leyes que la menoscaben u obstaculicen sus fines.

En segundo lugar, define la familia como “el espacio básico para el desarrollo integral de las personas”, por lo que deberá preservarse la unidad familiar permitiendo que los hijos se mantengan bajo el cuidado de sus padres en el seno de la familia, cuna de valores, siempre que sea posible. Los resultados de la formación de los hijos en los hogares disfuncionales, con sus consecuencias de jóvenes en conflictos con la ley penal, deserción escolar, drogadicción, entre otros, son muy elocuentes. Es por ello, por ejemplo, que las disposiciones de la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, plantea como última opción, en casos excepcionales, la separación del menor de edad del seno familiar⁴. El artículo 9.1 de la Convención de los De-

1 JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. *Comentario a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, Editora La ley, 2012, t. II, p. 407.

2 Art. 17.1.: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

3 Art. 10.1: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”.

4 Art. 59 de la Ley núm. 136-03: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en el seno de su familia de origen. Excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con este Código. En ningún caso puede considerarse la falta de recursos económicos como un motivo para separar a los niños, niñas y adolescentes de su familia de origen”.

rechos del Niño se refiere igualmente a la excepcionalidad de la separación del niño, niña o adolescente del seno familiar.

En tercer lugar, la referida parte inicial del artículo 55 expresa que la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre y voluntaria de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Otorga, pues, a los ciudadanos, la facultad de formar una familia, a partir del matrimonio o por un vínculo natural, de hecho, por la voluntad responsable de conformarla. Como expresara más adelante en el inciso 5.º de este artículo, que otorgara efectos jurídicos al concubinato, ello que supone un cambio trascendental en la regulación de la formación de la familia dominicana, ya que tradicionalmente en nuestra historia republicana, salvo en nuestra Constitución de 1963, artículo 48, ninguna norma jurídica había previsto la posibilidad de reconocer efectos jurídicos a esta unión de hecho.

Cabe destacar, sin embargo, que a partir de la sentencia pionera en esta materia, dictada por nuestra Suprema Corte de Justicia en fecha 17 de octubre de 2001, se otorgó legitimación a la concubina para reclamar indemnización por la muerte accidental de su concubino, lo que provocó, obviamente, un cambio muy importante en este tema.

1) Arts. 55.1 y 55.10 de la Constitución. Derecho a formar una familia en cuya formación y desarrollo el hombre y la mujer gozan de iguales derechos y deberes. La paternidad y maternidad responsable promovida por el Estado

Comentaremos conjuntamente estos dos incisos del artículo 55 por su estrecha vinculación. El 55.1 inicia consagrando el derecho que tiene todo ser humano a formar una familia, cuyo concepto en la actualidad ha sufrido modificaciones importantes cónsonas con el desarrollo de la sociedad, para luego establecer con rango constitucional la igualdad de derechos y deberes de los esposos o padres en la formación y desarrollo de la familia que han procreado.

La vinculación de estos dos incisos del artículo 55, al menos con dos convenios internacionales suscritos por nuestra nación, es innegable, así

como la influencia que ejercieron estos acuerdos en la redacción del canon constitucional comentado y en la voluntad del constituyente dominicano. Cito, en este sentido, en primer lugar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), cuyo artículo 17.4 dispone: “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...” e igualmente cabe mencionar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 ha prescrito lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración.

Se observa, además, en la redacción del artículo 55 de la Constitución, que existe una conexión estrecha entre lo dispuesto por este inciso 1 y el inciso 10 del mismo artículo, por cuanto pone a cargo de ambos padres el “deber compartido e irrenunciable de alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas”, lo que justifica el análisis conjunto.

En el mismo sentido, el principio VIII de la Ley núm. 136-03, al referirse a las obligaciones generales de la familia, en cuanto a asegurar a los niños, niñas y adolescentes el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales, establece que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo, educación y protección integral de sus hijos e hijas.

Por ello, ya no hablamos de patria potestad en el derecho de familia, sino que el artículo 67 de la citada Ley núm. 136-03 habla de autoridad parental y la define como el conjunto de deberes y derechos que pertenecen, de modo igualitario, al padre y a la madre, en relación a los hijos e hijas que no han alcanzado la mayoría de edad. Asimismo, el artículo 68 del Código Para la protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes se refiere a los deberes del padre y la madre, por igual, y, por su parte, el artículo 69 de la citada Ley establece la responsabilidad parental a cargo del padre y de la madre, de manera solidaria, por el daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos.

2) Artículo 55.2. El Estado garantiza la protección de la familia, el bien de familia es inalienable e inembargable

Si la familia es el fundamento de la sociedad, lógicamente, el Estado tendrá la obligación, como advertimos anteriormente, de fomentar políticas públicas que vayan en apoyo de la institución de la familia. En el artículo 8.15 de la Constitución de 1966, precisamente, se disponía: “Con el fin de establecer su estabilidad y bienestar, su vida moral, religiosa y cultural, la familia recibirá del Estado la más amplia protección posible”; más adelante, en el inciso a, el mismo artículo 8.15 declara de alto interés social la institución del bien de familia.

El principio VII de la Ley 136-03, en su parte *in fine*, impone al Estado la obligación de “... asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y garantizar a los niños, niñas y adolescentes el acceso a los programas y servicios para el disfrute de todos los derechos consagrados en este Código”.

Desde la reforma constitucional de 1955 se ha establecido en nuestra carta magna, como una forma de preservar el patrimonio familiar, la constitución del bien de familia, regido en nuestro país por las leyes 204 de 1928 y 339 de 1968. Cuando estos bienes del patrimonio familiar se constituyen en bien de familia, se sustraen del comercio jurídico, asegurando su preservación dentro de la familia.

3) Art. 55.3. El Estado promoverá y protegerá la familia sobre la base de la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer

Se refiere este inciso del artículo 55 a que el Estado promoverá y protegerá la organización de la familia, sobre la base del matrimonio entre un hombre y una mujer.

Se ha hablado de que la familia es el fundamento de la sociedad, de la obligación que tiene el Estado de protegerla, de la facultad que tiene toda persona a constituir una familia y de la igualdad de derechos y deberes del hombre y la mujer en el seno de una familia. Por último, de la protección de la organización de la familia sobre la base del matrimonio de los futuros cónyuges. Resulta útil definir el concepto de familia y su evolución durante el tiempo, la ausencia de definición en los textos legales y las razones por las cuales, según el concepto clásico, la familia se forma a través del matrimonio de un hombre y una mujer.

En su artículo “La Familia en el ámbito de la tutela constitucional⁵”, el magistrado Bernabel Moricete Fabian advierte que en nuestra legislación dominicana tradicionalmente había una ausencia de definición del término familia, y expresa:

5 MORICETE FABIÁN, Bernabel. “La familia en el ámbito de la tutela constitucional”. *Revista Jurídica Universidad de Aquino*, Bolivia, La Paz, pp. 81-106.

... si bien el Código Civil se ocupa ampliamente de esta institución (invocando unas 100 veces la palabra “familia”), este texto legal no define la institución; el Código de Trabajo, con sus 8 referencias a la palabra familia, tampoco ve necesidad de adoptar una definición, el Código Tributario (art. 101) dedica también espacio a la protección del lecho familiar; también el Código de Comercio hace referencia a la protección de la familia en el ámbito comercial (tal es el caso de las regulaciones sobre determinados bienes del quebrado).

Afirma el citado autor que la familia figura en el texto de nuestra primera Constitución del 6 de noviembre de 1844, en la que se hace referencia a la institución solo para evitar que se monopolicen los oficios públicos en manos de familia alguna. Se toma en cuenta la familia, como vimos, en la reforma constitucional de 1955 para favorecer el establecimiento del bien de familia y otros mecanismos de protección a la familia, como la preservación del buen nombre familiar por medio de la desheredación.

En la Constitución de 1963 se produce un cambio importante en la visión constitucional de la familia, dentro de los cuales señala el magistrado Moricete los siguientes: 1) las disposiciones del artículo 41 que comprometería a los poderes públicos a “propiciar, por medio de medidas económicas y disposiciones adecuadas, la formación y estabilización de la familia y el cabal cumplimiento de sus fines. E incluye un mandato de amplio espectro proteccionista sobre el matrimonio en particular y sobre la familia en general, al establecer (art. 42) que el Estado ofrecerá especial protección al matrimonio y a la familia; a la mujer en estado de gestación, a la maternidad y al niño desde su nacimiento hasta su completo”; 2) el artículo 46 reconocía el matrimonio como fundamento legal de la familia, declarando que el este presupone la absoluta igualdad de derechos de los cónyuges, y en su artículo 48 establecía la posibilidad del divorcio por mutuo acuerdo o por demanda intentada por uno de los cónyuges y admitía que las uniones de hecho en determinadas condiciones podían surtir efectos puramente económicos similares a los del matrimonio; 3) por su parte, el artículo 43 disponía que los miembros del grupo familiar gozarían de las mismas oportunidades de desarrollo social, espiritual y físico, mientras que el artículo 44 ponía a cargo del padre y la madre la obligación de alimentar, educar

y asistir a sus hijos; 4) mientras que en su artículo 49 establecía una prohibición a los oficiales y funcionarios públicos de expedir certificaciones donde se hiciera constar la condición de hijo nacido dentro o fuera del matrimonio.

Y en la Constitución de 1966 tampoco se define la familia; sin embargo dedica, como hemos visto, el artículo 8.15 y sus incisos *a, b, c y d* a la familia.

Esa definición ha correspondido, según el magistrado Moricete en su artículo citado, a una ley adjetiva con la que contamos en la actualidad, la Ley núm. 136-03, cuyo artículo 58 contiene una denominación de familia que apunta a “la construcción de un concepto de familia que recoge, a partir de las diversas circunstancias de los integrantes del grupo de familiar, algunas de las más importantes variaciones que ha sufrido la organización de la familia en los últimos tiempos, dejando atrás, inclusive, aspectos como la consagración del matrimonio como fundamento de la familia”.

Así tenemos que el artículo 58 de la Ley núm. 136-03 expresa que se entiende por familia “el grupo integrado por:

- a) El padre y la madre, los hijos(as) biológicos(as), adoptados(as) o de crianza, frutos de un matrimonio o de una unión consensual;
- b) El padre o la madre y sus hijos e hijas;
- c) Los cónyuges sin hijos e hijas;
- d) Los descendientes, ascendientes hasta el cuarto grado de consanguinidad (padres, hermanos y hermanas, abuelos, tíos, primos”.

La familia, en la doctrina clásica, se define como la agrupación humana restringida, constituida por el padre, la madre y los hijos, unidos por el vínculo del parentesco. Esta es la institución que, originalmente, de acuerdo con el artículo 55.3, que comentamos, será protegida y promovida en su organización por el Estado. Se trata de una familia fundada sobre la base del matrimonio.

Veamos la evolución del concepto de familia y del matrimonio con el fin de exponer las razones por las cuales la familia protegida regularmente es la formada por el matrimonio de un hombre y una mujer.

En los tiempos primitivos, la comunidad de existencia ligaba materialmente entre sí a todos los que estaban unidos por el lazo del parentesco;

la familia, al crecer, tendía a formar una tribu. Desde entonces siempre ha estado dividiéndose. La vida común se restringió primeramente a los que descendían de un mismo autor aún vivo; el ancestro común los reunía bajo su potestad; a su muerte, la familia se dividía en varias ramas, cuyos respectivos jefes eran los propios hijos del difunto. Tal era el sistema de la familia romana, fundado en la patria potestad, que duraba tanto como la vida del padre.

La familia civil romana se definía como el conjunto de personas que se encuentran bajo la autoridad de un mismo jefe, el *pater familiae*. En nuestros días esta autoridad sobre los descendientes se pierde cuando llegan a ser mayores.

El matrimonio romano, que es la base de la familia, presenta características que lo diferencian del que existe en el derecho moderno, inspirado en motivos cristianos. Para los romanos, el matrimonio no es una relación jurídica, sino más bien un *factum*, una situación de hecho (*res facti*), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas, de ahí que, sin perjuicio de su notable importancia, no existe una particular regulación jurídica de esta institución en las leyes. Todo lo relativo a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece a los *mores* (costumbres), con las consecuencias éticas y sociales que ello implicaba⁶.

Hay dos célebres definiciones del matrimonio en los textos romanos: Modestino lo define como *coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*, que significa “unión del macho y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano”⁷.

La palabra *coniunctio*, que es la que permite hablar de *coniux* (cónyuge), se vincula a la palabra *iugum* (yugo), el instrumento rústico que permite a los bueyes estar unidos para la labor agrícola. La palabra *consortium* viene de *sors* (suerte), lo que nos lleva a la idea de “decisión de la suerte” o

6 Rascon, Cesar. *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*: Madrid, Tecnos, 2006, pp. 168 y sigtes.

Los romanos concebían el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer libres que tenían el *connubium* o facultad de constituir una relación matrimonial conforme al derecho romano, con la voluntad continua de ser esposo y esposa. Esa voluntad denominada *affectio maritalis* era la que determinaba la existencia del matrimonio y podía manifestarse de cualquier modo, pudiendo comprobarse en la vida cotidiana de los esposos, por ejemplo el honor *matrimonii* de la esposa durante la ausencia del esposo o el juramento realizado por el esposo, *liberorum quaerendorum causa*, es decir que tomaba la esposa para tener hijos.

7 DI PIETRO, Alfredo. *Derecho privado romano*, 2.ª ed.: Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1999, p. 311.

“suerte fijada a cada uno su destino”. De manera que *consors* (consorte) es quien comparte la misma suerte. Cuando marido y mujer se casan, arriesgan su suerte en el futuro.

Al decir que este *consortium* es “de toda la vida”, se está significando que el propósito inicial es la duración vitalicia de la unión matrimonial. Los romanos admitieron la idea del divorcio, pero no como lo pensado al momento del matrimonio, sino como una eventualidad accidental. No admiten las *nuptiae* como una simple unión temporal o revocable por alguna causa resolutoria.

La otra definición es la que figura en las *Institutas* de Justiniano: “nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene la costumbre indivisa de la vida”⁸.

Los romanos admitieron la posibilidad de la disolución del matrimonio por el divorcio, lo que se explica por ser el matrimonio romano una *res facti*, que se mantiene por la *affectio maritalis*. Al faltar esta intención, el vínculo cesaba por la voluntad de ambos o la de uno de ellos.

La disolución por divorcio estuvo presente desde el inicio mismo de Roma. Así, Plutarco nos habla de una *lex regia* dictada por Rómulo, según la cual se permite al marido el *repudium* de la mujer por causas muy determinadas: envenenamiento de la prole, sustracción de las llaves⁹.

Con Constantino aparece la familia conyugal, fundada sobre un sacramento, en la que la autoridad del cabeza de familia era una carga que debía cumplirse con sentimiento de amor y respeto para con la mujer y afección para con los hijos.

Lo que nosotros hoy día llamamos “derecho matrimonial” aparecerá posteriormente. Será en principio obra de la Iglesia, a través del derecho canónico, que se desarrollara en la Edad Media toda una regulación jurídica en torno de los requisitos, de la celebración, de los impedimentos y de la disolución, vía nulidad, del matrimonio.

Esta legislación canónica será tributaria de la doctrina cristiana, basada en los textos evangélicos y neotestamentarios. Surge así la concepción del “matrimonio sacramento”, de carácter indisoluble. En el año de 1563, por el concilio de Trento, la Iglesia hace del matrimonio un sacramento y lo declara formalmente indisoluble.

8 *Ibid.*, p. 312.

9 *Ibid.*, pp. 326, 327.

En Francia, el avance de las ideas en el siglo XVIII introdujo, por influencia de los filósofos y publicistas, la nueva concepción de que el matrimonio es solo un contrato civil, contrariando con esto la concepción francesa de que el divorcio quedaba proscrito debido a la influencia dominante de la religión católica.

La Revolución que conmovió los cimientos de la sociedad francesa y del mundo recogió las ideas que habían penetrado en la conciencia nacional, reconociendo a la unión del hombre y de la mujer la naturaleza de un simple vínculo de orden contractual en la Constitución del 3 de septiembre de 1791, con lo que se posibilitaba el divorcio. Luego, la ley del 20 de septiembre de 1792 estableció el divorcio en Francia¹⁰. En nuestro país, el divorcio fue admitido tiempo después por la Ley sobre Divorcio y Separación de Cuerpo y Bienes, dictada por el Congreso Nacional el 6 de mayo de 1897.

Se advierte, pues, una evolución interesante de la institución matrimonial como fundamento de la familia promovida por el cristianismo con el propósito de preservar la unidad de la familia y evitar su disolución, de manera que pueda ser el sostén de la sociedad. Nuestro Código Civil hereda esa concepción porque precisamente fue el Código Civil de la restauración borbónica en Francia¹¹ el adoptado por nosotros, en 1845, que excluía la ley de divorcio que había sido abrogada en Francia en mayo de 1816. De ahí que toda la regulación de la familia se referirá a la familia conyugal, de conformidad con la concepción clásica.

4) Art. 55.4, efectos civiles de los matrimonios religiosos

El artículo 55.2 de la ley 659 sobre Actos del Estado Civil reconocía con los mismos efectos jurídicos dos clases de matrimonio: el civil, que es el que se contrae de acuerdo con los preceptos de la ley civil, y el religioso, celebrado con sujeción a las normas del derecho canónico. Esta disposición fue aprobada en virtud del Concordato entre la República Dominicana y la Santa Sede suscrito el 16 de junio de 1954, mediante el cual “la República Dominicana reconoce plenos efectos civiles a cada matrimonio celebrado

¹⁰ REYES VÁSQUEZ, Raúl. *El divorcio: teoría y práctica*: Santo Domingo, Editora Colores, 2004, p. 11.

¹¹ Ubaldo Gómez, Manuel. *El divorcio en la República Dominicana*: Santo Domingo, Ediciones Capel-dom, 1968, p. 24.

según las normas del Derecho Canónico¹² y disponía, entre otras muchas previsiones, que:

En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio católico queda entendido que, por el propio hecho de celebrar matrimonio católico, los cónyuges renuncian a la facultad civil de pedir el divorcio, que por esto mismo no podrá ser aplicado por los tribunales civiles a los matrimonios canónicos¹³.

Posteriormente, mediante la Ley 198-11, dicho artículo fue modificado a fin de que estuviese acorde con este inciso 4 del artículo 55 de la Constitución actual, que ha otorgado efectos civiles a los matrimonios religiosos en los términos que establezca la ley, abriendo así la posibilidad de que ministros de otras religiones, tomando en cuenta la libertad de cultos, gocen también de esta facultad.

De esta forma, el artículo 55.2 de la Ley 659, modificado por la Ley 189-11, expresa lo siguiente:

La ley reconoce, con los mismos efectos jurídicos, dos clases de matrimonios: el civil, que es el que se contrae de acuerdo con los preceptos de la ley civil, y el religioso, que es aquel que se contrae de acuerdo a las normas y cánones de las iglesias establecidas en el país de conformidad a las leyes.

5) Art. 55.5. El concubinato, constituido de conformidad con los requisitos legales, genera derechos y deberes en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes

La familia que nuestro derecho dominicano ha protegido desde la fundación de la República es la formada sobre la base de la institución del matrimonio entre un hombre y una mujer. Toda la regulación de esta institución está inspirada en la idea de continuidad, de que permanezca unida,

12 Art. 15.1 del Concordato.

13 Art. 15.2 del Concordato.

de que no se disuelva, para que pueda cumplir con sus importantísimos fines en la sociedad a la que le sirve de fundamento. De manera que cualquier unión fuera de matrimonio estaba proscrita y fuera del amparo y protección jurídica. Si se quiere formar una familia, deberá hacerse a partir del matrimonio.

Pero este postulado chocaba con realidades sociales centenarias. Es de todos conocido que al margen del matrimonio existían numerosas familias formadas por uniones de hecho, concubinato, amancebamiento; ha sido parte de nuestra realidad dominicana y de la cultura occidental en general. Muchas razones militan para que se hayan formado estas familias sin la formalidad del matrimonio: asuntos económicos, culturales, temor a compromisos que sean para toda la vida, entre otras.

La circunstancia de que estas uniones se produjeran al margen de la ley y que, por otra parte, representaban un alto porcentaje de las familias dominicanas, generaba una real desprotección para los concubinos, por la ausencia de reglas claras, sobre todo porque el derecho les negaba que pudiesen producir efectos jurídicos propios de la familia conyugal.

No fue sino por una sentencia pionera de nuestra corte de casación, que decidió sobre el recurso intentado por una concubina que solicitaba indemnización por la muerte accidental de su concubino, que nuestra Suprema Corte de Justicia fijó el criterio por vez primera que este tipo de uniones de hecho producían efectos jurídicos, pero sometiendo la admisión de estas reclamaciones a una serie de requisitos. Veamos la *ratio decidendi* de esa importante decisión¹⁴:

Considerando, que las uniones no matrimoniales, uniones consensuales, libres o de hecho, constituyen en nuestro tiempo y realidad nacional una manifestación innegable de las posibilidades de constitución de un grupo familiar, y las mismas reúnen un potencial con trascendencia jurídica; que si bien el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes, de ello no se puede deducir que siempre procede la exclusión de amparo legal de quienes convivan establemente en unión de hecho, porque esto sería incompatible con la igualdad

14 Suprema Corte de Justicia, 17 de octubre de 2001, núm. 44, B. J. 1091.

jurídica y la prohibición de todo discrimen que la Constitución de la República garantiza;

Considerando, que si bien la Constitución dominicana reconoce el matrimonio como fundamento legal de la familia, no se deriva de este precepto, haciendo una interpretación estricta de su contenido, que la concepción imperativa de la familia es aquella que se constituye exclusivamente sobre el matrimonio, toda vez que ello implicaría una vulneración al principio de igualdad que la misma Carta Magna garantiza; por consiguiente, se impone contar con fórmulas que garanticen justicia a todos los ciudadanos, en especial a la institución familiar, la cual presenta diversas formas de convivencia, a las que el derecho, en caso de conflicto, tiene que dar respuesta, sin ninguna distinción, no en base a una teoría abstracta de las realidades sociales, sino fundándose en el reclamo concreto de demandas específicas, de intereses reales, bajo una tutela judicial efectiva y eficaz;

Considerando, que por otra parte, leyes adjetivas, interpretando la realidad social dominicana, se han ocupado en diversas ocasiones de regular y proteger, no sólo a la persona de los convivientes y sus bienes, sino también a la descendencia que esta relación pueda generar; que en tal sentido, la Ley No. 14-94 del 22 de abril de 1994, Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y su Reglamento, reconoce a la unión consensual como una modalidad familiar real, al igual que la familia cimentada en el matrimonio y, al mismo tiempo, protege su descendencia; que la Ley número 24-97 del 27 de enero de 1997, también reconoce la existencia de las uniones de hecho al tipificar como infracciones graves los actos de violencia doméstica, de agresión sexual y de abandono en que pueda incurrir un conviviente o ex-conviviente en perjuicio del otro; que además, el artículo 54 del Código de Trabajo por su lado, dispone: «El empleador está obligado a conceder al trabajador cinco días de licencia con disfrute de salario, con motivo de la celebración del matrimonio de éste; tres días en los casos de fallecimiento de cualquiera de sus abuelos, padres e hijos, o de compañera, y dos días para el caso de alumbramiento de la esposa o de la compañera debidamente registrada en la empresa»;

Considerando, que el *artículo 1382 del Código Civil*, en el que se basa el ejercicio de la acción en responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por una persona, en su texto, ordena reparar, sin hacer distinciones, todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño; que de la misma manera, dicho texto legal no limita ni restringe la naturaleza del daño que se haya experimentado; que, en igual sentido, no discrimina con relación al lazo de parentesco que pudiera unir, en caso de que se produzca el hecho dañino, a la víctima con sus causahabientes que tengan la oportunidad de reclamar una reparación;

Considerando, que tradicionalmente esta Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación ha sostenido el criterio de que las uniones no matrimoniales, consensuales, libres o de hecho, no podían presentar, en razón de su irregularidad misma, el carácter de un interés legítimo, jurídicamente protegido, criterio basado, obviamente, en la concepción de que la unión consensual constituye un hecho ilícito en el derecho dominicano; que, empero, en tal sentido, es preciso indicar que un hecho es ilícito en la medida en que transgreda una norma previa establecida por el legislador; que en ese aspecto, la unión consensual que nos ocupa, ya se encuentra prevista, considerada o aceptada por el legislador en el ordenamiento legal como una modalidad familiar, criterio que debe ser admitido, en casos como el de la especie, siempre y cuando esa unión se encuentre revestida de las características siguientes:

- a) una convivencia “*more uxorio*”, o lo que es lo mismo, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio, lo que se traduce en una relación pública y notoria, quedando excluidas las basadas en relaciones ocultas y secretas;
- b) ausencia de formalidad legal en la unión;
- c) una comunidad de vida familiar estable y duradera, con profundos lazos de afectividad;
- d) que la unión presente condiciones de singularidad, es decir, que no existan de parte de los dos convivientes iguales lazos de afectos o nexos formales de matrimonio con otros terceros en forma simultánea, o sea, debe haber una relación monogámica, quedan-

do excluidas de este concepto las uniones de hecho que en sus orígenes fueron pérdidas, aun cuando haya cesado esta condición por la disolución posterior del vínculo matrimonial de uno de los integrantes de la unión consensual con una tercera persona;
e) que esa unión familiar de hecho esté integrada por dos personas de distintos sexos que vivan como marido y mujer sin estar casados entre sí;

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al interpretar el artículo comentado:

El concubinato o relación consensual jurídicamente reconocida tiene como carácter principal la concurrencia de cinco requisitos: a) una convivencia “*more uxorio*” o, lo que es lo mismo, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio, es decir una relación pública y notoria, quedando excluidas las basadas en relaciones ocultas y secretas; b) la ausencia de formalidad legal en la unión; c) una comunidad de vida familiar, estable y duradera, con profundos lazos de afectividad; d) la inexistencia de parte de los dos convivientes de iguales lazos de afectos o nexos con otros terceros en forma simultánea, o sea, debe ser una relación monogámica; e) su integración por dos personas de distintos sexos que vivan como marido y mujer sin estar casados entre sí¹⁵.

La unión de hecho con las características enunciadas, de acuerdo con el artículo comentado, “genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley”. Así, en cuanto a los derechos patrimoniales, ha decidido nuestra corte de casación que en el concubinato se forma una sociedad de hecho que no está sometida a las normas del derecho societario:

La partición de la sociedad de hecho fomentada en una relación consensual no está sometida a las normas del derecho societario,

15 TC/00112/12, 9 de mayo del 2012.

ni al procedimiento comercial, toda vez que, como punto principal, no se trata de una sociedad formada entre personas con vocación a desarrollar actividades propias del comercio con un interés de generar beneficios económicos mutuos¹⁶.

Pero el haber constituido una unión de hecho no basta por sí solo, en ausencia de los demás requisitos, para crear la sociedad de hecho que se forma en el concubinato:

El solo hecho de haber vivido en concubinato, cualquiera que fuera su duración, no basta para crear por si solo una sociedad de hecho, mientras que la sola circunstancia de contraer matrimonio, crea, en virtud de la ley, una comunidad conyugal¹⁷.

De igual manera, no se formaría esta sociedad de hecho si durante el concubinato los convivientes estaban casados con otras personas: “Debe rechazarse la demanda en partición incoada por la concubina contra el concubino si durante el tiempo en que existió la relación de hecho, ambos concubinos estaban casados con otras personas¹⁸”.

Si bien, se constituye una sociedad de hecho entre los concubinos en su relación *more uxorio*, no menos cierto es que no se constituye la comunidad legal de bienes, que es un efecto propio del contrato de matrimonio:

El régimen de la comunidad legal pertenece exclusivamente a la institución del matrimonio; la relación de hecho no disfruta de la presunción legal señalada, ya que el legislador no ha establecido ninguna regulación respecto a los bienes fomentados por los concubinos, y su unión no cuenta con el carácter contractual que caracteriza el régimen legal de la comunidad¹⁹.

6) Art. 55.6. La protección de la maternidad, sea cual sea el estado civil de la mujer

16 SCJ, 1.ª Sala, 19 de marzo de 2014, núm. 60. B. J. 1240.

17 SCJ, 3.ª Sala, 13 de abril de 2011, núm. 22, B. J. 1205.

18 SCJ, 1.ª Sala, 19 de abril de 2013, núm. 84, B. J. 1229.

19 No. 6, Pr., Abr. 2005, B. J. 1140.

Esta disposición con relación a la protección de la maternidad estaba contenida en el artículo 8.15, inciso *a*, de la antigua Constitución de 1966; la protección de la maternidad en aras de la protección de la familia misma que se va formando y creciendo con la procreación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere, en su artículo 10.2, a esta protección en los siguientes términos:

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

En consonancia con esa protección estatal, podemos citar algunas previsiones de nuestro Código de Trabajo que, por ejemplo, otorga el descanso pre- y posnatal a la mujer (art. 259) y somete a formalidades especiales el despido de una mujer embarazada.

Asimismo el artículo 48.e de la Ley 136-03 prohíbe las sanciones de retiro o expulsión, o cualquier trato discriminatorio por causa de embarazo, de una niña o adolescente.

Por sentencia TC/0523/19 del Tribunal Constitucional, ese alto tribunal decidió que la desvinculación de una agente policial por encontrarse en estado de gestación vulnera las disposiciones de este artículo, toda vez que el embarazo no es una falta disciplinaria y además todos los poderes públicos tienen la obligación de proteger a la mujer embarazada.

7) 55.7 y 55.8. Facultad que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad, a un nombre propio, a los apellidos de sus padres y a ser inscritos desde su nacimiento gratuitamente en el Registro Civil

Los incisos 7 y 8 del artículo 55 de la Constitución se refieren a los derechos al reconocimiento de su personalidad y a ser inscrito en el registro civil desde su nacimiento que tiene cada persona.

Toda persona tiene derecho a su identidad, a conocer quiénes son sus padres y a tener sus apellidos, como reconocimiento a su personalidad, evitando así la confusión e incertidumbre que se produce al no conocer su ascendencia y consecuentemente a gozar de los efectos jurídicos derivados de su filiación.

En su sentencia TC/0059/13 el Tribunal Constitucional estableció que el derecho al apellido del padre es un derecho fundamental, que tanto este derecho como el derecho a la dignidad humana se encuentran vinculados al valor central del Estado social y democrático de derecho.

Los artículos del 62 al 66 de la Ley 136-03 regulan las acciones que pueden ejercer los niños, niñas y adolescentes para la prueba de su filiación y el artículo 211 de la misma ley declara imprescriptible el derecho en reclamación de filiación para los hijos e hijas.

El artículo 18 del Pacto de San José prescribe: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”, y el artículo 20 de la misma Convención le otorga el derecho a una nacionalidad.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño tiene dos previsiones importantes a este respecto. El artículo 7 establece el derecho que tiene el niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, su derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y a conocer a sus padres: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, mientras que el artículo 8 del mismo instrumento internacional obliga a los estados signatarios de la Convención a preservar la identidad del niño: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Por su parte, los artículos 24.2 y 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorgan al niño el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre y adquirir una nacionalidad.

El artículo 4 de la Ley 136-03 reconoce el derecho que tienen todos los niños, niñas y adolescentes a un nombre y a una nacionalidad, por lo que deberán ser identificados y registrados inmediatamente después de su na-

cimiento; dispone, asimismo, que el médico o el personal de salud a cargo está obligado, en un plazo no mayor de doce horas, a entregar constancia de este a sus pares o responsables y remitir constancia a las autoridades responsables de su registro oficial.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley 136-03 incluye dentro de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento en el Registro del Estado Civil, de conformidad con la ley y en su artículo 7 la referida ley dispone la gratuidad de esta inscripción.

8) 55.9. La igualdad de los hijos ante la ley

El derecho a la igualdad que tienen todas las personas, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución, no excluye a los hijos. Durante años existió en nuestra legislación una discriminación absurda con relación a los derechos conferidos a los hijos legítimos, en detrimento de los nacidos de uniones de hecho, de tal suerte que incluso en el ámbito sucesorio la ley establecía claramente que los hijos naturales reconocidos heredarían el 50 % de lo que le correspondiese a un hijo legítimo. Desde la Ley 14-94, y en la actualidad la Ley 136-03, se han derogado esas disposiciones al consagrar esta última el principio de igualdad como uno de sus principios generales. Así, vemos que el principio VIII de la Ley 136-03 consagra esta igualdad de todos los niños, niñas y adolescentes en los términos siguientes:

Las disposiciones de este Código se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idiomas, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento, en situación de riesgo o cualquier otra condición del niño, niña o adolescentes, de sus padres, representantes o responsables o de sus familiares.

El artículo 61 de la referida Ley 136-03 ha dispuesto la igualdad “de todos los hijos e hijas, ya sean nacidos de una relación consensual, de un

matrimonio o adoptados, gozaran de iguales derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral” y en su párrafo prohíbe “el empleo de denominaciones discriminatorias relativas a la filiación de la persona”. Es por ello que en las actas de nacimiento ya no figura la condición de hijo legítimo o natural de la persona declarada.

9) 55.11. Reconocimiento por el Estado del trabajo del hogar como actividad económica que produce riqueza y bienestar social

Se trata de una disposición novedosa reclamada por la realidad de las relaciones de pareja en nuestro país. Como en muchísimos casos la mujer no trabaja, depende de los aportes del marido para su subsistencia y de la familia; sin embargo, es la que de forma permanente cuida la casa desarrollando las más variadas labores del hogar, cuida de los hijos, los alimenta, cuida del marido, lava su ropa, prepara su comida, en un trabajo sin descanso que no era valorado al momento en que por alguna razón la relación terminaba, como si no hubiese aportado nada a la unión de hecho en la que habían permanecido décadas y procreado varios hijos. En este sentido, nuestra corte de casación ha decidido:

Del Art. 55, numerales 5 y 11 de la Constitución se deduce que también se contribuye con la sociedad de hecho cuando se trabaja en las labores propias del hogar. Cuando los concubinos combinan sus esfuerzos personales, buscando facilitar la satisfacción de obligaciones familiares comunes o para lo que exija la crianza, educación y sustento de los hijos comunes, en tales fines va implícito el propósito de repartirse eventualmente los bienes de la sociedad de hecho fomentada por ellos²⁰.

Y en una sentencia más reciente reiteró el criterio en la siguiente forma:

Se contribuye con la sociedad de hecho no solo con el fomento de negocio determinado, o cuando fruto de cualquier actividad labo-

20 No. 28, Pr., Dic. 2011, B. J. 1213.

ral fuera del hogar común se aportan bienes al sostenimiento del mismo, sino también cuando se trabaja en las labores propias del hogar, aspecto que ha de ser considerado a partir de ahora por los jueces de fondo a fin de dictar una decisión acorde con esta realidad social y con el mandato constitucional²¹.

En su sentencia TC/0520/15, el Tribunal Constitucional expresó: “En relación con el aporte que pueda contribuir al bienestar y al crecimiento económico, en cuanto al trabajo no remunerado, el informe sobre Desarrollo Humano 2010,7 determino: ‘El trabajo por el que no se percibe ingresos, como las tareas domésticas y el cuidado de los niños y ancianos en el hogar y en la comunidad, contribuye al bienestar y al crecimiento económico ya que produce una fuerza laboral apta, productiva, calificada y creativa’”.

10) 55.12. El Estado garantizará, mediante ley, políticas seguras y efectivas para la adopción

La adopción se define como aquella institución jurídica de orden público e interés social que permite crear, mediante sentencia rendida al efecto, un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza²².

Esta institución jurídica, ya conocida por los romanos, permitía que una persona, a quien llamamos adoptado, sometida a la autoridad del *pater familiae*, es decir, *alieni iuris*, saliera de su familia civil y entrara en la familia civil del adoptante, luego de cumplidas las formalidades legales. Si quien se iba a adoptar era una persona libre de toda autoridad, es decir, una persona *sui iuris*, se trataba entonces de una modalidad de la adopción a la que denominamos adrogación, por el efecto de la cual tanto el adrogado como las personas sometidas a su autoridad, así como su patrimonio, pasaban a la familia del adrogante.

Desde siempre se ha tratado de un acto que genera una nueva filiación, si se quiere, legal, pero no natural, porque va a hacer entrar al adop-

21 Sentencia del 29 de marzo de 2017.

22 Art. 111 de la Ley 136-03.

tado, sobre todo si se trata de la adopción privilegiada, en la familia del adoptante como hijo, con todos sus efectos, sin que exista un vínculo de parentesco natural.

La Convención de los Derechos del Niño contiene disposiciones de protección especiales para el caso de la adopción. Así, tenemos que en su artículo 20 se refiere a que los niños cuyo interés superior exija que permanezcan temporal o permanentemente privados de su medio familiar tendrán derecho a la protección y asistencia del Estado. Dispone en su inciso 3 que dentro de los cuidados que garantizarán los Estados partes para esos niños se encuentran “la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Para el caso de la adopción específicamente, la referida Convención cuenta con algunas disposiciones especiales, a saber:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen²³;

En nuestro país, como signatario de esta Convención, la Ley 136-03 ha regulado un procedimiento de adopción que, de conformidad con el artículo 112 de la referida ley, será llevado “bajo la suprema vigilancia del Estado”. Por ello la adopción solo será considerada para casos excepcionales y en las circunstancias previstas por la referida ley²⁴ y los procedimientos administrativos deberán ser canalizados a través del Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia (CONANI), y se requiere que sean homologados por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes²⁵.

En el procedimiento de adopción, que será siempre privilegiada en la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes²⁶, hay una fase administrativa de protección que está a cargo del Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia (CONANI)²⁷, que culmina con la emisión el certificado de idoneidad expedido por esta dependencia. Luego se inicia la fase administrativa jurisdiccional, que se lleva ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, que tendrá a su cargo la homologación de la adopción.

11) 55.13. Reconocimiento del valor de los jóvenes como actores estratégicos en el progreso de la nación

Todo lo que hemos comentado sobre la protección de la familia como fundamento de la sociedad, de los niños, niñas y adolescentes como miembros en desarrollo en el seno de ese grupo humano, no tendría sentido si cuando ya estos adolescentes se convierten en jóvenes aptos para el trabajo y eficiente motor del desarrollo de su país el Estado no contempla políticas públicas coherentes que les den oportunidades de realización en lo personal y en lo profesional.

23 Art. 20 de la Convención de los Derechos del Niño.

24 Art. 112 de la Ley 136-03.

25 Art. 114 Ley 136-03.

26 Art. 115 Ley 136-03.

27 Art. 129 Ley 136-03.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 56 A 58

POR FRANCISCO ANTONIO PÉREZ LORA

Artículo 56.- Protección de las personas menores de edad. La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes.

En consecuencia:

- 1) Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos por el Estado contra toda forma de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos;
- 2) Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar, comunitaria y social;
- 3) Los adolescentes son sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta.

Artículo 57.- Protección de las personas de la tercera edad. La familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 58.- Protección de las personas con discapacidad. El Estado promoverá, protegerá y asegurará el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades. El

Estado adoptará las medidas positivas necesarias para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política.

Comentario

1. Introducción

Es una gran tarea abordar la protección que la Constitución reconoce le debe ser ofrecida a los menores de edad, personas de la tercera edad y personas con discapacidad, en la que el Estado asume el compromiso de garantizar los derechos fundamentales de estas poblaciones, a la vez que reconoce que es una responsabilidad común para la que se requiere la participación de la familia y la sociedad.

En breves líneas se realiza un análisis de los aspectos más relevantes de la protección constitucional a los niños, niñas y adolescentes, relacionando el mandato constitucional del artículo 56 con las disposiciones convencionales de derechos de la niñez, así como la situación actual de esta población y la protección de derechos incluida en las normas adjetivas aprobadas en la República Dominicana. Similar análisis se hará de las demás poblaciones indicadas en los artículos 57 (tercera edad) y 58 (discapacidad) de la Constitución.

2. Protección a personas en condición de vulnerabilidad: niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas en condición de discapacidad

La primera Constitución dominicana que reconoce de forma expresa la protección de los menores de edad, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad es la de 2010, reformada en el 2015, lo que constituye un paso de avance en la visibilización de los derechos de esas poblaciones tradicionalmente ignoradas en la letra del pacto sustantivo.

Y es que el modelo asumido a partir de la Constitución de 2010 es el de un Estado social y democrático del derecho, en el que se requiere de la garantía de derechos de todas las personas y se establece una protección reforzada para los individuos que pudieran estar en condiciones de vul-

nerabilidad, tales como los menores de edad, adultos mayores y personas con discapacidad.

El texto constitucional adopta de forma expresa como sujetos principales llamados a garantizar los derechos de los menores de edad y adultos mayores a la familia, a la sociedad y al Estado; de lograrse el esfuerzo mancomunado, se obtendrán los objetivos perseguidos de una sociedad inclusiva de la población, independientemente de la edad o su condición de discapacidad.

Hay que destacar que las disposiciones normativas de protección a estos tres segmentos de la población provienen de varias fuentes de producción local e internacional, esta última regional (OEA) y universal (ONU). En consecuencia, no tan solo hay que conocer y aplicar las normas locales, la Constitución y las leyes, sino también el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Dominicana que hacen referencia de forma expresa o implícita a estas personas, que son parte del denominado bloque de constitucionalidad que, conforme a mandato constitucional (artículo 74.3), tienen jerarquía constitucional.

La Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimiento Constitucionales, prevé el principio de constitucionalidad en el sentido siguiente: “Constitucionalidad. Corresponde al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, en el marco de sus respectivas competencias, garantizar la supremacía, integridad y eficacia de la Constitución y del bloque de constitucionalidad¹”. Esto debe ser combinado con su artículo 2, que hace referencia al objeto y alcance de la indicada ley, al establecer que se debe procurar “... garantizar la supremacía y defensa de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables²”. Como se puede observar, la directriz es aplicar tanto la Constitución como las leyes, así como las normas y principios contenidos en los convenios internacionales ratificados, a fin de proteger eficazmente los derechos fundamentales de las personas.

1 Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimiento Constitucionales, artículo 7.3 e.

2 *Ibidem*, artículo 2.

El derecho interno y el derecho internacional ratificado coexisten y deben de ser respetados por todas las personas y garantizados por los operadores de justicia para no violar la disposición del artículo 6 de la ley supra citada, que prevé:

Se tendrá por infringida la Constitución cuando haya contradicción del texto de la norma, acto u omisión cuestionado, de sus efectos o de su interpretación o aplicación con los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República Dominicana o cuando los mismos tengan como consecuencia restar efectividad a los principios y mandatos contenidos en los mismos³.

En consecuencia, la norma local adjetiva debe ser vista desde la perspectiva del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, debido a que se debe examinar su constitucionalidad o convencionalidad incluso de oficio.

Los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad han sido protegidos de forma expresa por tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por la República Dominicana y parte de su contenido será explicado en este escrito.

Respecto a los menores de edad (aplicable también a los adultos mayores y personas con discapacidad) decía el connotado jurista italiano Luigi Ferrajoli que “el problema más serio que se presenta hoy en materia de derechos de la infancia es el de la efectividad de las leyes aprobadas”⁴. Muchas y muy buenas leyes; sin embargo, existe un gran trecho entre su contenido y su efectiva aplicación.

2.1. Protección a niños, niñas y adolescentes

La etapa de la vida de la niñez y adolescencia, conforme a la Ley núm. 136-03 sobre el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Ni-

3 *Ibidem*, artículo 6.

4 Prefacio de Luigi Ferrajoli al libro *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Compiladores Emilio García Méndez y Mary Beloff, 2.^a ed.: Argentina, Edit. Temis, 1999, t. I, p. XVIII.

ños, Niñas y Adolescentes, hace referencia a las personas que tienen menos de 18 años: los de menos de 13 años son niños/as y los de 13 y hasta cumplir los 18 años son adolescentes⁵; al conjunto de niños/as y adolescentes se le denomina también menores de edad.

La población de 0 a 19 años, según el último censo (2010) realizado en la República Dominicana, es de 40.1%. En el cuadro realizado por la Oficina Nacional de Estadísticas (ONE) respecto a la distribución porcentual de la población, según grupos de edades⁶, se observa el siguiente desglose: 0-4 años, 9.5%; 5-9 años, 9.9%; 10-14 años, 10.3%, y 15-19 años, 10.4%; en total, un 40.1%. El censo, como se puede observar, abarca parte de la mayoría (18 - 19), por lo que sería conveniente que en futuros censos se tome en cuenta de forma separada a la población menor de edad y la adulta.

Los principales obligados a la protección de los menores de edad son sus familiares. La familia incluye a personas unidas por consanguinidad: padres, hermanos, hijos, abuelos, nietos, tíos, sobrinos, primos, etc., y también incluye a personas con vínculos jurídicos: esposos, suegros, nueros, cuñados, etc. Incluso, también a familiares unidos por vínculos jurídicos a través de la adopción, que pasan a tener los mismos efectos que las relaciones familiares producto de la consanguinidad⁷. Incluye también a hijos de crianza, los que, aun cuando no exista vínculo de consanguinidad ni jurídico, sí tienen un vínculo muy fuerte, que es el de la afectividad; por tal razón el artículo 58 de la Ley núm. 136-03 los ha reconocido como parte de la familia.

El presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Milton Ray Guevara, ha expresado que no se debe ignorar la expresión del profesor francés Philippe Malaurie, que en materia de filiación no existe una sola verdad:

Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que

5 Ley núm. 136-03. Código para el Sistema de Protección y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes. Principio II.

6 Oficina Nacional de Estadísticas. *Los censos dominicanos, 100 años contando nuestra gente, 1920-2020* de la ONE, cuadro 3, p. 33.

7 ZELIDED, Alma, CASTELLANOS, Víctor José y PÉREZ LORA, Francisco. *Derecho de Familia En El Siglo XXI: fecundación humana asistida y filiación adoptiva*: Santo Domingo, Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (CENDIJD), 2006, pp. 78 y 79.

genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”). Dado que no solo el dato biológico forma parte de la identidad de la persona humana, pues existen aspectos sociológicos, culturales y sociales incontrovertibles...⁸.

Coincidiendo con el magistrado Ray Guevara, no debemos obviar los vínculos afectivos, sociológicos, volitivos y temporales que construyen día tras días lazos fuertes, incluso similares o mayores a los consanguíneos; por tal razón, la Ley núm. 136-03 repite con frecuencia que padre, madre y responsables son los principales obligados respecto a los menores de edad. Se debe prestar atención al vocablo *responsable* relacionado a personas diferente a los progenitores.

Estos sujetos obligados a garantizar derechos tienen diferentes niveles y gradaciones de responsabilidad: los padres (o responsables) son los principales obligados, como lo prevé la Convención sobre los Derechos del Niño:

A los padres u otras personas encargadas les incumbe la responsabilidad primordial dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño⁹.

Los integrantes de la sociedad están llamados a proteger a los menores de edad y por esta razón la Ley núm. 136-03 prevé en su artículo 14 que las personas que denuncien abusos o violación de derechos a los menores de edad estarán dispensadas de cualquier acción civil o penal en su contra, a fin de fomentar su protección sin riesgos de represalias de parte de los denunciados.

Se reconoce que la manera de garantizar la supervivencia de la sociedad es protegiendo a los menores de edad, presente y futuro de la nación, fomentando en ellos valores como el respeto a sus padres y a los símbolos patrios, a la solidaridad, convivencia democrática, libertades de los demás

8 Tribunal Constitucional dominicano, TC/0072/15, 23 de abril de 2015. Voto disidente del mag. Milton Ray Guevara. Párrafo 29.

9 Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 27.1.

y el acatamiento de las normas, con el objeto de alcanzar una sociedad organizada más justa y equitativa.

El Estado debe garantizar que los derechos de los menores de edad sean una realidad y no se queden solo en soporte papel o digitalizados en textos de esa naturaleza, a través de todos sus órganos, especialmente los que integran el sistema de protección de la infancia en el ámbito administrativo —Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONANI)— y en el ámbito jurisdiccional: los tribunales y cortes de niños, niñas y adolescentes.

El mandato constitucional a la familia, la sociedad y el Estado de hacer primar el interés superior del niño, niña y adolescente, la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, no es de tipo programático; es una obligación exigible por medio de las acciones constitucionales y ordinarias reguladas en leyes orgánicas y ordinarias.

Los principios internacionales de protección de la infancia reconocidos por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general 05-2003 son los siguientes: igualdad y no discriminación; 2) interés superior del niño; 3) supervivencia, desarrollo y efectividad de sus derechos garantizando su protección integral; y 4) a ser escuchado y que su opinión sea valorada.

Tres de los cuatro principios internacionales de protección de la infancia están incorporados en el artículo 56 del texto constitucional: el interés superior del niño, niña y adolescente; su protección integral para garantizar su desarrollo armónico y el reconocimiento de que su participación debe ser una prioridad de todos los obligados (familia, sociedad y Estado).

El magistrado presidente del Tribunal Constitucional, Milton Ray Guevara, ha manifestado respecto al interés superior del niño que:

El principio del interés superior del niño constituye un mandato de optimización que exige tomar en cuenta el bienestar integral de la persona menor de edad. Este principio impone a las autoridades judiciales a quienes compete sustanciar los procesos de menores el deber de realizar análisis de la situación concreta a la luz de lo que resulte conveniente el niño. Importa destacar además que el interés del menor no necesariamente se corresponde con lo que a juicio de sus padres es más conveniente para éste, puesto que

se trata de intereses interdependientes que no siempre confluyen entre sí. En el caso concreto, existen tres intereses en cuestión: el de la madre y su esposo, el del progenitor y el del hijo. Y el interés que debía prevalecer era el del hijo¹⁰.

El principio del interés superior del niño no es de reciente data —se encuentra recogido en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989—; lo que ha hecho la República Dominicana es constitucionalizar este principio rector considerado guía del derecho de la infancia.

De igual modo, en numerosas ocasiones la Suprema Corte de Justicia se ha referido al interés superior del niño, estableciendo que:

La Suprema Corte de Justicia ha sido constante en el sentido de que el interés superior del niño, consagrado como norma fundamental por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, tiene su origen en la doctrina universal de los derechos humanos y como tal es un principio garantista de estos derechos; que los niños, niñas y adolescentes como personas humanas en desarrollo, tienen iguales derechos como todas las demás personas y por consiguiente, es preciso regular los conflictos jurídicos derivados de su incumplimiento de los derechos de los niños y su colisión con los derechos de los adultos; que el interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de esos derechos, y en ese sentido, siempre habrá que adoptarse aquellas medidas que asegure la máxima satisfacción de los mismos¹¹.

El principio de la igualdad de todos los menores de edad está contenido en el artículo 55.9 de la Constitución, que reconoce que todos los hijos son iguales ante la ley en derechos y obligaciones, y en el 39, que expresa: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación”¹².

10 Tribunal Constitucional, *ibidem*, párrafo 28.

11 SCJ, 1.ª Sala, 21 de septiembre de 2011, núm. 438, B. J. 1210.

12 Constitución de la República Dominicana, artículos 39 y 55.9.

El último texto citado (artículo 39) debe ser interpretado en el sentido de que los menores de edad son iguales entre sí, no que deben recibir la misma protección que las demás personas, debido a que es una situación incontrovertida que debido a su edad requieren de una protección reforzada. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, ha manifestado que:

... al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que 'no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana'. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en 'los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos', advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable'. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la justicia. Más aun, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento (sic) en que se encuentran¹³.

Reforzando sus argumentos, la CIDH se autocita al establecer que:

Asimismo, este tribunal estableció que: "No habrá, pues discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas dife-

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, núm.17-02, párrafo. 46.

rencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana¹⁴.

Por tal razón la CIDH establece que “se puede concluir que, en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido prescrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño...¹⁵.

En el ámbito procesal administrativo o jurisdiccional, también la CIDH justifica la diferencia de trato, al establecer en la indicada observación que:

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección del niño, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento¹⁶.

La igualdad y no discriminación a las personas, así como el trato diferenciado tomando en cuenta sus particularidades (menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidad) deben estar en las políticas, acciones y ejecutorias de todas las instituciones del Estado y, muy especialmente, ser parte del currículo escolar.

Lamentablemente, en la realidad local no todos los niños/as tienen satisfechos sus derechos fundamentales. Es así como vemos adolescentes privados de libertad en centros en los que no se les garantizan todos sus derechos sociales, menores de edad en condición de calle, niños /as y sus padres en condición de pobreza extrema —lo que obstaculiza el cumplimiento de sus derechos—, niños/as que han sido abandonados física o moralmente por la desatención de sus padres o responsables, niños/as

14 *Ibidem*, párrafo 47.

15 *Ibidem*, párrafo 55.

16 *Ibidem*, párrafo 96.

maltratados, niños/as huérfanos por situaciones diversas —entre ellas producto de feminicidios—, niñas y adolescentes embarazadas, niños/as y adolescentes víctimas de delitos, etc. Independientemente de la condición de los niños, el Estado debe procurar que se respeten sus derechos, y para ello deben diseñarse y ejecutarse de forma efectiva acciones respecto a las condiciones particulares previamente citadas.

Especial hincapié hay que poner en los menores de edad privados de libertad, a los que el Estado debe garantizar sus derechos y promover su reeducación. Para esto debe cumplir con los estándares mínimos exigidos en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de las Personas Menores de Edad Privadas de Libertad, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Ley núm. 136-03 y están pendientes de ejecución.

De igual manera, preocupan en el ámbito local e internacional los niños de la calle; respecto a ellos el Comité de los Derechos del Niño aprobó el 21 de junio de 2017 la observación general núm. 21/2017, en la que requiere de los Estados miembros de la ONU que cambien la historia de los niños y las niñas que viven en esa situación y tal fin les insta a que promuevan estrategias integrales con un enfoque basado en los derechos de la niñez.

Respecto a los niños víctimas de malos tratos, debe constituir una prioridad del Estado mostrar a la sociedad nuevos modelos de relación parental y dejar atrás la denominada “pela” como medio de corrección, dado que, lejos de formarlos, violenta su dignidad e integridad física y emocional. Por tal razón la proscripción constitucional, en sintonía con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que prevé que los Estados deben adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo”¹⁷. Por tal razón, y priorizando los derechos de los niños, el artículo 9.1 de la CDN expresa que el niño no será separado de sus padres excepto cuando sea conveniente a su interés superior, que puede ser necesario en casos como maltrato o descuido.

17 Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 19.

Está prohibido por mandato constitucional el maltrato o violencia contra menores de edad, en todos los ámbitos: familiar, escolar, social, etc. A tales fin, la Ley núm. 136-03 crea un tipo penal en el que se sancionan los malos tratos físicos, sexuales y emocionales. Además, prevé y sanciona en el artículo 196 el maltrato económico, que es cuando no se le provee de los alimentos que requiere, teniendo la posibilidad de hacerlo. En el ámbito escolar debe ser una política del Ministerio de Educación establecer protocolos de actuación para casos de niños que sufren de acoso escolar (*bullying*) para garantizar su estabilidad física y emocional y promover una cultura de paz.

De forma expresa, la Constitución hace reclamos para garantizar la protección de esta población, al prever que “serán protegidos por el Estado contra toda forma de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos”¹⁸.

Esta protección es un compromiso de Estado, reconocido también en la Convención sobre los Derechos del Niño. A fin de garantizar su cumplimiento, se han creado tipos penales tales como el abandono físico y moral (artículos 348 al 351 del Código Penal, modificado por la Ley núm. 24-97), el secuestro (Ley núm. 583), la violencia física, psicológica y sexual (artículo 396, Ley núm. 136-03) —es necesario destacar que la violencia de los padres constituye una causa de terminación de autoridad parental (artículo 76, Ley núm. 136-03)—, la explotación comercial (artículo 410, Ley núm. 136-03), la violencia económica, relacionada con la pensión alimentaria (artículo 196, Ley núm. 136-03) y los trabajos riesgosos (Convenio de la Organización de la Organización Internacional del Trabajo núm. 182 y artículo 720 del Código de Trabajo).

Para garantizar que los niños, niñas y adolescentes se dediquen a sus estudios para formarse y disfrutar de ese periodo de vida, se prohíbe el trabajo infantil y se declara del más alto interés su erradicación. Como política de Estado, el Ministerio de Trabajo en conjunto con la Organización Internacional de Trabajo tienen programas y acciones tendentes a su eliminación total; estos programas deben ser reforzados para alcanzar a corto plazo la erradicación total.

18 Constitución de la República Dominicana, artículo 56, parte final, párrafo 1.

Un aspecto al que hay que prestar la debida atención es la gran cantidad de adolescentes embarazadas o que lo han estado, conforme a los datos reportados por la ONE¹⁹, es que entre las adolescentes de 15 a 18 años que han tenido hijos o han estado embarazadas en el año 2013, las de 15 años son el 4.9%; de 16 años, el 8.8%; de 17 años, el 23.3% y de 18 años el 28.4%. Es decir, una cantidad elevada de adolescentes de 15 y 16 años quedaron embarazadas y de forma en extremo lamentable una de cada cuatro adolescentes de 17 a 18 años estuvo embarazada, por lo que se requiere que se tomen acciones inmediatas para eliminar el embarazo adolescente.

En el año 2018, conforme al cuadro²⁰ sobre composición porcentual de las adolescentes de 15 a 19 años que son madres y en estado conyugal, según zona de residencia, se revela entre otras cosas que en el año 2018 el 55.8% de las madres se encontraba unida, un 2% casada, el 33.7% se encontraba separada de unión libre y el 7.6% soltera —es decir, nunca casada ni unida—. Desde la perspectiva social se encontraban bajo una situación que tradicionalmente fue aceptada y que hoy está prohibida legalmente (matrimonio y unión de menores de edad). En consecuencia, la prohibición del matrimonio infantil por la Ley núm. 01-21, si bien es un gran paso de avance, no influye significativamente en los embarazos adolescentes debido a que solo el 2% de las adolescentes embarazadas estaban casadas y el 98 % no lo estaba.

De hecho, es tan preocupante que, según los datos del Servicio Nacional de Salud en el año 2019, citado por la ONE, se registraron 27,734 partos de adolescentes, equivalente al 23.5% del total de los partos registrados en el país, que fue de 117,882²¹.

El énfasis en el embarazo adolescente se debe a que este trae situaciones que las perjudican, desde posible deserción escolar y con esto autoexclusión de competencias formativas y técnico-profesionales, hasta discriminación, riesgos a su salud, violencia de género y retorno a la familia de origen con nuevo dependiente, etc.

Respecto a los niños que hayan participado como víctimas o testigos de delitos, desde el año 2007 la Suprema Corte de Justicia ha venido estable-

19 Cuadro estadístico 8.10.6, de la ONE, publicado en la página web de la ONE, fuente: Encuesta demográfica y de salud (ENDESA) 1991, 1996, 2002, 2007 y 2013. Consultado en fecha 19-08-21.

20 Panorama Estadístico, año 11, núm. 102, mayo-junio 2020, boletín bimestral de la Oficina Nacional de Estadística, p. 4.

21 *Ibidem*, p. 1.

ciendo medidas para garantizar sus derechos. Fundamentado en el artículo 282 de la Ley núm. 136-03, que prevé su facultad reglamentaria en ese aspecto, aprobó la resolución. 3687-2007, relativa al protocolo para tomar sus declaraciones en cámara Gesell o circuito cerrado, para que su testimonio sea tomado una sola vez y de forma anticipada para luego incorporarlo al juicio de fondo (artículo 312 del Código Procesal Penal) y así reducir su revictimización. Esta resolución fue modificada en el año 2010 mediante la resolución 116-2010 y más recientemente, en el año 2020, por resolución 9-2020, que amplía el grupo de beneficiarios, incluyendo a otras personas en condición de vulnerabilidad, entre otros. Un aspecto para tomar en cuenta es la salud física y emocional de las víctimas menores de edad, por lo que el Ministerio de Salud Pública, en coordinación con el sistema de justicia, debe establecer y ejecutar una guía de actuaciones necesarias para garantizar esos derechos a la población infantil.

Por mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.5) se crea en la República Dominicana la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, que está integrada por los tribunales de niños niñas y adolescentes (divididos en sala civil y sala penal, en varios distritos judiciales) y las cortes de apelación de niños, niñas y adolescentes. La especialidad se relaciona con respuestas más acertadas a la población usuaria del sistema de justicia.

La Ley núm. 136-03 reconoce los derechos de las personas menores de edad; incluso, previo a su articulado aborda los principios generales en favor de esa población, como, a modo de síntesis, los siguientes: protección integral, sujetos protegidos (NNA), presunción de minoridad, igualdad y no discriminación, interés superior del niño, prioridad absoluta, obligación de la familia, la sociedad y el Estado de ser garantes de sus derechos y gratuidad de las actuaciones.

El derecho a opinar, ser escuchado y tomado en cuenta, reconocido en el ámbito internacional en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debe promoverse conforme al texto constitucional, lo que conviene a la sociedad para tener ciudadanos empoderados en busca de soluciones a los problemas sociales. La Ley núm. 136-03 exige de forma expresa esta participación de acuerdo con la edad y madurez, y todas las

personas (incluso los jueces) están llamadas a garantizarlos, con el fin de tomar decisiones justas respecto a los asuntos que les conciernen.

Los menores de edad no se deben considerar incapaces, como era la denominación decimonónica que incluso se prevé en el actual Código Civil, debido a que la Constitución les reconoce el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y la Ley núm. 136-03 de forma expresa les ha reconocido calidad para ejercer algunas acciones en beneficio de sus derechos. Esto constituye una positivización de su autonomía progresiva. Es así como vemos, por ejemplo en el artículo 77 de la Ley núm. 136-03, que los niños, niñas y adolescentes pueden ejercer acciones relacionadas a la autoridad parental.

Es conveniente recalcar que la protección a la población infantil requiere que se tome en cuenta un *corpus iuris* internacional integrado por convenios internacionales de protección de los derechos de los menores de edad aprobados en su mayoría por la ONU y convenios de derecho internacional privado aprobados en su mayoría por La Haya.

Para finalizar, otros textos de protección de la infancia cuyas recomendaciones deben ser aplicadas por todos son las observaciones generales (OG) del Comité de los Derechos del Niño (órgano especializado de la ONU y creado de conformidad con las disposiciones de los artículos 43 y siguientes de la Convención sobre los Derechos del Niño), que se fundamentan en las recomendaciones que del Comité a los Estados como consecuencia de los informes periódicos que presentan respecto a la población menor de edad. Hasta el año 2021, ha dictado 25 OG que tienen como finalidad que los Estados miembros de la ONU tengan estándares mínimos de protección a esa población, entre las cuales cabe destacar las diez siguientes:

1. OG/ 05-2003, sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene los principios básicos de protección de derechos de niños/as y adolescentes;
2. OG/ 08-2013, sobre el derecho del niño/a y adolescente a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes;
3. OG/ 09-2007, sobre los derechos del niño/a y adolescente con discapacidad;
4. OG/ 12-2009, sobre el derecho del niño/a y adolescente a ser escuchado y que su opinión sea valorada;

5. OG/ 13- 2011, sobre el derecho del niño/a y adolescente a no ser objeto de ninguna forma de violencia;
6. OG/ 14-2013 sobre el derecho del niño/a y adolescente a que su interés sea una consideración primordial. Para garantizar el interés superior del niño se prevé como parámetros para evaluarlo los siguientes aspectos: 1) la opinión del niño/a y adolescente; 2) su identidad; 3) la preservación de su entorno familiar y relaciones; 3) su cuidado, protección y seguridad; 4) su situación de vulnerabilidad; 5) su salud; y 6) su educación²²;
7. OG/ 17-2013, sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes;
8. OG/ 21-2017, sobre protección niño/as y adolescentes en condición de calle;
9. OG/ 24-2019, que sustituye la OG/10-2007, sobre la justicia penal contra adolescentes;
10. OG/ 25-2021, sobre la protección del menor de edad en el ámbito digital.

El 20 de noviembre de cada año se celebra el Día internacional del Niño/a, fecha que coincide con el aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño (20-11-1959) y de la Convención de los Derechos del Niño (20-11-89). La República Dominicana, además, tiene un día particular de celebración, el 29 de septiembre. Estos son días conmemorativos, pero el reconocimiento y la garantía de derechos debe ser una prioridad día tras día.

2.2. Protección a adultos mayores

La etapa de la vida denominada tercera edad por la Constitución, conforme a la Ley núm. 352-98 sobre Protección de Personas Envejecientes, hace referencia a las personas que tienen 65 o más años e incluye a aquellos que no han alcanzado esa edad pero que por sus condiciones particulares (ejemplo: discapacidad, viudo/a en desamparo, envejeciente institu-

22 CASTELLANOS, Víctor José, DUARTE MENA, Mirta, y PÉREZ LORA, Francisco. *Biblioteca Básica de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes*: Santo Domingo, Poder Judicial, vol. 1, pp. 107 y 108.

cionalizado, prisionero, etc.) se ha producido un envejecimiento progresivo que les afecta en los aspectos psicológico, biológico y social²³.

Las nociones envejecientes (Ley núm. 352-98), tercera edad (Constitución), adulto mayor (doctrina) y personas mayores (Convención Interamericana) obedecen al momento de su aprobación, por lo que cobra más adeptos la utilización de personas mayores como lo denomina la Convención Interamericana

La población de adultos mayores, del libro *100 años contando nuestra gente* de la ONE, en la distribución porcentual de la población por años de levantamiento del censo, según grupos de edades, extraemos los siguientes datos: el porcentaje de la población de 65 o más años en el último censo (2010) fue de 6.3% (desglose: 65-69 años, 2.0%; 70 a 75 años, 1.7% y 75 y más, 2.6%). En los ocho censos realizados desde 1935 a 2010 se puede observar una disminución de la población de menos de 19 años, que pasa de 56.7% en el primer censo (1935) a 40.1% en el último (2010); en sentido inverso, los adultos mayores pasan de 2.7% en 1935 a 6.3% en el 2010. Esto es debido a que la tasa de fecundidad ha ido y seguirá disminuyendo según las proyecciones y gradualmente cada vez más personas alcanzarán la tercera edad.

La ONE de República Dominicana expresa que hay un avance en el envejecimiento de la estructura poblacional, lo que implica un incremento de la población mayor de 60 años, que representaba un 4.4% en 1950 y un 8.6% en 2010, y se estima que en el 2025 sea de un 12% y que llegará al 20% en el 2050, es decir, una de cada cinco dominicanos tendrá más de 60 años²⁴. Probablemente no tenemos la infraestructura necesaria para garantizar los servicios requeridos para atender adecuadamente a los adultos mayores de hoy, por lo que es imprescindible que se haga un gran esfuerzo para garantizarles sus derechos a corto y largo plazo.

Las leyes dominicanas dividen la vida por momentos: pre-nacimiento o estado de gestación, niñez hasta los 12 años, adolescencia de 13 hasta los 17, juventud de 15 a 35 (Ley núm. 49-00), adultez a partir de 18 años y adulto mayor o tercera edad a partir de 65 años. En las edades extremos:

23 Ley núm. 352-98, de Protección de la Persona Envejeciente, artículo 1.

24 Boletín demográfico y social de la Oficina Nacional de Estadística, núm. 1, noviembre 2020, p. 6.

estado de gestación, niños/a, adolescente y adulto mayor se requieren de medidas especiales o acciones afirmativas para garantizar sus derechos. Cómo se expresó al comentar el artículo 56, sobre protección a las personas menores de edad, la Constitución señala a la familia, la sociedad y al Estado como principales obligados a la garantía de los derechos de estos segmentos de la población.

La finalidad es que la sociedad se beneficie con la integración a la vida activa y comunitaria de los adultos mayores, debido a que son fuente inagotable de vivencias y experiencias que han de servir a las nuevas generaciones, a la vez que al integrarse en la comunidad su proyecto de vida continuaría en constante renovación.

Las actividades de las personas deben continuar después de los 65 años. El derecho de los adultos mayores al trabajo conforme a su edad y a la educación deben ser reconocidos y protegidos. Una muestra de que el plan de vida de los adultos mayores está aún en construcción lo constituye la sentencia TC/0503/17 del Tribunal Constitucional en la que ordenó a la recurrida "... asignar trabajos idóneos a personas de la tercera edad, por lo que, con esta medida se garantiza el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de dignidad y con respeto al derecho a la integridad personal"²⁵.

La población adulta mayor en la República Dominicana, como en la mayoría de los países, ha sufrido bastante a consecuencia de la pandemia COVID 19, debido a que han sido los principales afectados en número de muertos y graves consecuencias posesfermedad en razón de que su organismo ya no responde de igual manera ante las enfermedades porque su sistema inmunológico es menos efectivo. Es imperiosa la necesidad de que desde el Ministerio de Salud Pública se responda adecuadamente y que la seguridad social sea real, integral y efectiva.

Los hijos son los primeros llamados a garantizar los derechos de los adultos mayores, incluso el alimentario, de conformidad con el artículo 13 de la Ley núm. 352-98, en virtud del principio de solidaridad familiar contenido en el bicentenario Código Civil. En los casos de personas mayores en estado de indigencia, debido a que carecen de familiares o estos no son responsables, el Estado debe proporcionar la asistencia necesaria para vivir en dignidad.

25 Tribunal Constitucional dominicano, TC/0503/17, 17 de octubre de 2017, párrafo 10 g.

En el ámbito regional la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó el 15 de junio del año 2015 la Convención Interamericana de Protección de Derechos de las Personas Mayores, entendiéndose por mayor a la persona de tercera edad a que hace referencia la Constitución dominicana, bajando la edad de protección a los 60 años pero admitiendo que los Estados puedan fijar una edad no mayor a los 65 años.

La Ley núm. 352-98 sobre Protección de la Persona Envejeciente, crea el Consejo Nacional de protección de la Persona Envejeciente (CONAPE), y a la vez prevé acciones afirmativas a favor de esta población, tales como el 30% descuento en actividades recreativas y en las tarifas de transporte de los autobuses interurbanos, 15% en servicios médicos, 10%, en consultas médicas privadas y el 1% menos en tasas de interés hipotecario²⁶, muchas de estas prerrogativas todavía en espera de ejecución.

Según el director ejecutivo del CONAPE, al presentar las memorias de enero junio 2021, la Ley núm. 352-98 es una ley que permite la preservación de los derechos fundamentales, pero “debe ser modificada por carecer de un régimen de consecuencias para proteger adecuadamente a los envejecientes de nuestro país”; estableció además que del presupuesto de la nación el CONAPE “solo recibe proporcionalmente el 0.00006 por ciento”²⁷ no obstante haber un alto número de población envejeciente.

Estos son dos temas que deben ser atendidos: la reforma a la norma vigente y el aumento de asignación presupuestaria para llevar a cabo programas que impacten en la calidad de vida de la población adulta mayor y que se incrementen los servicios que está obligado a brindar el Estado en sus diversas modalidades diurnas y centros de atención permanente.

Muchas son las voces que se levantan a favor de esta población; el recién designado defensor del pueblo, en una publicación contenida en el periódico el *Nuevo Diario*, fechada 7 julio 2021, expresó:

Hay un gran número de adultos mayores que no pueden llevar a cabo de manera independiente al menos una actividad básica de la vida diaria, como bañarse, comer, o acostarse y levantarse de la

26 Ley núm. 352-98, de Protección de la Persona Envejeciente, artículo 46.

27 GARCÍA RAMÍREZ, José. Memorias enero-junio 2021, del director del Consejo Nacional de la Persona Envejeciente, noticia de 4 de agosto de 2021, publicada en la página web de CONADIS. Consultado en fecha 19-08-21.

cama. Es lo que se conoce como dependencia funcional, que afecta al 12% de las personas de 60 años o más de nuestro país, y a casi el 27% de los dominicanos que tienen 80 años o más²⁸.

Por esta razón aboga para que se evolucione y construya "... un sistema único de atención a la dependencia de adultos mayores que contemple e integre los siguientes aspectos: servicios en residencia a largo plazo, servicios en el domicilio, servicios en centro de día, servicio de teleasistencia y servicios para cuidadores"²⁹. Sobre todo, el Estado debe promover que los familiares, como corresponsables, se integren en este proceso de salvaguarda de derechos a los adultos mayores.

Respecto a la dependencia de muchos adultos mayores a consecuencia de alguna discapacidad, descrita por el defensor del pueblo, una investigación realizada por CONAPE expresa que independientemente de esa situación "los factores de discapacidad y las frecuencias encontradas, no se pudieran considerar una limitante para llevar a cabo los programas de inclusión, ya que solo 3 de cada 10 adultos mayor, declara tener al menos una discapacidad"³⁰, y agrega que "según el censo del 2010, el 33.85 % de adulto mayor expreso tener discapacidad visual... y la discapacidad psicomotora alcanzó un 12.4% , por lo que se recomienda programas que vayan de la mano a resolver la problemática de la vista y adaptación de proyectos que reduzcan la movilidad"³¹.

La institución estatal creada para establecer políticas, proyectos y acciones en beneficio de esta población (CONAPE) debe activarse aún más para que se difundan y amplíen sus programas y proyectos y sea una realidad que los adultos mayores vivan con dignidad e integrados a la sociedad.

Para recordar el trato idóneo a esta población la Organización de las Naciones Unidas instituyó el 1 de octubre de cada año como Día del Envejeciente, un día para recordar lo que no debemos olvidar los 365/366 días del año: reconocer y garantizar los derechos de esta población día tras día.

28 ULLOA, Pablo. "Constitución y protección de las personas de tercera edad", *El Nuevo Diario*, 7 de julio 2021. Consultado en fecha 19-08-21.

29 *Ibidem*.

30 CONAPE. Diagnóstico de la Población Adulta Mayor, Informe de Resultados, Estudios sobre la Situación Actual del Adulto Mayor, diciembre 2019, p. 54.

31 *Ibidem*.

2.3. Protección a personas con discapacidad

Las personas con discapacidad son aquellas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, de conformidad con la Asamblea General de las Naciones Unidas³².

Conforme a datos de la Oficina Nacional de Estadísticas, la población de República Dominicana con alguna condición de discapacidad en el año 2013 era el 7.2 % de la población masculina y un 6.7% la población femenina³³.

La Constitución dominicana prevé una protección reforzada a las personas con discapacidad y a tales efectos ordena que el Estado promueva y asegure el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades. Por eso al aplicar las disposiciones normativas contenidas en el Código Civil y otras leyes se debe tomar en cuenta mandato constitucional precedentemente enunciado.

Para eliminar la discriminación por motivos de discapacidad, la CDPCD prevé que está prohibida:

Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación entre ellas, la denegación de ajustes razonables³⁴.

Los datos sobre menores de edad con discapacidad en la República Dominicana, según la Oficina Nacional de Estadísticas de conformidad con Endesa 2013, sugieren:

32 Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de fecha 13 de diciembre de 2006, artículo 1, parte final. A partir de ahora para referirse a ella se utilizarán sus siglas CDPCD o su nombre completo.

33 Cuadro 4.1, publicado en la página web de la Oficina Nacional de Estadística, tomado de la Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos múltiples- ENHOGAR-2013. Consultado en fecha 19-08-21.

34 Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2.

... un importante impacto de la discapacidad en el desenvolvimiento de niños y niñas en República Dominicana, siendo éste un dato relevante en el acceso a la escuela. Así, se observó que respecto al total de niños/as con algún tipo de discapacidad el 42.86% de las niñas y el 40% de los niños menores de diez años no pueden asistir a la escuela debido a las barreras, tanto físicas existentes como del sistema educativo, siendo lo mismo para el 42.55% de niñas y el 42.11% de niños en la adolescencia tardía (15-19)³⁵.

Desde el Ministerio de Educación y otras instancias del Estado se debe trabajar arduamente para hacer accesibles las instalaciones, programas y currículo de estudio a todas las personas, inclusive las que tienen condiciones de discapacidad, a favor de los cuales se deben realizar las reformas que sean necesarias para lograr su inclusión total.

Agrega el citado estudio que “la imposibilidad para acceder al sistema educativo acorde a sus necesidades no solamente agrava su situación de discapacidad en el momento actual, sino que impacta de manera muy negativa las posibilidades de su inserción social y laboral en un futuro, reproduciendo el ciclo de exclusión social originado por la misma”³⁶.

Las familias y el Estado han sido poco diligentes, pues el citado estudio expresa que:

Frente a las limitaciones en la respuesta del Estado para el proceso de detección, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las diferentes condiciones de discapacidad, la posición y el empoderamiento de la familia y, de manera particular, de ambos padres, juegan un rol decisivo para obtener ... servicios oportunos y para su inserción social³⁷.

En consecuencia, la familia en primer término, y los maestros en segundo lugar, deben estar orientados para detectar posibles discapacidades para que desde las más tempranas edades se pueda trabajar en ellas; por su

35 ONE. *Discapacidad en niños, niñas y adolescentes en la República Dominicana, situación y respuesta*, 2019, p. 54.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*, p. 79.

lado, el Estado debe garantizar iguales oportunidades a los niños, adolescentes y adultos con discapacidades que las que tienen las demás personas.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos han sido aprobados dos convenios internacionales respecto a esta población por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos y por la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas, respectivamente.

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA), de fecha 7 de junio de 1999, aún no ha sido ratificado por la República Dominicana; se espera que se apruebe para mostrar el sumo interés del Estado en la garantía de derechos de esta población, no tan solo en el concierto de las naciones del mundo con la aprobación del convenio de la ONU, sino también en los de la región americana.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CDPCD), de fecha 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo del 2008 al alcanzar la vigésima ratificación; hoy cuenta con más de 182 ratificaciones, incluida la República Dominicana. Esta persigue el cambio de actitudes y enfoque respecto al trato a las personas con discapacidad, para lo cual busca que se promueva, proteja y asegure el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y de su dignidad. Está dividida en un preámbulo en el que se reconoce que pese a la existencia de instrumentos normativos las personas con discapacidad siguen encontrando barreras que le impiden participar en igualdad de condiciones en la vida social y se continúan vulnerando sus derechos humanos en todas partes del mundo. Por esta y otras razones tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente”³⁸. Este texto es muy similar a las primeras líneas del artículo 58 de la Constitución dominicana, por lo que se puede comprobar el interés supremo de la protección de derechos de las personas con discapacidad, orientado a sus condiciones específicas.

38 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, artículo 1.

La inmensa mayoría de los derechos previstos en la CDPCD ya estaban reconocidos en convenios internacionales previos (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, etc.); el fin de este convenio es que el Estado asuma obligaciones específicas y concretas respecto a esta población para garantizar que sean respetados sus derechos. Especial mención requiere la especificación que incluye el derecho a vivir con independencia y ser incluido en la comunidad, la habilitación y rehabilitación y la garantía del acceso a carreteras, edificaciones e información.

Tradicionalmente se les ha negado el reconocimiento de derechos a personas con discapacidad; por ejemplo, en las discapacidades mentales, muchas familias los ocultaban y les daban un trato carente de dignidad, no existe la infraestructura vial necesaria para garantizar el desplazamiento sin obstáculos en casos de discapacidades motoras, etc. En fin, se observa una gran deuda social y estatal respecto a estas poblaciones, lo que ha impedido su integración de forma plena a la sociedad.

Los principios que los Estados deben garantizar respecto a esta población son los siguientes: a) el respeto a su dignidad y autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación como parte de la diversidad; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y a preservar su identidad³⁹.

La Ley núm. 05-13, Orgánica sobre Igualdad de Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en la Gaceta Oficial del 16 de enero del 2013, es la principal norma local que protege esta población; contiene 147 artículos divididos en un preámbulo y 10 capítulos, en los que se aborda una diversidad de temas relacionados a la protección de las personas con discapacidad, entre las que cabe destacar el mandato de la creación de políticas generales de salud, educación, trabajo, accesibilidad universal, promoción, protección y desarrollo social y capacidad jurídica de las perso-

³⁹ *Ibidem*, artículo 3.

nas con discapacidad, la creación del Consejo Nacional de la Discapacidad (CONADIS), integrado, entre otros, por los departamentos de diagnóstico y valoración, prevención y salud, promoción social, trabajo y empleo, inclusión educativa, deportiva y cultural, accesibilidad universal.

La difusión de la citada ley (05-13) es limitada, pues no se cumple con el mandato de la Constitución que hace un llamado a su promoción y difusión para que todas las personas conozcan y tomen conciencia de la protección que están obligados a dar a las personas con discapacidad.

Para ir cubriendo la brecha de desigualdad que afecta a estas personas, reconoce que debe ser modificada la infraestructura de edificaciones para hacerla accesible, la garantía de que en los lugares de recreación, tales como teatro y cine, deben existir espacios idóneos, empleo de por lo menos el 5% en el Estado y 2% en empresa privada, becas universitarias de por lo menos el 1%, transporte público accesible y espacios accesibles destinados a parques⁴⁰; tales acciones son medidas positivas para garantizar sus derechos.

Cómo es evidente, se trata de una ley muy completa, que aún no se ha aplicado a plenitud debido a que muchas de sus disposiciones relacionadas a acciones afirmativas, tales como la cuota de empleo y la infraestructura conforme a estándares de accesibilidad, son una cuota pendiente de ejecución.

Un aspecto para tomar en cuenta en la CDPCD es la disposición que expresa las obligaciones de los Estados de “tomar las medidas necesarias, incluidas las legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”⁴¹. A tales fines, conviene que el legislador revise las disposiciones relativas a la interdicción previstas en los artículos 489 y siguientes del Código Civil, para adecuarlos a la CDPCD y la Constitución, debido a que contiene disposiciones que contravienen derechos de estas personas, empezando por la noción general de sujetos que se pudieren declarar interdictos y suprimirle derechos, al establecer que “el mayor de edad que se encuentre en un estado habitual de imbecilidad, emancipación mental o locura, debe estar sujeto a la interdicción, aunque aquel estado

40 Ley núm. 05-13, sobre Discapacidad en la República Dominicana, publicada el 16 de enero de 2013, artículos 80, 97, 106, 109, 120 y 142.

41 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, artículo 4 b.

presente intervalo de lucidez⁴², revisión que buscará garantizar el igual reconocimiento como persona ante la ley. De ahí que la vetusta noción de que frente a determinadas personas la incapacidad de ejercicio ha de ser la regla debe ser modificada para que solo en casos concretos, si fuere necesario y conveniente para las personas con discapacidad, se les designe asistencia o representación, y en caso contrario (la mayoría de casos) deben continuar de forma autónoma, con la protección efectiva y reforzada que su condición requiere, pero sin limitar su autonomía.

En ese sentido, el artículo 12.4 de la CDPCD prevé que los Estados se deben asegurar de:

Que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas aseguran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente...⁴³.

En consecuencia, el principio jurídico decimonónico debe ser modificado para que la capacidad sea la regla en todos los casos y la incapacidad de ejercicio solo reservada a casos específicos, por breve tiempo y sujeto a revisión.

Para que se respeten y garanticen los derechos de las personas con discapacidad no se considerarán discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, de conformidad con la CDPCD; en sentido similar, respecto a hombres y mujeres, la Constitución prevé que “se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualda-

42 Código Civil de la República Dominicana, artículo 489.

43 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, artículo 12.4.

des y la discriminación de género”⁴⁴. Estas disposiciones son consideradas acciones afirmativas o compensatorias de carácter provisional hasta tanto se logre la igualdad plena.

De hecho, debe ser un compromiso de todos lograr el reconocimiento de los derechos y la inclusión social de las personas con discapacidad; para ello se requiere la sensibilización y toma de conciencia de toda la sociedad y a la vez, para que se erradiquen los estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas que lamentablemente están arraigadas en la sociedad y que perjudican su integración.

Es un mandato de la CDPCD en el que se requiere que el Estado ponga en marcha campañas de sensibilización pública destinadas a fomentar actitudes receptivas respecto a personas con discapacidad, promover percepciones positivas y reconocimiento de sus capacidades diversas, méritos y habilidades, a fin de lograr su integración en todas las áreas, incluso en el mercado laboral⁴⁵.

En el ámbito de la justicia en el año 2008 se aprobaron las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en las que reciben una específica mención las personas con discapacidad y se hace el llamado a todos los tribunales de Iberoamérica a garantizar el acceso a la justicia de las personas con dificultad para ejercer sus derechos con plenitud ante los tribunales, y un llamado a otorgar un trato adecuado conforme a su condición específica de vulnerabilidad, así como con la agilidad y prioridad de los procesos en los que estén involucradas⁴⁶. Otra de las acciones por implementar, reconocidas por las Reglas de Brasilia para que sean usadas respecto a las personas en condición de vulnerabilidad, incluyendo a las personas con discapacidad, es la posibilidad de que se tome su testimonio en los procesos penales a través del denominado anticipo de prueba, en circuito cerrado, así como que se procure que el tiempo de espera y de los procesos sea el menor posible⁴⁷.

Respecto a la educación, lamentablemente en el pasado reciente una gran parte de las personas con discapacidad eran segregadas, como esta-

44 Constitución de la República Dominicana, artículo 39.4, parte final.

45 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, artículo 8.

46 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia (2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Reglas 7, 38 y 50.

47 *Ibidem*, reglas 37, 66, 68, 70 y 74.

blecimos en las primeras líneas de este escrito; hoy se promueve su inclusión en todos los niveles de enseñanza y a lo largo de la vida. Para lograr su inclusión se deben hacer los ajustes razonables que permitan su acceso en condiciones de igualdad. Para hacer efectivo el derecho a la educación de niños sordos y ciegos, el Estado, de conformidad con el mandato de la CDPCD, adoptará las medidas necesarias para emplear maestros, incluidos con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o braille y para formar el personal que trabaje en todos los niveles educativos.

Un dato igual de lamentable es que un alto porcentaje de niños con discapacidad han sentido discriminación por su situación. La Oficina Nacional de Estadísticas⁴⁸ informa que según los resultados de la encuesta del 2013 en el ámbito escolar o de formación los niños con rango de edad hasta los 9 años han sentido discriminación en un 11.7% y los de 10 a 19 años un 25.6%; en las relaciones sociales, los niños hasta los 9 años en un 9% y los de 10 a 19 años en un 16.7%. Ello implica que se deben tomar acciones urgentes de concienciación de la población en general para integrar y no discriminar.

De igual forma, para lograr una igualdad plena se requiere la integración de las personas con discapacidad al mercado laboral, para lo cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que han adquirido la discapacidad en el entorno laboral, por ello el Estado debe permitir y promover el acceso a programas de formación técnica y vocacional que los capacite para el desempeño de funciones laborales, así como alentar el empleo y la promoción en el mercado laboral.⁴⁹

En sentido general, todos los derechos deben ser garantizados a las personas con condición de vulnerabilidad, como, entre otros, igualdad y no discriminación, a la vida, igual reconocimiento como persona ante la ley, acceso a la justicia, libertad y seguridad personal, protección contra tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, protección contra la explotación, la violencia y el abuso, protección a la integridad personal, libertad de desplazamiento y nacionalidad, derecho a vivir de forma inde-

48 Cuadro 8.10.9, publicado en la página web de la Oficina Nacional de Estadística, tomado de la Encuesta Nacional de Hogares de Propósitos múltiples- ENHOGAR-2013. Consultado en fecha 19-08-21.

49 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, artículo 27.

pendiente y a ser incluido en la comunidad, movilidad personal, libertad de expresión, opinión y acceso a la información, respeto a la privacidad, respeto del hogar y de la familia, educación, salud, habilitación y rehabilitación, trabajo y empleo, nivel de vida adecuado y protección social, participación en la vida política y pública, participación en la vida cultural, en actividades recreativas, esparcimiento y deporte. Por esto el reclamo de garantizar accesibilidad plena y de concienciar a todos los integrantes de la sociedad⁵⁰.

Para concienciar a la humanidad, se conmemora el 3 de diciembre de cada año el Día de la Persona con Discapacidad; un día para recordar, todos los días para actuar en el reconocimiento de los derechos de todas las personas, priorizando las personas en condición de vulnerabilidad.

3. Conclusiones

Es necesario garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad y considerar las diferencias de las personas tomando en cuenta su sexo, porque se pueden derivar necesidades diferentes que requieran atención desde la perspectiva del género. Para el Estado debe ser una prioridad concienciar a la población de la importancia del trato digno a estas poblaciones y los diferentes consejos creados por leyes especiales —Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia (CONANI), Consejo Nacional de la Persona Envejeciente (CONAPE) y Consejo Nacional de la Discapacidad (CONADIS)— deben motorizar las acciones y mecanismos más efectivos para su protección integral.

La familia, la sociedad y el Estado deben priorizar los derechos de estos grupos en condición de vulnerabilidad, tomando en cuenta sus situaciones particulares y ejecutando acciones afirmativas cuando fuere necesario para lograr la satisfacción plena de sus derechos y su integración en todos los ámbitos, tales como familiar, escolar, comunitario, social, laboral, económico, cultural y político.

Por último, todas las personas (como entes individuales) deben comprometerse y actuar, reconociendo y garantizando los derechos de las demás personas, con prioridad los de las poblaciones vulnerables enunciadas de

50 *Ibidem.* Artículos 5, 8, 9, 10, 12 a 30.

forma expresa en los artículos 56, 57 y 58 de la Constitución: niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad, a fin de que se logre el ideal de justicia que, conforme decía el ilustre jurista romano Domicio Ulpiano, es la constante y perpetua voluntad de conceder a cada uno su derecho.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 59

POR ANA MAGNOLIA MÉNDEZ CABRERA

Artículo 59.- Derecho a la vivienda. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda.

Comentario

El artículo 59 de la Constitución dominicana consagra el derecho a la vivienda digna. Este se encuentra vinculado al progreso de las sociedades y al desarrollo de la personalidad de los seres humanos. Nuestro texto también incluye, como fuente de seguridad en la tenencia de las viviendas, el derecho al acceso a la propiedad inmobiliaria titulada.

Desde el punto de vista de la Constitución, el derecho a la vivienda no es la simple prerrogativa de tener una casa donde estar; no implica, únicamente, cuatro paredes y un techo donde desarrollar la personalidad, sino que el concepto está vinculado a la dignidad. La vivienda que el constituyente proclama como un derecho es aquella digna, con servicios básicos esenciales y asegurada por una modalidad de tenencia. Implica también la posibilidad de obtener el derecho de propiedad inmobiliaria y tener una vivienda propia, debidamente registrada, que permita las seguridades que se deducen de ser titular de un derecho de propiedad privada.

El Tribunal Constitucional dominicano, en la sentencia TC/0100/14, del 10 de junio del año 2014, precisó, con relación al derecho a la vivienda digna, lo siguiente:

El derecho a una vivienda es considerado como un derecho social, el cual le impone al Estado la responsabilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para propiciar las condiciones que hagan posible el acceso a este derecho para que cada ciudadano pueda lograr tener una vivienda apta para la vida humana y en condiciones de dignidad...

En la sesión 57 de la Comisión de Derechos Humanos, del 25 de enero de 2001, el relator especial sobre el derecho a la vivienda, señor Miloon Kothari, estimó que:

... el derecho a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad [...] incluye el derecho a la protección de su vida privada, de su familia y de su domicilio, el derecho a no estar sometido a tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la tierra, el derecho a la alimentación, el derecho al agua y el derecho a la salud [...] la realización de este derecho va unida al respeto de los principios fundamentales de la no discriminación, la igualdad entre hombres y mujeres [...] este derecho prohíbe los desalojos forzados y obliga a los Estados a ayudar a las personas sin vivienda¹.

Gerardo Pisarello, profesor de la Universidad de Barcelona, en su ensayo sobre “el derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, citando a Scott Leckie² indica, en cuanto al reconocimiento constitucional de la vivienda, lo siguiente:

El reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho constitucional está vinculado a su consideración como una necesidad básica imprescindible para vivir con dignidad y seguridad, a desa-

1 Cf., *Informe relato especial sobre del derecho a una vivienda*, presentado en la 57.^a sesión de la Comisión de Derechos Humanos, 25 de enero de 2001.

2 LECKIE, S. *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the right to adequate housing under international rights law*. International Institute for environment and development (Human Settlements Programme): Londres, 1992, pp. 20 y ss.

rollar libremente la propia personalidad y participar, incluso, en los asuntos públicos³.

De igual forma, el derecho a una vivienda adecuada, como derecho constitucionalmente protegido, debe definirse, en palabras de Leckie, tanto por el concepto de hogar, lo cual incluye la materialidad de la vivienda, pero también recoge el significado de tener una casa desde donde la persona o familia que la habita tiene acceso a un resguardo físico y desde donde puede acercarse a todas las condiciones básicas que necesita para desarrollar su personalidad: fuentes de empleo, educación, centros de salud⁴.

Los principales tratados internacionales de derechos humanos aprobados por el Estado dominicano y, en consecuencia, parte de nuestro bloque de constitucionalidad en atención a lo dispuesto en el artículo 74.3 de la Constitución, abordan el tema del derecho a la vivienda; la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25 numeral 1 indica “que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

Disposiciones relacionadas con el derecho a la vivienda digna, o vivienda adecuada, las encontramos en varios instrumentos internacionales, siendo uno de los más importantes el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), el cual, en su artículo 11, consagra, entre otros, el derecho a la vivienda adecuada.

El indicador de viviendas adecuadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, determinó seis elementos que configuran este derecho: la seguridad en la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura, los gastos soportables, la habitabilidad, accesibilidad económica, localización adecuada y adecuación cultural. Desde entonces, la doctrina ha definido y abrazado estos elementos como constitutivos del derecho a la vivienda digna. Nosotros los resumimos de la manera que detallamos a seguidas:

3 PISARELLO, Gerado. “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”. *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 35 (noviembre 2007). Disponible en línea: <https://vlex.es/vid/vivienda-implicaciones-constitucionales-61195538>. Consultado el 5-7-2022.

4 LECKIE, Scott, ob. cit.

1. Estructura física (la habitabilidad)

Una vivienda digna —adecuada, como se conoce en la doctrina internacional— implica un espacio seguro, habitable, con iluminación y ventilación, con disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras indispensables para la salud, la higiene, la comodidad y la nutrición, que sea asequible y de gastos soportables, construida en lugares adecuados en sentido social, cultural y medioambiental⁵.

La observación general 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicó que “una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedades”.

La Federación Europea de Organizaciones de Personas sin Hogar (FEANTSA) ha creado una tipología denominada ETHOS⁶. Según esta, tener un hogar es poder disponer de él desde el punto de vista legal, social y físico. Nos interesa en este acápite el aspecto físico y, con relación a él, ETHOS indica que esta disposición se configura cuando se goza de un alojamiento decente y adecuado a las necesidades de la persona y su familia⁷.

Se excluye, por lo tanto, del concepto de vivienda digna, aquellas edificadas en condiciones inapropiadas de alojamiento, lo cual incluye las viviendas temporales, no convencionales, las personas viviendo en espacio público, las que habitan en lugares inseguros (como bajo amenaza de desalojo, arrendamiento precario, ocupantes ilegales o lo que nosotros conocemos, en el derecho inmobiliario dominicano, como invasores), las viviendas inadecuadas y las que alojan personas en hacinamiento extremo⁸.

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana ha juzgado que se “vulnera el derecho fundamental a la vivienda digna y a la seguridad personal cuando el terreno sobre la cual fue construida una urbanización no presenta condiciones *óptimas* para el uso del suelo, de tal manera que, con

5 VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *et al. Derecho a la vivienda. Vivienda y exclusión residencial*: Murcia, Ediciones de la Universidad de Murcia (EDITUM), 2013, p. 28.

6 Acrónimo de Tipología Europea de Personas sin Hogar y Exclusión Residencial (European Typology on Homelessness and Housing Excluding).

7 BRÄNDLE SEÑÁN, Gaspar; GARCÍA LUQUE, Olga. *Análisis y medición de la exclusión residencial. Vivienda y exclusión residencial*: Murcia, Ediciones de la Universidad de Murcia (EDITUM), 2013, p. 144.

8 BRÄNDLE SEÑÁN, Gaspar; GARCÍA LUQUE, Olga, *ob. cit.*, p. 159.

el paso del tiempo, el terreno se deteriora a tal punto que puede presentar riesgos para los residentes [...]”⁹.

2. El lugar donde está construida

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha indicado que no es adecuada la vivienda ubicada en zonas contaminadas o peligrosas¹⁰. Es por esto que el lugar donde se encuentra ubicada la vivienda, para que esta sea considerada digna, debe ser apropiado. No es digna, por lo tanto, la vivienda que se ubica en lugares excesivamente ruidosos, contaminados, con malos olores provocados por la industria o el tráfico, poca limpieza en las calles, pocas zonas verdes, malas comunicaciones, delincuencia y vandalismo¹¹.

El ensayo de Scott Leckie, sobre el derecho a la vivienda, que es una referencia obligatoria en este tema, define ese lugar donde debe estar construida la vivienda digna así:

... un lugar que garantice la seguridad física de sus ocupantes. Debe ser un sitio seguro donde estar, donde vivir, donde criar niños (si se tienen) y ser saludable; la seguridad física es particularmente importante en los centros urbanos. Las comunidades pobres se ven forzadas, comúnmente, a vivir en laderas o terreno sujetos a inundaciones o justo al lado de carreteras principales, porque son los lugares más baratos o porque se trata de los sitios donde el terreno es gratis. El hecho es que estos lugares son peligrosos y por ello tienen menos valor...¹².

La Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia T.238 A/11, en relación con el espacio físico donde se instala una vivienda, ha dicho que “este debe ser un espacio privado, propio o ajeno, que les permita a las personas, por un lado, protegerse de los rigores del medio ambiente y, por el otro, desarrollar sus actividades personales y familiares en un ambiente

9 Sentencia T-149/17, 7 de marzo del 2017.

10 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. ONU HÁBITAT. Folleto Informativo núm. 21, p. 4.

11 BRÁNDLE SEÑAN, Gaspar. ob. cit., p. 162.

12 LECKIE, S., , ob. cit., p. 4.

de intimidad, con unas mínimas condiciones de dignidad y que permita satisfacer su proyecto de vida. De manera concreta, señala la Corte, que la inestabilidad del terreno donde se encuentra construida una vivienda puede configurar, si así lo determinan las circunstancias del caso concreto, que el inmueble no cumpla con los requisitos mínimos de habitabilidad y, por tanto, significando la exposición de sus habitantes a un riesgo extraordinario que compromete su derecho fundamental a la seguridad personal, incluso a la vida y a la integridad personal”.

3. Los servicios que su localización ofrece

Para estar frente a una vivienda digna, es necesario que esta se encuentre ubicada en un lugar que permita el acceso a opciones de empleo, servicios de atención de salud, centro de atención para niños, escuelas y servicios sociales¹³.

El programa de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos (ONU HABITAT), en su folleto informativo número 21 indica que una vivienda adecuada debe tener agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, calefacción (cuando sea necesaria), ventilación, instalaciones de aseo y el alumbrado, así como la conservación de alimentos y eliminación de residuos y drenaje¹⁴.

De igual forma, una vivienda adecuada debe poseer acceso a los servicios más comunes para la vida cotidiana, como son el transporte público, servicios sanitarios, centros de enseñanza obligatoria, tiendas y puntos de venta de alimentos.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-881 de 2002, ha expresado que el acceso a los servicios es un elemento que vincula, de manera inescindible, el derecho a una vivienda y el derecho a la dignidad, indicando que:

El derecho a la vivienda digna implica entonces una relación estrecha entre las condiciones de vida de la persona y la garantía de la realización de sus derechos sociales y colectivos y el aseguramien-

13 ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*: Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012.

14 ONU HÁBITAT. “Derecho a una vivienda adecuada”. Folleto informativo núm. 21.

to eficiente y planificado de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos de asistencia requeridos para la vida en sociedad de una persona. La Corte ha subrayado la importancia de algunos de estos servicios, al considerar las dificultades de la ineficiente prestación de servicio de energía eléctrica en zonas urbanas.

En el plano nacional, el Tribunal Constitucional dominicano, en sentencia TC/0372/16, del 5 de agosto de 2016, dijo, en relación con los servicios básicos esenciales, que:

... los servicios públicos que responden a una necesidad general y cuya satisfacción no puede faltar, en razón de que su carencia puede ocasionar a los individuos una afectación en sus condiciones de vida, se enmarcan dentro del principio de respeto de la dignidad de las personas contenido en el artículo 8 de la Constitución, teniendo, por vía de consecuencia, una relación directa con los derechos fundamentales relativos a la dignidad humana, a la salud, y se deriva del derecho humano a la vivienda digna con servicios básicos esenciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Constitución. [...] el servicio de energía eléctrica, al igual que el servicio de agua potable, es uno de los servicios públicos domiciliarios esenciales, en razón de que en la actualidad éste tiene una fuerte influencia sobre la calidad de vida de las personas, por lo que los mismos pueden ser tutelados por el juez de amparo cuando la suspensión de estos se produzca de forma arbitraria e injustificada por parte de las empresas que lo suministran, de tal suerte que la existencia de otras vías no resulten idóneas para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

4. El costo asequible

El costo de la vivienda debe ser asequible, lo cual implica que no debe tener un precio que resulte en una amenaza para la privación de otras necesidades básicas¹⁵. ONU Hábitat entiende que el costo de la vivienda

15 LECKIE, S. op. cit., p. 4.

es asequible si un hogar destina menos del 30% de su ingreso en gastos asociados a la vivienda¹⁶. Además, debe protegerse a los inquilinos contra aumentos súbitos y excesivos de los alquileres¹⁷.

La Corte Constitucional Colombiana definió, en su sentencia C 936 de 2003, la asequibilidad de la siguiente manera:

... consiste en la existencia de una oferta suficiente de viviendas y de posibilidades de acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia [...]. En los programas que promuevan la asequibilidad a las viviendas, debe darse prioridad a los grupos desfavorecidos como las personas de la tercera edad, los niños, los discapacitados, los enfermos terminales, los portadores de VIH, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas de alto riesgo y los desplazados por violencia.

En la misma sentencia, estableció que los gastos soportables “debían ser de un nivel tal que no comprometan la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de los habitantes de la vivienda. Para satisfacer este componente el Estado debe, por ejemplo, crear subsidios para quienes no puedan sufragar el costo de la tenencia y sistemas de financiamiento que permitan a las familias acceder a la vivienda sin comprometer su vida en condiciones dignas, proteger a los inquilinos contra aumentos desproporcionados en los cánones de arrendamiento y facilitar el acceso a materiales de construcción”.

5. La seguridad en la tenencia

La seguridad jurídica en la tenencia es el derecho de quienes disponen de una vivienda a conservarla¹⁸. Esta seguridad implica un mínimo de estabilidad y permanencia que impida cambios forzosos de morada¹⁹. De igual

16 ONU HÁBITAT, *loc. cit.*

17 ESCOBAR ROCA, Guillermo, *ob. cit.*

18 CELI MALDONADO, Alejandra. “El derecho a la vivienda: la seguridad jurídica de la tenencia y el papel del defensor del pueblo en su garantía”. *Lex Social, Revista de Derecho Sociales*. Disponible en línea: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/4534. Consultado el 19-7-2022.

19 ESCOBAR ROCA, Guillermo, *ob. cit.*

forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado, en su observación núm. 4, que las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y las amenazas.

La tenencia puede manifestarse de diversas maneras: alquiler, vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad²⁰.

La relatora especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda Adecuada, Raquel Rolnik, realizó un estudio sobre la seguridad en la tenencia. En este la relatora destaca que, no obstante la obligación de los Estados de asegurar que todas las personas tengan un grado de seguridad en la tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y las amenazas y de la obligación de adoptar medidas progresivas para reforzar la seguridad de la tenencia en todas las personas que utilizan la tierra o las viviendas para satisfacer sus necesidades básicas y que, en la actualidad, carecen de seguridad, el derecho a una tenencia segura no es absoluto, y es posible rebatirlo en circunstancias que justifiquen un desalojo. Por ello la relatora propone unos principios que reconocen la existencia de diversas formas de tenencia y no únicamente los títulos de plena propiedad²¹.

La doctrina internacional en cuanto a la seguridad en la tenencia como elemento constitutivo del derecho a una vivienda adecuada discute las ventajas de las políticas de titulación de tierras como garantía máxima de la tenencia de una vivienda digna. La propia Constitución dominicana se encarga, en el artículo que comentamos, de establecer que efectivamente es el acceso a la propiedad inmobiliaria titulada necesario para configurar el derecho a la vivienda digna. Pero, no obstante esta afirmación y las evidentes ventajas de la titulación²², esta tiene altos costos, no siempre benefician al grupo al que está dirigido, fomentan nuevas ocupaciones y

20 Observación general 4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

21 Disponible en línea: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Housing/GPSecurityofTenureFull_ES.pdf. consultado el 7-7-2022.

22 Mayor grado de seguridad en la tenencia estimula la inversión en mejoras en la vivienda; suministro de servicios; facilita el acceso al crédito; impacta en el disfrute de otros derechos humanos. EATON, Magdalena. "La realización del derecho a la vivienda a través de otorgamiento de títulos de propiedad". *Revista Internacional de Derecho Humanos*. 2014 año IV. Disponible en línea: www.revistaidh.org consultado el 4-7-2022.

el famoso acceso al crédito no es tan real como predicán los defensores de estas políticas²³. En nuestro país son comunes los casos en los cuales el Estado ha reubicado a personas que habitaban zonas de alto riesgo y las han provisto de viviendas tituladas, para luego estas abandonar dichas viviendas y regresar a situaciones de vulnerabilidad similares a aquella de las cuales fueron sacados.

Con respecto a la seguridad en la tenencia, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-191/11, ha dicho que, debido al derecho a la vivienda digna, el Estado tiene la potestad de dictar legislaciones que garanticen la seguridad en la tenencia de vivienda y que establezca sistema de acceso a la vivienda.

6. Adecuación cultural

La vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural²⁴. Esto implica que los materiales con que se construye una vivienda deben estar conectados con la expresión de la identidad cultural²⁵.

ONU Hábitat ha insistido en el aspecto de la identidad cultural, en el sentido de que la vivienda tiene que guardar relación con la sociedad donde se construye, no imponiendo a las personas formas de edificaciones alejadas de sus creencias, sus gustos y costumbres, bajo la excusa de la modernidad.

La modernidad debe ser una opción que las personas admiten o no en su vida. Si la vivienda no respeta ni toma en cuenta la identidad cultural, no se considera apropiada. Al respecto, algo que ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C 936 de 2003, es que la adecuación cultural toma en cuenta esos factores en la construcción y diseño de las viviendas, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos.

Dada la diversidad cultural de la sociedad colombiana, la Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de referirse a esa dimensión de la vivienda y la identidad cultural, a propósito de una acción de tutela que involucraba a una comunidad indígena, indicando que:

23 EATON, Magdalena, *ob. cit.*

24 ONU HÁBITAT, *loc. cit.*

25 Disponible en línea: <https://www.escc-net.org/es/derechos/vivienda>. Consultado el 3-7-2022.

... se ha expresado que el goce del derecho a la vivienda adecuada está relacionado con el acceso de las comunidades indígenas a los recursos y su control sobre ellos, de manera que la vivienda debe ser entendida como un componente integral del derecho a la tierra a la vez que constituye la piedra angular de las dificultades de las comunidades indígenas alrededor del mundo. Esa especial protección de las comunidades indígenas en materia de vivienda digna debe atender a una protección de la cosmovisión y el desarrollo de la vida de la comunidad. La protección de la vivienda permite que las tradiciones se mantengan y la comunidad preserve sus costumbres, el control y acceso a sus tierras tradicionales y recursos naturales representa una condición para el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda adecuada, a la cultura o al ejercicio de la religión²⁶.

Además de las seis características propias del derecho a la vivienda digna aceptadas por la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que hemos desarrollado anteriormente, este derecho abarca las siguientes prerrogativas:

- a) la protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar²⁷;
- b) el derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia²⁸;
- c) el derecho a elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación²⁹;

26 Corte Constitucional de Colombia. T-132/15.

27 La doctrina internacional define los desalojos forzosos como el hecho de hacer salir a personas, familias o comunidades de los hogares o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Amén de esta definición, ONU HÁBITAT ha sido clara en indicar que la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos que se llevan a cabo de conformidad con la legislación ni conforme a las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Observación General núm. 7. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

28 Derechos Humanos - UN Human Rights Office, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf. Consultado el 6-7-2022.

29 Derechos Humanos - UN Human Rights Office, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf. Consultado el 6-7-2022.

- d) la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio³⁰;
- e) el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada³¹;
- f) la participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad³².

De igual forma, la misma doctrina internacional reconoce que el derecho a una vivienda digna:

1. **No implica la obligación del Estado de construir viviendas para toda la población**, en el entendido de que, si bien el Estado, en algunos casos, tendrá que intervenir directamente y proporcionar viviendas a los ciudadanos, la principal obligación que se deduce del respeto a este derecho está relacionada con proveer las medidas necesarias para prevenir la falta de techo, prohibir los desalojos forzosos, luchar contra la discriminación y asegurar la seguridad en la tenencia en todas sus manifestaciones³³.
2. **No se trata de una meta programática que debe alcanzarse a largo plazo**. La postura tradicional conservadora en materia de derecho a la vivienda indica que este no expresa un deber reclamable judicialmente al Estado, sino un programa de responsabilidad estatal y social, que se satisfacer plenamente con acceso a la propiedad y con el acceso a la locación de la vivienda³⁴. Sin embargo, las observaciones de los relatores sobre el derecho a la vivienda como materia de derecho protegido por el Pacto de los Derechos Económicos y Sociales promueven la idea de que los Estados sí tienen obligaciones inmediatas y deben realizar, sin demoras, todos los esfuerzos y adoptar todas las medidas posibles, dentro de los recursos de que disponen para llevar a la práctica el derecho a la vivienda³⁵.

30 *Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de...*, <https://123dok.net/document/zkwovom-manual-restituci%C3%B3n-viviendas-patrimonio-refugiados-personas-desplazadas.html>. Consultado el 6-7-2022.

31 Derechos Humanos - UN Human Rights Office, ob. cit.

32 Ídem.

33 ONU HÁBITAT, *loc. cit.*

34 ROSATTI, Horacio. *Tratado de derecho constitucional*: Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, 2010, t. I, p. 924.

35 Ídem.

3. **No prohíbe el desarrollo de proyectos que podrían desplazar a las personas.** En el campo del estudio del derecho a la vivienda, los proyectos de desarrollo urbano y rural que benefician al bien común no están prohibidos. Lo que se ha propuesto, como principio básico, es la obligación de los Estados de conseguir la participación de todos los que puedan verse afectados en este tipo de proyectos, participación que debe incluir: a) un aviso apropiado a todas las personas que podrían verse afectadas de que se está considerando el desalojo y que habrá audiencias públicas sobre los planes y las alternativas propuestos; b) difusión eficaz por las autoridades de la información correspondiente por adelantado, en particular los registros de la tierra y los planes amplios de reasentamiento propuestos, con medidas dirigidas especialmente a proteger a los grupos vulnerables; c) un plazo razonable para el examen público, la formulación de comentarios u objeciones sobre el plan propuesto; d) oportunidades y medidas para facilitar la prestación de asesoramiento jurídico, técnico y de otro tipo a las personas afectadas sobre sus derechos y opciones; y e) celebración de audiencias públicas que den la oportunidad a las personas afectadas y a sus defensores a impugnar la decisión de desalojo o presentar propuestas alternativas y formular sus exigencias y prioridades de desarrollo³⁶. Vinculado a este aspecto, el Tribunal Constitucional dominicano ha encontrado justificada la facultad del Estado de sacrificar derechos individuales en beneficio de derechos supraindividuales³⁷, indicando que el derecho de propiedad privada llega hasta donde comienza la esfera de la utilidad pública³⁸. Realizando un paralelismo en relación con esto, si el derecho a la vivienda digna se ve afectado en razón de un derecho superior, dicha vulneración se encontraría justificada, siempre y cuando se cumpla con el debido proceso de ley.
4. **No es lo mismo derecho a la vivienda digna que derecho a la propiedad.** Suele confundirse el derecho a la vivienda digna con el

36 *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*. Disponible en línea: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf. Consultado el 8-7-2022.

37 TC/0261/14.

38 Ídem.

derecho a la propiedad. De hecho, como la redacción del artículo 59 de nuestra Constitución contempla el derecho a la propiedad inmobiliaria titulada como máxima expresión de la seguridad en la tenencia, permite que la confusión se matice con mayor fundamento. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vivienda es más amplio que el derecho a la propiedad, pues está dirigido a que todas las personas, incluidas las no propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz³⁹. En ese sentido, como el derecho a la vivienda digna tiene un contenido más amplio, su aseguramiento no solo se consigue a través del acceso a la propiedad inmobiliaria titulada, la cual se configura como uno de los elementos que puede ofrecer seguridad en la tenencia, pero que no descarta otros, como el alquiler, asentamientos cooperativos, usufructos y otras formas legales de permanecer en un inmueble.

5. **No es lo mismo derecho a la vivienda adecuada que derecho a la tierra.** En el ámbito de la revisión de la declaración universal de los derechos humanos y de la creación de una versión avanzada de la declaración de las Naciones Unidas, se contempla el derecho a la tierra, a los recursos naturales de los campesinos que trabajan en zonas rurales como el derecho a las tierras, a los mares costeros, los cursos de agua, las pesquerías, los pastizales y los bosques que los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales necesitan para alcanzar un nivel de vida adecuado⁴⁰. A pesar de existir esta tentativa, el derecho a la tierra no está reconocido como un derecho humano. Por tal razón, el informe del relator especial sobre la vivienda adecuada, Miloon Kothari, propone el reconocimiento del derecho a la tierra como un derecho humano en el derecho internacional relativo a los derechos humanos. Definitivamente, en muchos casos para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda digna es preciso tener derecho a la tierra.

39 Onu Hábitat, *loc. cit.*

40 Artículo 19 de la nueva versión avanzada del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas.

Conclusión

La consagración del derecho a la vivienda digna y el acceso a la propiedad inmobiliaria titulada como forma de seguridad en la tenencia es una garantía para el desarrollo de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos que habitan tanto el campo como la ciudad. Sus elementos, perfectamente definidos en la doctrina internacional, sirven como cobijo para garantizar la protección de todas sus dimensiones.

Lo consagrado en nuestra constitución es una garantía con carácter operativo que exige la implementación de políticas y la toma de decisiones que ayuden a conseguir el real y efectivo goce de este derecho.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 60

POR FIDELINA BATISTA

Artículo 60.- Derecho a la seguridad social. Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez.

Comentario

“El sistema de Gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social, y mayor suma de estabilidad política”¹.

SIMÓN BOLÍVAR

La existencia de un derecho fundamental cuya sólida base se encuentra cimentada en el principio de dignidad humana presenta su mejor expresión, sin lugar a dudas, en el derecho a la seguridad social.

Sin pretender realizar un esbozo pormenorizado del devenir histórico de este trascendental derecho, cabe señalar que al intentar ubicar su origen es imprescindible apuntalar sus antecedentes en la Ley de Pobres aplicada por Inglaterra a finales del siglo XVI y principios del XVII.

En este sentido, resulta oportuno señalar lo indicado por Narro Robles²:

La seguridad social es más bien una respuesta de las sociedades industrial y moderna. Así, en la realidad, los antecedentes directos

1 Discurso pronunciado por Simón Bolívar ante el Congreso de Venezuela en Angostura, 15 de febrero de 1819. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7296802.pdf>. Consultado el 17 de julio del 2022.

2 NARRO ROBLES, José, y otros. *Hacia la universalización de la seguridad social*. Documento preliminar Simposio “Hacia la Universalización de la Salud y la Seguridad Social”. Consultado en línea el 26 de julio del 2022. Disponible en: http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/simposium/husss/pdf/Hacia%20la%20universalizacion%20de%20la%20seguridad%20social%20_2_.pdf.

de esta institución social únicamente tienen un poco más de un siglo. En efecto, fue Bismarck, en la Alemania de fines del siglo XIX, quien impulsó una gran reforma al Estado liberal dominante en esa época e instituyó el primer sistema de seguridad social. De esta forma, el Canciller alemán distinguió entre los asuntos políticos, los económicos y los sociales.

En efecto, pretender ubicar los orígenes del derecho a la seguridad social implica igualmente embarcarse en la ardua tarea de precisar aquel momento histórico en el cual la humanidad fue poco a poco tomando conciencia de que no basta con respetar la propiedad privada, o con un Estado no invasivo en temas de comercio o industria, o, dicho en otras palabras: con el predominio de la individualidad recalitrante al extremo que tanto caracterizó a la raza humana postrevolución francesa, sino que, por el contrario, ninguna sociedad podría llegar a disfrutar de la paz, desarrollo y sosiego necesarios para el progreso sostenible sin que la solidaridad que sirve de base a la seguridad social fueran la guía de las políticas públicas estatales.

En este sentido, es válido señalar que la historia de este derecho se encuentra estrechamente vinculada a la búsqueda incesante e inmensamente humana de la felicidad, traducida en el derecho del cual es titular todo ser humano de contar con las condiciones mínimas esenciales para poder desarrollar su proyecto de vida en condiciones de dignidad, por lo cual también puede ser considerada una de las bases de la libertad individual.

En este orden de ideas, cabe precisar que todo Estado que se perciba como Estado de derecho tiene ante sí la importante, y a veces titánica, tarea de garantizar el derecho, en condiciones de igualdad, de acceso a la seguridad social, siendo que en caso de la República Dominicana este se encuentra expresamente reconocido en la ley fundamental de la nación, que establece:

Artículo 60.- Derecho a la seguridad social. Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez.

Efectivamente, la redacción bajo la cual se encuentra configurado el señalado derecho en la actual Constitución, la cual fue mantenida íntegramente del texto correspondiente a la reforma constitucional del año 2010, constituye su más específica y trascendental formulación a todo lo largo de su devenir en las diferentes reformas constitucionales dominicanas.

De igual modo, cabe afirmar que a pesar de no constituir un tema pacífico, puede aseverarse que la reforma constitucional del año 1955 es considerada como la primera en la cual, se describe de forma expresa la seguridad social en nuestra carta magna, aunque ciertamente ya la Constitución del 1942 había hecho referencia al término “seguros sociales”. Esta situación, tal y como plantea el magistrado Domingo Gil³, es la evidencia de la ausencia de una idea total y sistemática de la seguridad social por parte del constituyente dominicano.

I. Noción de seguridad social

El concepto de seguridad social se encuentra muy estrechamente vinculado a aquel momento histórico en el cual la humanidad se percató de que no resulta suficiente para garantizar un estado de bienestar común que cada ser humano cuente exclusivamente con los recursos que en su vida pueda proveerse, producto exclusivo de su propio y particular esfuerzo, pues la idea del individualismo que viene aparejada con este paradigma excluye todas las posibles circunstancias humanas que ciertamente pueden acaecer e impedir a cualquier persona, por mayor esfuerzo que realice, desarrollar su proyecto de vida de forma digna.

En efecto, el concepto de solidaridad que se desprende de las pautas trazadas por la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y por la Revolución francesa, en las cuales se ponen en evidencia los ideales de la búsqueda de la felicidad y de confraternidad que debían caracterizar el nuevo orden a implementarse a raíz de estos fenómenos sociales y políticos, sirvió de base para crear la sólida cimiento que posteriormente serviría a la raza humana para reconocer que el único desarrollo real que puede conducir a la sociedad a una paz duradera que sirva

3 GIL, Domingo. “Constitucionalización de la seguridad social en la República Dominicana”. *Revista Dominicana de Derecho Constitucional*. Año 3, núm. 1 (2021), pp. 33-48. ISSN:2636-2325.

de sostén al bienestar lo es el desarrollo en términos de equidad, igualdad y confraternidad propios del bienestar común del pueblo.

En este sentido, cabe señalar que no en vano diversos estudios realizados sobre la relación entre el nivel de bienestar que las personas, en un determinado lugar del planeta, pueden percibir que se encuentra muy estrechamente ligado con la seguridad social que el Estado está en condiciones de ofrecer a su gente y la relevante percepción de protección que ella conlleva.

En este orden de ideas, cabe reseñar lo establecido por Paul Gilbert, cuando señala:

La seguridad social se definió como las experiencias y percepciones de las personas sobre su mundo social como seguras, cálidas y tranquilizadoras, que son sentimientos relacionados de pertenencia y aceptación de los demás [...] Las personas con un mayor nivel de seguridad social tienden a pensar de forma creativa, a manejar los problemas de manera más efectiva y a actuar de una manera más prosocial⁴.

De lo anterior se desprende el lógico y evidente hecho de que la única paz sostenible y firme de la cual un Estado puede beneficiarse y ser utilizada como base para un desarrollo progresivo y constante es aquella que tiene como fundamento la seguridad social, entendiendo este concepto como el acceso, en condiciones de igualdad, de todas las personas a recursos mínimos esenciales para el desarrollo de su proyecto de vida.

Además, resulta imprescindible distinguir las dádivas del concepto de seguridad social, pues las primeras tienen como objetivo la esclavitud eterna de quien las recibe, ya que dependerá siempre su beneficiario de poderlas obtener para sobrevivir; sin embargo, el concepto de seguridad social desborda esas fronteras y tiene como objetivo servir de sólida base para el desarrollo individual progresivo del ser humano preservando siempre su dignidad y libertad.

4 GILBERT, P., McEWAN, K., MITRA, R., RICHTER, A., FRANKS, L., MILLS, A., BELLEW, R., Sc Gale, C. "An exploration of different types of positive affect in students and patients with bipolar disorder". *Clinical Neuropsychiatry*, 6(4), (2009), pp. 135-143. Consultado el 24 de julio del 2022). Disponible en <https://www.clinicalneuropsychiatry.org/download/an-exploration-of-different-types-of-positive-affect-in-students-and-patients-with-a-bipolar-disorder/>.

De igual modo, para Malinowsky⁵, el orden social proviene de la necesidad de cooperación, la cual se entiende como producto de la conciencia colectiva y como elemento indispensable para la satisfacción de las necesidades sociales; en otras palabras, solo a través de la evolución de la conciencia colectiva, y en específico en lo que respecta a la cooperación, será posible entender y aplicar el concepto de seguridad social como lo que realmente es: la base de la verdadera paz social.

En este sentido, cabe afirmar que sin duda alguna la seguridad social es la única vía posible para conectar una vida digna y libre de resentimientos sociales que permitan al ser humano insertarse adecuadamente en la sociedad a la cual pertenece con interés de sumar a ella, de modo tal que su desarrollo individual implique a la vez el desarrollo de la colectividad.

En efecto, el derecho a la seguridad social, tal y como se ha precisado antes, constituye un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, sin perder de vista el hecho innegable de que igualmente constituye un derecho prestacional, pues implica el derecho a recibir por parte del Estado aquellos recursos mínimos esenciales para garantizar a su titular una vida digna. Una de las características de los derechos fundamentales es que cuentan con garantías reforzadas que impiden a los poderes públicos limitarlos de manera irrazonable.

Esto no implica en modo alguno que el Estado se encuentre obligado a garantizar un derecho con alcance ilimitado, pues el derecho a la seguridad social, como ningún otro, constituye un derecho absoluto en la medida en que sea necesario atenuarlo para lograr su coexistencia con otros derechos de igual naturaleza. Esto es debido a que los Estados cuentan con la facultad de garantizar la protección progresiva de este derecho, lo cual implica que las políticas públicas deben encontrarse certeramente dirigidas a su protección mejor y mayor en la medida que sus recursos lo permitan.

En efecto, cabe afirmar que deberá ser objetivo primordial del Estado garantizar la protección del contenido esencial de este derecho, pues el carácter programático de las disposiciones constitucionales no constituye en modo alguno una excusa para soslayar las obligaciones de las cuales el Estado es sujeto obligado.

5 Malinowsky Citado por IVO, Anete B. L y otros. *Perspectivas críticas sobre la cohesión social: Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina*, p. 27. Consultado el 24 de julio del 2022. Disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/clacso-crop/20120529075631/BarbaSolano-Cohen.pdf>.

II. Instrumentos Internacionales en el contexto de la seguridad social

La noción de derecho a la seguridad social había permeado nuestro ordenamiento jurídico constitucional con anterioridad a la trascendental reforma constitucional del año 2010, pues para dicho año ya la República Dominicana había reconocido su carácter de derecho fundamental.

En este orden, el hecho de que nuestra Constitución haya establecido el carácter enunciativo de los derechos que figuran descritos de forma expresa en el texto constitucional implica que aquellos derechos que son reconocidos a través de pactos y tratados internacionales ingresan al ordenamiento jurídico mediante el llamado bloque de constitucionalidad.

En cuanto a este último concepto vale citar lo señalado por Mónica Arango Olaya, cuando establece la noción ya enraizada en la jurisprudencia colombiana sobre el particular, al indicar que el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución⁶.

En este sentido, y sin pretender definir los contornos de nuestro bloque de constitucionalidad de forma detallada, resulta oportuno señalar, a modo de referencia, el criterio delimitado por la doctrina francesa sobre el particular, que ha establecido sobre el tema que el “bloque de constitucionalidad” se encuentra constituido por el conjunto de instrumentos que por remisión de la Constitución debía de sopesar el Consejo Constitucional a la hora de tomar sus decisiones⁷.

En el indicado contexto, resulta vital recalcar lo preceptuado en el texto constitucional de la República Dominicana, en específico en las disposiciones contenidas en el artículo 26, las cuales establecen: “La República Do-

6 ARANGO OLAYA, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Citando a su vez los criterios de la sentencia C-225-95 MP, C-578-95 MP, sentencia C-358-97 MP; y en sentencia C-191-98 MP. Consultado el 24 de julio del 2022. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.

7 OSPINA MEJÍA, Laura. “Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia”, [en línea]. Consultado el 24 de julio del 2022. Disponible en https://lavozdelderecho.com/files/UNA_APROXIMACION_AL_BLOQUE_DE_CONSTITUCIONALIDAD_DE_FRANCIA.pdf.

minicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”.

En similar sentido, el artículo 74.1 de la Constitución de la República Dominicana dispone: “No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza”. Y añade el artículo 74.3 constitucional lo siguiente: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

En efecto, lo antes indicado deviene en argumento sólido para afirmar que los pactos y convenios internacionales que versan sobre derechos fundamentales y cumplen los requisitos contemplados en la ley fundamental, sin duda alguna, forman parte de nuestro derecho interno con rango constitucional, pues conforman el bloque de constitucionalidad consagrado por la Constitución dominicana; por ende, y como se desprende del más simple razonamiento lógico, los instrumentos internacionales que versan sobre seguridad social trazan pautas y principios tendientes a la protección del indicado derecho forman parte de nuestra normativa constitucional y pueden ser invocados válidamente en cualquier escenario en el cual puedan servir de base a la protección efectiva de este derecho fundamental.

En efecto, a modo de esquema ilustrativo a continuación veremos instrumentos internacionales que hacen referencia al derecho objeto de estudio con la finalidad de que pueda ser precisado con mayor grado de especificidad el manejo del tema en cuestión a nivel internacional, y en especial para que sea posible analizar los contornos y configuraciones que han sido dados al derecho a la seguridad social a lo largo del tiempo, a saber:

Instrumento internacional	Aspectos abordados
<p>Declaración de Filadelfia o Constitución de la OIT del 1944</p>	<p>“III. La Conferencia reconoce la solemne obligación de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar entre todas las naciones del mundo, programas que permitan alcanzar: (...)</p> <ul style="list-style-type: none"> f) la extensión de las medidas de seguridad social para proveer un ingreso básico a los que necesiten tal protección; y asistencia médica completa; g) protección adecuada de la vida y la salud de los trabajadores, en todas las ocupaciones; h) protección de la infancia y de la maternidad; i) la suministración de alimentos, vivienda y facilidades de recreo y cultura adecuadas”.
<p>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 1948</p>	<p>“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. Artículo XXXV. Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”.</p>

<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)</p>	<p>“Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.</p>
<p>Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) 1948</p>	<p>Artículo 3: (...) j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.</p> <p>Artículo 45: Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:</p> <p>a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;”.</p>

Instrumento internacional	Aspectos abordados
Convenio 102 de la OIT (1952)	<p>A modo de síntesis, este convenio ha sido reconocido mundialmente como instrumento esencial para la creación de sistemas de protección con una visión integral, humana y sostenible.</p> <p>Hasta la fecha, el Convenio núm. 102 es el único tratado internacional con una visión sistémica de la seguridad social. Se basa en un conjunto de principios básicos de financiación, gobernanza y administración que conjugan los niveles mínimos de protección tanto para regímenes contributivos como no contributivos, así como financiación colectiva y sostenible financiera⁸.</p>
Convenio 108 (1958)	<p>Tiene por objetivo garantizar el libre acceso a la seguridad social a los extranjeros y, por ende, a recibir un trato igualitario al que reciben los nacionales.</p>
Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 1966	<p>“Artículo 9. Derecho a la seguridad social y al seguro social. Se refiere al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de enfermedad, paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y al</p>

8 Organización Internacional del Trabajo. *Normas de Seguridad Social de la OIT: aprender, ratificar y aplicar*. Consultado el 24 de julio del 2022. Disponible en: <https://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDFaction?id=55713>.

	<p>mecanismo que hace posible el sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patrones sobre una parte del salario de los trabajadores, para que accedan a esas prestaciones”.</p>
<p>Convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)</p>	<p>En este convenio son tratadas las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, con sus correspondientes procesos y condiciones. De ellas, con una perspectiva social minuciosa, se analiza el estándar mínimo orientado a armonizar las ordenaciones jurídico-políticas de los Estados miembro⁹.</p>
<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)</p>	<p>Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 26: “Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos</p>

9 TRIGERO, Luis A. “Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967”. *Revista Internacional y Comparada sobre relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 128. Consultado el 24 de julio del 2022. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/774#:~:text=En%20el%20Convenio%20OIT%20n,po%C3%ADticas%20de%20los%20Estados%20miembro.

Instrumento internacional	Aspectos abordados
	disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.
Recomendación 202 de la OIT sobre pisos de protección social (2012)	Aporta pautas de orientación a los Estados miembros para el establecimiento de sistemas de seguridad social integrales y la extensión de la cobertura de la seguridad social , dando prioridad a la puesta en práctica de pisos de protección social accesibles a todas las personas necesitadas. La Recomendación sobre los pisos de protección social complementa los Convenios y Recomendaciones existentes ¹⁰ .
Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador del 1988.	Artículo 9. Derecho a la seguridad social. “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa . En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio

10 Organización Internacional del Trabajo. Consultado el 24 de julio del 2022. Disponible en: [https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang-es/index.htm#:~:text=202\)%20aporta%20pautas%20de%20orientaci%C3%B3n,a%20todas%20las%20personas%20necesitadas](https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222053/lang-es/index.htm#:~:text=202)%20aporta%20pautas%20de%20orientaci%C3%B3n,a%20todas%20las%20personas%20necesitadas).

	o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*El resaltado dentro de los textos del cuadro nuestros.

Tal y como puede establecerse a través de la lectura de la modalidad implementada en cada uno de los instrumentos internacionales descritos, el concepto de seguridad social fue inicialmente configurado como una especie de desprendimiento natural de los derechos de los trabajadores. Además, no se encontraba delimitada distinción alguna entre el derecho a los seguros y el derecho a la seguridad social. Fue necesario que interviniese el paso del tiempo y muchas arbitrariedades humanas para que estos conceptos pudiesen ser definidos de forma clara en los textos constitucionales de cada nación.

No obstante, poco a poco fue evidente que el derecho a la seguridad social desborda dichas fronteras, pues constituye la base de la paz social estable y duradera que toda nación civilizada debe asegurar y sobre todo deviene en el único mecanismo fiable para garantizar la dignidad humana en términos sociales, garantizando el mínimo existencial al cual todo ser humano debe tener acceso, pues este último no se encuentra satisfecho con la simple existencia de seguros, por ejemplo, de desempleo, sin que el Estado pueda dar cuenta de la ejecución cabal de un sistema de seguridad social integral en condiciones de dar respuesta a las diversas realidades humanas, producto de las vicisitudes que pueden acaecer a toda persona, desde la incapacidad física para el trabajo hasta la muerte, y por ende la desprotección total de su familia.

III. Principios rectores de la seguridad social

Resulta pertinente abordar el tema de los principios que rigen todo buen sistema de seguridad social a fin no solo garantizar la eficiencia del sistema como también su sostenibilidad a largo plazo, tomando como pun-

to de partida el concepto de “principio” abordado por Dworkin. Para este, principio constituye todo el conjunto de los estándares que, sin ser normas, apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados. Asimismo, partiremos de la configuración otorgada al término por Robert Alexy¹¹, quien señala que los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

En un mundo tan cambiante como el actual, donde el conocimiento cambia de minuto a minuto, resulta una tarea imposible para cualquier normativa legal pretender dar respuestas a toda la casuística que pueda presentarse con respecto al tema por ella regulado.

Es precisamente en ese tipo de escenario —cuando aparece la discrepancia entre la realidad y la ley, cuando esta última no pudo tomar en cuenta una situación porque sencillamente no existía al momento de ser promulgada o cuando existe un conflicto producto de la aplicación de una norma que entra en evidente contradicción con otra de igual jerarquía— que los principios resultan las guías idóneas para lograr encontrar armónica solución a la situación planteada.

En el contexto planteado es pertinente abordar los principios que rigen la seguridad social, teniendo en cuenta que estos constituyen los pilares sobre los cuales debe descansar todo sistema de seguridad social equitativo, justo y sostenible.

En este orden, cabe abordar los principios contenidos en la Ley 87-01, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, la cual tiene por objetivo, conforme su texto dispone, establecer el sistema dominicano de seguridad social (SDSS) en el marco de la Constitución de la República Dominicana, para regularla y desarrollar los derechos y deberes recíprocos del Estado y de los ciudadanos en lo concerniente al financiamiento para la protección de la población contra los riesgos de vejez, discapacidad, cesantía por edad avanzada, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, infancia y riesgos laborales.

11 ALEXY, R. citado por ISLAS MONTES, Roberto. “Principios jurídicos”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVII, Montevideo (2011), pp. 397-412, ISSN 1510-4974. Consultado el 26 de julio del 2022. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>.

Universalidad: Este principio tiene como pauta primordial servir de base a la configuración de un derecho a la seguridad social que no admita discriminación por razones de raza, sexo, condición social o cualquier otro criterio que pudiere servirle de base.

Tal y como apunta Calvo León, con este principio se superan las limitaciones propias de los seguros sociales que nacieron con un carácter clasista, como un sistema de protección exclusivo, en función de los trabajadores asalariados. La función de la seguridad social es proteger al ser humano como tal, dentro de una determinada colectividad social, sin importar a qué dedique su existencia. El acceso a la protección deja de ser un derecho para unos y una concesión graciosa para otros, y se constituye en un derecho subjetivo público¹².

En este orden, la Ley 87-01 contempla que el sistema dominicano de seguridad social debe proteger a todos los dominicanos y residentes en el territorio nacional, sin ningún tipo de discriminación.

Obligatoriedad: Este principio resulta en una derivación lógica de lo preceptuado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 1948, pues, como se ha señalado, su artículo XXXV contempla la obligación que toda persona tiene de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades

En este sentido, la Ley 87-01 establece que la afiliación, cotización y participación tienen un carácter obligatorio para todos los ciudadanos e instituciones, en las condiciones y normas contempladas en ella.

Integralidad: De acuerdo con este principio, las prestaciones de la seguridad social del sistema deben ser acordes con las necesidades de los colectivos que se pretende proteger. En otras palabras, no deben conformarse las prestaciones de la seguridad social con la protección de los riesgos básicos como discapacidad física, vejez o muerte, sino que debe tener un crecimiento progresivo que permita satisfacer verdaderamente las diversas necesidades sociales.

12 CALVO LEÓN, J. "Principios de la seguridad social". Consultado en línea el 26 de julio del 2022. Disponible en: <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica8/art3.pdf>.

Unidad: Enfatiza la necesidad de que el sistema de seguridad social funcione como un todo, y en especial sea posible lograr la coordinación de las diferentes instituciones que en ella participan para que el sistema logre el nivel de eficacia que se espera, lo que se logra sobre la base de una adecuada coordinación.

Las prestaciones de la seguridad social deberán coordinarse para constituir un todo coherente, en correspondencia con el nivel de desarrollo nacional.

Equidad: La equidad, a diferencia de la igualdad, parte de la idea de que diferentes individuos, con diferentes circunstancias, diferentes obstáculos para su desarrollo requieren diferentes tipos de asistencia, pues no todos parten del mismo punto; por ende, la aplicación del principio de igualdad sin que la equidad se encuentre presente podría traducirse en la ineficacia del sistema.

En este sentido, el sistema dominicano de seguridad social debe garantizar de manera efectiva el acceso a los servicios a todos sus beneficiarios, partiendo de la realidad social de cada conglomerado humano destinatario de sus beneficios.

Solidaridad: Este principio parte de la premisa de que toda la población, en la medida de sus posibilidades, debe contribuir económicamente al financiamiento de aquella protección contemplada en el sistema de seguridad social. Además, el sistema debe poder configurarse a través de mecanismos que permitan compartir los riesgos y de esta forma sea expresada entre los diferentes grupos generacionales y sociales: por ejemplo, de los jóvenes respecto de los envejecientes, de los que tienen una discapacidad física que les impide trabajar respecto de quienes se encuentran sanos, entre otros.

Libre elección: En este sentido la Ley 87-01 contempla que los afiliados tienen derecho a seleccionar a cualquier administrador y proveedor de servicios acreditado, así como a cambiarlo cuando lo consideren conveniente.

Pluralidad: Contempla la posibilidad de que los servicios sean ofrecidos a través de diferentes instituciones públicas y privadas, debidamente acredi-

tadas por la ley rectora del sistema. De esta forma se concretiza el principio de libre elección.

Separación de funciones: En este sentido, se regula que las funciones de conducción, financiamiento, planificación, captación y asignación de los recursos del sistema dominicano de seguridad social son exclusivas del Estado y se ejercerán con autonomía institucional respecto a las actividades de administración de riesgos y prestación de servicios.

Flexibilidad: Permite que no exista una camisa de fuerza en cuanto a los servicios requeridos por los usuarios del sistema, pudiendo estos, en la medida de sus posibilidades, requerir coberturas complementarias que permitan satisfacer integralmente sus necesidades.

Participación: El sistema debe partir de la existencia de la necesidad de comunicación entre los sectores sociales e institucionales, pues todos cuentan con el derecho de que su opinión sea ponderada al momento de la toma de decisiones en aspectos que les afectan.

Gradualidad: Implica que los beneficios de la seguridad social deben crearse de forma paulatina y una vez creados debe ir elevándose gradualmente más allá de los niveles mínimos de protección.

Equilibrio financiero: El desarrollo de la seguridad social sostenible encuentra su mejor apoyo en un sistema que sepa articular los mecanismos de asistencia social con el desarrollo económico de la sociedad a la cual se le aplica.

En este sentido, un sistema que se aparte de la realidad económica que le circunda no tendrá buenos resultados; por ende, el Estado deberá desplegar políticas públicas bien coordinadas y sopesadas para mantener un punto de equilibrio que garantice la eficacia y sostenibilidad a largo plazo del sistema.

A modo de síntesis, cabe afirmar que los principios antes descritos constituyen una sólida base para el sistema de seguridad social de nuestra nación, pues no solo sirven de guía y fuente de solución ante conflictos

específicos, sino que además devienen en faro capaz de guiar las políticas públicas hacia buen puerto.

Lo antes expuesto no debe soslayar el hecho de que la República Dominicana cuenta, como ya se ha referido, con una normativa legal que tiene por objetivo lograr la armonización del sistema de seguridad social, siendo que la Ley núm. 87-01, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, deroga la Ley núm. 385, sobre Accidentes de Trabajo, y modifica parcialmente la Ley 1896, sobre Seguros Sociales, así como también modifica cualquier otra ley que le sea contraria.

En tal virtud, resulta evidente que la intención del legislador es intentar cumplir con el principio de unidad y lograr con ello que nuestra nación cuente con un sistema de seguridad social que se encuentre en condiciones de satisfacer las necesidades reales de las personas de forma integral, equitativa y sostenible en el tiempo.

IV. La seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye hoy en día una de las fuentes más relevantes del derecho, y esto no solo debido a su efecto vinculante, sino también al dinamismo que envuelve la actividad de esta alta corte en su función de sumo intérprete de la Constitución.

En efecto, resulta de un valor indescriptible analizar de forma constante los criterios plasmados por este tribunal en sus relevantes decisiones, para que de este modo tanto operadores como usuarios del sistema de seguridad social se encuentren en condiciones de entender la delimitación de los contornos del núcleo esencial del derecho a la seguridad social.

A tales fines, y de forma sintética, sin pretender a través del presente escrito ofrecer un análisis e interpretación detalladas de las decisiones que tomaremos como referencia, abordaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana que juzgamos más relevante en cuanto al tópico objeto de estudio. Estas son presentadas en orden cronológico, lo cual permite además poner en evidencia la madurez y profundidad que el indicado tribunal ha expresado a lo largo del tiempo y desarrollado paulatinamente con respecto a la conceptualización, contornos y límites del derecho fundamental objeto de estudio.

Sentencia del Tribunal Constitucional	PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO
TC/0012/12	<p>En esta sentencia se hace énfasis en la importancia de la pensión como medio de subsistencia del sobreviviente y se reconoce el derecho a esta para la pareja consensual sobreviviente: “Tendrá derecho a pensión el o la sobreviviente de un matrimonio o de una unión marital de hecho con por lo menos un año de duración, salvo el caso de que hayan engendrado hijos o que el fallecimiento hubiere sido causado por un accidente o por las causales del artículo 247”.</p> <p>Esta sentencia pone de manifiesto que ya para la época en que fue dictada la alta corte tenía plena consciencia de la vulnerabilidad que afecta a la pareja sobreviviente que solo cuenta con la pensión para su subsistencia, siendo que amplía el criterio en cuanto a quién puede recibirla, hasta proteger a la pareja consensual.</p>
TC/0203/13	<p>Esta sentencia constituye un hito en la jurisprudencia constitucional de la República Dominicana, pues permitió al tribunal conceptualizar el derecho fundamental a la seguridad social, así como delimitar sus contornos y características y definir su posibilidad de ser tutelado mediante amparo, sin olvidar recordar las obligaciones puestas a cargo del Estado en virtud de su carácter prestacional y su naturaleza de derecho programático:</p>

<p>Sentencia del Tribunal Constitucional</p>	<p>PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO</p>
	<p>“(…), la responsabilidad del Estado en la estimulación de su “desarrollo progresivo (...) para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez. El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado. El derecho a la seguridad social constituye la garantía del derecho a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad. Sin embargo, el derecho a la seguridad social se sustenta en los principios de universalidad y solidaridad, y puede ser reivindicado mediante la acción de amparo; los jueces deben ponderar las particularidades de cada caso concreto”.</p>
<p>TC/0453/15</p>	<p>Esta decisión se refirió a la naturaleza eminentemente protectora de la pensión de sobrevivencia al señalar:</p> <p>“A juicio de este tribunal, al tratarse de una pensión de sobreviviente, la naturaleza de tal prestación impide su suspensión, por cuanto la misma requiere de un tratamiento eminente protector, dado que su beneficiario se ha visto privado de manera involuntaria del apoyo económico del pensionado o afiliado, por</p>

	<p>lo que su finalidad es garantizar que su muerte no impida que este pueda atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias que se han podido generar tras el fallecimiento”.</p> <p>Como se ve, la preocupación por la vulnerabilidad del sobreviviente que ya el tribunal había expresado en la decisión TC/0012/12 tiene, en ocasión de esta sentencia, un mejor escenario para ser plasmada, aprovechando el tribunal la ocasión para establecer la obligación de protección a toda persona en dicha condición.</p>
TC/0620/15	<p>Como es sabido, no existe derecho fundamental alguno sin límites. En esta decisión el TC establece que al finalizar el período para el cual está configurada una pensión y producirse su cese no se vulnera el derecho fundamental:</p> <p>“(…) este tribunal debe precisar que mediante la decisión tomada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo no se le conculcó ningún derecho fundamental al señor Ranger Rodríguez (beneficiario de la pensión de sobrevivencia), toda vez que la norma adjetiva que regula el derecho fundamental alegadamente conculcado, esto es, el de seguridad social, prevé el cese del beneficio de pensión cuando se obtiene la mayoría de edad, como bien lo señala el literal C el párrafo II del artículo 6 de la Ley núm. 379-81. En tal sentido, el hoy recurrido obtuvo los beneficios que le correspondían en tiempo oportuno, de modo que, llegado el cese</p>

Sentencia del Tribunal Constitucional	PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO
	de los mismos, por disposición expresa del legislador, no se vulnera en modo alguno dicho derecho”.
TC 0335/16	<p>Mediante esta sentencia fue establecido el carácter irracional del plazo contemplado en el artículo décimo de la resolución 186-01, que aprobó el Contrato de Póliza sobre Discapacidad y Supervivencia para los afiliados al sistema previsional.</p> <p>El tribunal establece: “Este Tribunal Constitucional considera que el plazo de dos años aprobado por la Resolución núm. 186-01, arriba descrita, resulta irracional y breve, sobre todo para una persona que se encuentra pasando por problemas de salud tan graves, como ocurre en la especie, en la cual el accionante tiene un 70.53% de discapacidad permanente, tal y como fue evaluado por la Comisión Médica Regional (...) l) Como se observa, el plazo de dos años para una persona bajo los supuestos indicados en el párrafo anterior no resulta razonable, sobre todo tratándose de un derecho como el de la seguridad social, el cual ha dicho este tribunal es un derecho fundamental inherente a la persona, “revestido de la fuerza que aporta el texto supremo, que lo hace de cumplimiento obligatorio, máxime porque el derecho a la seguridad social responde también al principio</p>

	<p>de progresividad consagrado en el artículo 8 de la Constitución (...), este Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de aplicar una protección reforzada cuando se trate de personas de edad avanzada y, además, sometidas a una discapacidad, como ha quedado evidenciado en el caso que nos ocupa, ya que en la actualidad la persona solicitante tiene 60 años y un 70.53% de discapacidad permanente”.</p>
TC/0375/16	<p>En esta decisión el TC recalca la naturaleza del derecho a la seguridad social: “Estamos frente a un derecho de carácter irrenunciable dentro del derecho al trabajo, como lo es la seguridad social, por demás consagrado en el artículo 60 más arriba citado (...) Son derechos básicos de trabajadores y trabajadoras, entre otros: la libertad sindical, la seguridad social, (...)”.</p>
TC/0002/17	<p>Esta sentencia da solución al reclamo de pensión realizado por el amparista, aplicando de forma tácita el principio de equilibrio financiero y la lógica elemental:</p> <p>“(…) En definitiva, la pretensión del amparista de beneficiarse de dos pensiones por concepto de discapacidad o invalidez no encuentra sustento en el sistema jurídico actual instaurado por la referida ley núm. 87-01, de Seguridad Social, pues resulta incompatible que un mismo sujeto se beneficie del derecho a cobrar dos pensiones bajo igual régimen, ya que tal duplicidad redundaría en una concurrencia de un mismo beneficiario calificado para un mismo régimen de seguridad social”.</p>

Sentencia del Tribunal Constitucional	PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO
TC/0323/17	<p>Dispone el Tribunal en esta decisión: “(...) j. Este derecho debe ser reconocido y garantizado por el Estado a través de una pensión que permita al ciudadano una vida digna, en la desocupación, enfermedad, discapacidad y vejez; en el marco un Estado social y democrático de derecho”.</p>
TC/0122/18	<p>La decisión establece los siguientes criterios:</p> <p>“(...) una persona que ha cumplido la edad y el tiempo requerido –como el caso de la especie– para acceder a la pensión de vejez, ha configurado en su favor el derecho a disfrutar de ese beneficio y, por tanto, se halla ante un derecho adquirido, del cual no puede ser despojado y goza de su protección expresa en la Constitución”.</p> <p>Reitera además el criterio de la procedencia de la vía de la acción de amparo para dilucidar aspectos relacionados con el derecho a la pensión, como, por ejemplo, la reclamación del pago de pensiones de sobrevivencia por muerte del compañero concubino [sentencia TC/0012/12 (...)], la negativa a la devolución de las cotizaciones a los fondos de pensiones [sentencia TC/0137/13 (...)] y el reconocimiento de pensiones a personas envejecientes (sentencia TC/0203/13).</p>

	<p>Establece la indicada decisión que las normas de seguridad social no pierden efectividad con la muerte del servidor público, por lo que negarle a su cónyuge superviviente el pago de la pensión correspondiente, "... constituye no solo una violación a las disposiciones precedentemente señaladas, sino también a los derechos fundamentales invocados en la presente acción, como son el derecho a la seguridad social, a la protección a las personas de la tercera edad y consecuentemente a su dignidad humana".</p>
TC/0371/19	<p>Establece el Tribunal Constitucional en esta sentencia que en múltiples ocasiones ha admitido la posibilidad de que se solicite el pago de una pensión por la vía del amparo de cumplimiento (véase las sentencias TC/0015/18, TC/0114/18 y TC/0162/18, TC/0760/18).</p> <p>De igual modo señala: "Conviene aclarar que la referida petición procede en tanto las pensiones que recibía el señor José Agustín Jiminián corresponden a regímenes distintos, estando una de ellas –la otorgada por este Tribunal Constitucional mediante la Sentencia TC/0012/12– regulada por la entonces vigente Ley núm. 873, Orgánica de las Fuerzas Armadas de la República Dominicana, y la que es objeto de discusión en el presente caso, por la Ley núm. 1896, actualmente regulada por las disposiciones de la Ley núm. 87-01".</p>
TC/0405/19	<p>Esta sentencia resulta de singular relevancia, pues tiene por efecto perfilar de forma más acabada el derecho a la seguridad social y en espe-</p>

Sentencia del Tribunal Constitucional	PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO
	<p>cial los límites a las facultades de reglamentación con respecto al mismo, estableciendo:</p> <p>“... es necesario precisar que los derechos fundamentales envueltos en el presente caso se encuentran consignados en los artículos 38, 57 y 60 de la Constitución, a los que se adiciona, de manera importante, el artículo 51 de la Ley núm. 87-01, el cual, y en contra de lo alegado por la Administradora de Fondos de Pensiones, S. A. (AFP Siembra, S. A.), no establece el requisito sobre la edad del afiliado a que se refieren las resoluciones núms. 268-06 y 186-01, para que los beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobreviviente establecida por ese último artículo [...] la dimensión de la tutela señalada se expande aún más cuando el beneficiario de la referida pensión es una persona en senectud o perteneciente a la tercera edad, pues, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 57 de nuestra Carta Sustantiva y a la jurisprudencia de este tribunal constitucional, estas personas son acreedoras, frente al Estado, de una protección especial, a fin de garantizar el disfrute efectivo y oportuno de ese derecho fundamental (...)</p> <p>A las consideraciones precedentes debe añadirse, de manera trascendente, por su relevancia, que si bien los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 57 (relativo a la protección de las personas de la tercera edad) y 60</p>

	<p>(concerniente al derecho a la seguridad social) de la Constitución de la República son derechos sociales de carácter prestacional, los cuales, como tales, necesitan ser legislativamente concretizados, no es menos cierto que el carácter fundamental de esos derechos es incuestionable y que estos son tangibles y concretos cuanto su regulación se materializa mediante el alcance que, en cuanto a su contenido, le confiere una norma de carácter legislativo, por la reserva de ley que está implícita en estos derechos. Ello es lo que ha ocurrido con esos derechos mediante la Ley núm. 87-01 (de incuestionable carácter orgánico), en cuanto a los aspectos regulados por esta, lo que significa que una transgresión de dicha norma se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales a que ella se refiere, como son los derechos contenidos en los citados artículos 57 y 60. Con ello se pone en evidencia que las resoluciones núm. 268-06, dictada por la Superintendencia de Pensiones el primero (1 ro). de agosto de dos mil dieciséis (2006), y núm. 186-01, dictada por el Consejo Nacional de Seguridad Social el veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008), son inconstitucionales por haber vulnerado los derechos fundamentales reconocidos por los citados textos, además de los previamente enunciados”.</p>
TC/0051/20	En esta decisión el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de establecer que en ningún caso podrá quedar sin pensión quien contando con una situación que implique incapacidad defini-

<p>Sentencia del Tribunal Constitucional</p>	<p>PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO</p>
	<p>tiva deba, por motivos de vejez, pasar a una modalidad distinta de pensión, pues lo contrario implica un acto que atenta contra la dignidad humana, siendo esta una sentencia paradigmática, pues puso de relieve la importancia de que todas las instituciones públicas y privadas que intervienen en el sistema de seguridad social actúen con apego a la disposiciones constitucionales, y sobre todo de forma humana:</p> <p>“Ciertamente, la actuación de las accionadas tipifica un acto que atenta contra la dignidad humana, pues independientemente de que la sustitución de la pensión por discapacidad por una de vejez proceda, mientras la pensión se determina la accionante debe permanecer con la que originalmente se le asignó. Nada, absolutamente nada, justifica que se deje sin pensión a una persona que tiene una incapacidad definitiva (...) Se trata, por tanto, de un derecho legalmente reconocido, el cual, como tal, no puede ser desconocido por una resolución del CNSS ni por contrato alguno suscrito por la indicada AFP con un tercero; (...) En otro orden, los derechos fundamentales tienen un carácter progresivo, lo que significa que, además de sumar y reconocer derechos de esa naturaleza en provecho de los seres humanos, hay que sumar las prerrogativas derivadas de estos. El principio indicado imposibilita que esas prerrogativas sean recortadas,</p>

	<p>reducidas, desconocidas o disminuidas por disposiciones normativas posteriores en el tiempo, como ocurre en la especie con las resoluciones del CNSS, que ha avalado o aprobado contratos (los contratos de cotización de discapacidad y sobrevivencia) que han “modificado” la ley, violando el principio de legalidad e, incluso, la propia Constitución, ya que el CNSS se ha arrogado atribuciones que son propias del Congreso Nacional”.</p>
TC/0050/21	<p>Esta sentencia define el criterio de que el derecho a la seguridad social se encuentra íntimamente vinculado a las posibilidades económicas del Estado; es decir, que su naturaleza es prestacional y programática.</p>
TC/0479/21	<p>La decisión hace referencias a varios puntos de relevancia vital en la protección del derecho fundamental objeto de estudio, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none">• Reitera el criterio que ya había sido asentado en la sentencia TC/0335/16 en cuanto a la inaplicación de la extemporaneidad prevista en el artículo 70.2 de la Ley núm. 137-11 en relación con los amparos fundados en vulneración a la seguridad social, cuando dichas acciones se someten fuera del plazo de sesenta días previsto por la indicada disposición legal. En este orden, el Tribunal establece:<p>“En cuanto al argumento presentado por los recurrentes relativo a que la acción de</p>

<p>Sentencia del Tribunal Constitucional</p>	<p>PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO</p>
	<p>amparo es inadmisibile por haber sido interpuesta fuera del plazo de 60 días establecido en el artículo 70.2 de la Ley núm. 137-11, el Tribunal considera que la acción que nos ocupa es admisible, ya que estamos en presencia de una violación continua, en virtud de la naturaleza del derecho envuelto, es decir, el derecho a la seguridad social y a la pensión por discapacidad. En este orden, el referido plazo se renueva de manera permanente, mientras el accionante no sea satisfecho en su pretensión”.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El tribunal reitera el criterio ya señalado en el sentido de que, si bien la existencia de otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado constituye una de las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo, no significa en modo alguno que cualquier vía pueda satisfacer el mandato del legislador, sino que ellas resulten idóneas para tutelar los derechos fundamentales alegadamente vulnerados. De manera que solo es posible arribar a estas conclusiones luego de analizar la situación planteada en conexión con la otra vía llamada a brindar la protección que se demandado. (...) al momento de declarar inadmisibile una acción de amparo por la causal establecida en el artículo 70.1 de la

Ley núm. 137-11, es esencial que el juez de amparo indique cuál es la vía judicial más efectiva para la protección del derecho que se alega conculcado y cuáles son las razones por las cuales esa vía es la efectiva. **No es suficiente con indicar simplemente que existe esa otra vía judicial, sino que “[e]l juez de amparo tiene la obligación de indicar la vía que considera idónea, cuando entienda que la acción de amparo es inadmisibile, teniendo la responsabilidad de explicar los elementos que permitan establecer si la otra vía es o no eficaz”.**

- El tribunal dictaminó además reiterando el criterio ya asentado en la decisión TC/0405/19, referente a la necesidad de “salvaguardar el mantenimiento de las condiciones que auspician la vida digna de una persona de la tercera edad”. Es decir, otorgó prevalencia a las referidas condiciones sobre las leyes adjetivas regulatorias del ámbito social, indicando además el tribunal “... lo anterior nos indica **que el juez constitucional, al momento en que le sea presentada una cuestión de esta naturaleza, especialmente aquellas que tiendan a regular o modular el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social mediante prestaciones económicas (pensión por sobrevivencia o por discapacidad, por ejemplo), debe, para salvaguardar el mantenimiento de las condiciones que auspician la vida digna**

Sentencia del Tribunal Constitucional	PRINCIPAL CRITERIO ESTABLECIDO
	<p>de una persona de la tercera edad, poner su empeño en que estas se cumplan con especial observancia de la Constitución de la República, primero, y, luego, de la legislación adjetiva que regula la materia social».</p>

*Los resaltes en los textos de la tabla son de la autora.

Como hemos precisado, no resulta objetivo de este escrito abordar todas las jurisprudencias emanadas del Tribunal Constitucional en ocasión de la tutela del derecho a la seguridad social; no obstante, hemos planteado algunas que entendemos de relevancia en cuanto a la configuración de este derecho fundamental, siendo evidente que desde su inicio el indicado tribunal ha sido sensible a la naturaleza delicada de un derecho fundamental que tiene por misión garantizar la dignidad humana, en términos sumamente esenciales.

En efecto, se puede apreciar la preocupación de esta alta corte no solo por dar solución a los casos que de forma específica han sido sometidos a su control, sino que además sus decisiones tienen un marcado matiz educativo al servir de claras y concisas directrices para las instituciones públicas y privadas que tienen por deber operar el sistema a fin de que este sea efectivo, equitativo y sobre todo humano.

En el indicado contexto, no podemos evitar reconocer la encomiable labor del sumo intérprete de nuestra carta sustantiva cuando, como sucedió con la sentencia TC/0051/20, establece en palabras simples y llanas: “Nada, absolutamente nada, justifica que se deje sin pensión a una persona que tiene una incapacidad definitiva”, siendo este tipo de criterio los que no solo permiten que el mensaje llegue a todos de forma sencilla, sino que además logra que sea entendido el hecho simple y básico de que vivir en Constitución implica vivir en estricto respeto a la dignidad que es connatural con la simple existencia humana, de forma tal que tal dignidad logre ser la regla y no un ideal abstracto e inalcanzable.

Conclusión

Es un hecho cierto que a nuestra nación aún le falta un largo y arduo camino por recorrer a fin de lograr la constitucionalización, en términos prácticos y tangibles, de todo el sistema de la seguridad social, máxime cuando aún convergen varios subsistemas en aplicación, lo cual hace más tortuosa la tarea de armonizar los diferentes regímenes existentes.

También es un hecho que nuestras autoridades tienen ante sí un reto aún mayor frente al paso del tiempo, pues el carácter programático y el principio de progresividad aplicables al derecho a la seguridad social constituyen dos grandes elementos a tomar en cuenta al trazar las políticas públicas que sirvan de eje transversal para la dirección de la dinámica de todo el sistema.

No obstante, debemos reconocer que la República Dominicana ha dado pasos firmes y constantes en su objetivo de ofrecer protección a las personas ante las diferentes situaciones de vulnerabilidad que les pueden afectar e impedirles vivir una vida digna.

Para comprobar lo antes expuesto basta verificar la existencia no solo de un texto constitucional específico y claro que consagra el derecho fundamental a la seguridad social, sino la aplicación de todo un sistema compuesto por leyes, reglamentos y resoluciones que dan paso a instituciones que de forma específica tienen el deber de asegurar la protección del indicado derecho.

Por último, nuestro país cuenta con un control de constitucionalidad reforzado, pues además de la importante función que lleva a cabo el Tribunal Constitucional como sumo intérprete de la Constitución y encargado del control concentrado de constitucionalidad, contamos con el control difuso de constitucionalidad que descansa en los hombros de cada juez del orden judicial, quienes deben velar por la inaplicación de toda normativa legal, reglamentaria, etc., que sea contraria a la Constitución, lo cual en la actualidad sucede de forma frecuente.

No obstante, es tarea de cada operador del sistema de seguridad social que no sea necesario que este derecho sea constantemente reclamado antes los tribunales, sino que a través de los órganos ordinarios que lo conforman sea posible garantizar la dignidad humana, traducida en seguridad social

eficaz, integral y equitativa ofrecida en tiempo oportuno, pues, tal y como afirma la Carta de la Organización de Estados Americanos, “la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”, siendo la paz el bien máspreciado y anhelado, tanto a nivel individual como colectivo, por la humanidad y el único clima capaz de hacer germinar la semilla del progreso social y económico de la nación, que es a lo que esencialmente y como humanidad aspiramos.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 61

POR FRANCISCA G. GARCÍA DE FADUL

Artículo 61.- Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia:

- 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran;
- 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales.

Comentario

Antes de examinar lo relativo al derecho a la salud, resulta pertinente aclarar que, si bien los derechos fundamentales y sus garantías se formalizaron desde el inicio del genocidio que se produjo en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial, y que estos se materializaron a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, lo cierto es que los derechos humanos, aquellos que resultan inherente a la condición de seres humanos, existen desde siglos antes, solo que los Estados comenzaron a interesarse por lo que le ocurría a los seres humanos de otros países a partir de esa declaración.

Oportuno es aclarar que la Declaración Universal fue solo eso una Declaración, es decir, una declaración de buena voluntad pero que no obligaba a nadie, sino que fue a partir de los diversos tratados internacionales suscritos entre los países cuando los derechos humanos se hicieron exigibles. Muchos de estos tratados fueron suscritos por la República Dominicana, como, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Tratado de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso de la República Dominicana, en el año 2010 se aprobó una Constitución democrática y garantista, que organiza nuestra nación como un Estado social y democrático de derechos y cuya función esencial es la protección efectiva de los derechos de las personas, según los artículos 7 y 8 de la carta magna.

El ser humano es la clara representación de la vida. Por consiguiente, para la preservación de esta debe gozar de buena salud. Por lo tanto, es de conocimiento general que el derecho a la salud es una prerrogativa que todo ser vivo posee, debido a que es un derecho fundamental adherido a todos los individuos. Se está frente a un derecho meramente iusnaturalista, en virtud de que, por el simple hecho de ser un ser humano, se beneficia del derecho subjetivo que este desprende.

Dentro del ordenamiento jurídico dominicano, nuestros legisladores lo han dispuesto en la norma de mayor peso autoritario, es decir, en la Constitución dominicana. De manera específica, dicho derecho está previsto en el artículo 61, donde expresa que “toda persona tiene derecho a la salud integral”. En ese sentido, de acuerdo con el mismo artículo, el Estado dominicano, como garante de los derechos fundamentales, está llamado a cumplir con unas obligaciones, en consecuencia:

- 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran;

2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales.

El referido derecho también se encuentra recogido en otras leyes subordinadas a la carta magna, por lo que se puede apreciar la manifestación del derecho a la salud en las siguientes leyes: Ley sobre Seguros Sociales, núm. 1896, del 30 de diciembre de 1948; Ley General de Salud, núm. 42-01, del 8 de marzo de 2001; Ley núm. 87-01, del 17 de julio de 2001, la cual crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social, así como en los diferentes convenios y tratados internacionales de los cuales nuestro país participa y es signatario.

La consagración de este derecho fundamental trae consigo una serie de reconocimientos y políticas en las cuales se fomenta la preservación y prevención de la salud. De igual forma lo afirma Salcedo Camacho al manifestar lo siguiente:

Trae consigo como finalidad que el Estado dirija sus esfuerzos no solo a proteger al individuo en situaciones de vulnerabilidad, como se contempla en el derecho a la seguridad social, sino que le atribuye la obligación de dictar medidas encaminadas a la prevención y el tratamiento de enfermedades y procura contar con un sistema que preste asistencia a los grupos y sectores vulnerables¹.

Es innegable que proteger la salud es preservar la vida de las personas. Si se deteriora la salud, irremediablemente afectará la vida misma del ser humano, de ahí que es de vital importancia tener claro en qué consiste la salud. En ese sentido, y tomando en cuenta lo establecido en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948, el concepto de salud se entiende como:

1 SALCEDO CAMACHO, Carlos. *La Constitución comentada*: Santo Domingo, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2011, p. 132.

Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud ha sido considerada no como un estado abstracto sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva².

En ese mismo orden, la Ley núm. 42-01, General de Salud, en su preámbulo establece y reconoce de manera expresa:

Que la salud constituye un bien que solo podrá obtenerse mediante la estructuración de políticas coherentes de Estado en esta materia, que garanticen la participación integrada, informada y responsable de los miembros de la sociedad y sus instituciones, en acciones que promuevan y garanticen, en forma equitativa y justa, condiciones de vida apropiadas para todos los grupos de población.

Que, en adición a sus características de representar un bien de importancia social y un factor básico para el desarrollo de la persona en todos sus aspectos, la salud constituye un derecho humano e inalienable que debe ser promovido y satisfecho por los gobiernos y estados, mediante el desarrollo biológico, psíquico, social, cultural y moral de cada ser humano.

Por lo tanto, es obligación del Estado crear políticas y facilitar los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud. Por consiguiente, el objetivo es preservar la vida de todos los individuos que componen la sociedad o que sean partícipes de esta, por el motivo de que el goce de este derecho constituye la satisfacción de una necesidad básica. En ese orden, teniendo en cuenta la importancia que reviste la salud en el ser humano, la indicada ley prevé:

Art. 1.- La presente ley tiene por objeto la regulación de todas las acciones que permitan al Estado hacer efectivo el derecho a la salud de la población, reconocido en la Constitución de la República

2 Constitución (who.int) Ver página web: www.oms.org. Organización Mundial de la Salud.

Dominicana. Art. 2.- La salud es, a la vez, un medio para el logro del bienestar común y un fin como elemento sustantivo para el desarrollo humano. La producción social de la salud está íntimamente ligada al desarrollo global de la sociedad, constituyéndose en el producto de la interacción entre el desarrollo y la acción armónica de la sociedad en su conjunto, mediante el cual se brindan a los ciudadanos y ciudadanas las mejores opciones políticas, económicas, legales, ambientales, educativas, de bienes y servicios, de ingresos, de empleos, de recreación y participación social para que, individual y colectivamente, desarrollen sus potencialidades en aras del bienestar. Por lo tanto, la salud no es atribución exclusiva del sector salud y, en consecuencia, ya no se prestará exclusivamente dentro de sus instituciones.

En virtud de esto, se pone de manifiesto cómo beneficia al mismo Estado la preservación y el disponer la sociedad del goce de una buena salud, puesto que fomenta un mejor desarrollo para y potencializa el mejor activo de un Estado, que es su ciudadanía. De ahí parte la importancia de que el Estado se encuentre obligado a crear los mecanismos necesarios para la preservación y el disfrute de la salud. En ese sentido, Veras se refiere a que “el Estado dominicano está obligado a salvaguardar el derecho a la salud, sin importar color, nacionalidad, edad, invalidez o enfermedad. Cada persona física debe tener garantía efectiva de servicios de salud, sin tomar en cuenta el nivel o costo de la sanidad”³.

Por esto, no importa que el individuo sea de otra nacionalidad, edad, color, etc.; es obligación del Estado brindarle el acceso, disfrute y protección a la salud, puesto que es una necesidad básica que el ser humano debe contemplar para una vida digna biológicamente. Continúa diciendo el autor de referencia que “la salud, al igual que las enfermedades, es causa de atención y debe motivar interés en cualquier comunitario atento al bienestar social. Solamente los indolentes permanecen indiferentes a lo que atañe al ser humano”⁴.

3 VERAS, Ramón Antonio. “El derecho a la salud: humano y constitucional, pero cercenado”. Acento [en línea], disponible en www.acento.com.do/opinion/el-derecho-a-la-salud-humano-y-constitucional-pero-cercenado-9024441.html.

4 Ídem.

Es de importancia resaltar cuál es el alcance del derecho a la salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas determinó su alcance en su Observación General núm. 14, punto 9, al sostener lo siguiente:

El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ [...] tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado [...] un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud⁵.

También es importante señalar, sobre este derecho, lo que ha dicho la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica:

Si bien nuestra Constitución política no contempla en forma expresa este derecho-aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste- el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con

5 URBINA, Paola Alejandra. “El derecho a la salud como obligación estatal”.

conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión en consecuencia a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene este derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud, ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades⁶.

En cambio, en la República Dominicana, para garantizar el derecho a la salud no ha sido necesario vincularlo —aunque lo esté— a ningún otro derecho fundamental, como sería el derecho a la vida, pues el derecho a la salud se encuentra expresamente consignado en nuestra Constitución, de manera expresa en el título 11, capítulo 1, como un derecho fundamental, específicamente en la sección 111, que se refiere a los derechos económicos y sociales. Así las cosas, el artículo 61 de la Constitución establece el derecho a la salud, dejando claro que se trata de un derecho exigible judicialmente.

Por su parte, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales dispone que es obligación del Estado no discriminar en el ejercicio de estos derechos, lo que abre un campo de acceso a la justicia para reclamarlos, cuyo reconocimiento constituye un modelo de impugnación a la actividad estatal que no los respete.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, reconoce el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, en su artículo 11, que reza: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, establece el derecho a la salud en su artículo 10.1, que dispone:

6 Corte Suprema de Costa Rica. Sala Constitucional. Voto 1915 del 22/7/92.

Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.” Igualmente en el artículo 10.2 se establecen las medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad, b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la preservación y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

De estos instrumentos internacionales se extrae que todos reconocen el derecho a la salud como un derecho fundamental y que el Estado es el mejor garante para protegerlo, suministrando los medios para hacer efectivo este derecho y que los ciudadanos puedan gozar de perfecta salud.

Se concibe no solamente como un derecho fundamental humano de cada individuo, sino como la consecuencia también de la garantía del Estado de tutelar ese derecho de manera colectiva, es decir, a todo el conglomerado social. En ese sentido, se colige que el Estado para potenciar el disfrute o goce del derecho a la salud tiene que implementar políticas preventivas para mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos.

Es oportuno resaltar las decisiones tomadas por otros tribunales respecto a este derecho, como, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional Venezuela:

... puede colegirse que el derecho a la salud como parte integrante del derecho a la vida, ha sido consagrado en nuestra carta como un derecho social fundamental (y no como simples determinaciones del Estado), cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, cuyos órganos desarrollan su actividad orientados por la elevación (progresiva) de la calidad de vida de los ciudadanos y,

en definitiva, al bienestar colectivo. Ello implica que el derecho a la salud, no se agota en la simple atención física de una enfermedad a determinada persona, sino que el mismo se extiende a la atención idónea para salvaguardar la atención mental, social, ambiental, etc., de las personas e incluso de las comunidades como entes colectivos imperfectos, en tanto que ni están dotados de un estatuto jurídico especial que les brinde personería en sentido propio⁷.

... el derecho a la salud es un derecho que debe ser garantizado por el Estado; por lo que se hace necesario concebir a este no solo como el ente político territorial nacional, sino como aquella unidad política a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le ha otorgado potestades para que satisfaga la procura existencial, esto es, cualquier ente político territorial. Tal situación es lo que la doctrina patria ha denominado como las competencias concurrentes: aquellas que corresponde ser satisfechas, dada su naturaleza, no solo por la República, sino también por los Estados, los Distritos Metropolitanos y los Municipios, dentro del ámbito de su capacidad económica, de allí que el cumplimiento de tal derecho debe exigirse tanto a los órganos nacionales como a todos aquellos que, en atención a su ámbito competencial, tengan como función la satisfacción del derecho constitucional en referencia, indistintamente del ente político territorial al cual pertenece⁸.

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento médico. La Corte Interamericana considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la

7 Decisión del Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional, Venezuela, 6 de abril de 2001. Casos de Enfermos de VIH/Sida vs. IVSS.

8 Decisión de fecha 26-05-2004 del Tribunal Supremo de Justicia- Sala Constitucional. Caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministerio de Salud y Desarrollo Social y el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado⁹.

Y es que el derecho a la salud, como derecho fundamental de los seres humanos, obliga al Estado a garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de que puedan gozar del mejor estado de salud que sea posible. Es por eso por lo que no se debe perder de vista que para garantizar este derecho se debe contar con un sistema de salud que engloba todas las organizaciones, instituciones y recursos, cuyo principal objetivo es mejorar la salud. Es en ese sentido que:

En cualquier país del mundo es prioritario que se respete el derecho fundamental a la salud, en este sentido, es necesario el concurso de personas, servicios, productos, instalaciones, inversión financiera e información oportuna, lo cual debe engranarse perfectamente para que funcione de forma efectiva, incluso en tiempos de crisis¹⁰.

A partir del referido artículo constitucional se puede decir que el Estado se encuentra en incapacidad de mantener el compromiso ya asumido, debido a que había sido una respuesta a las previsiones de ese artículo constitucional como garantía al derecho a la salud en lo referente a la provisión de medicamentos de enfermedades básicas cotidianas que permitían al ciudadano común tener acceso real a la salud, no perdiendo de vista que existe un problema con la provisión de insumo para cirugía que antes estaban cubierta por Promese/CAL, y que ahora el Estado está viéndose en la dificultad de responder.

Entonces, más que una falta de oportunidad o de previsión es un descuido de las autoridades, porque ya todo estaba regulado, estaba el control de los medicamentos, de su fabricación, la adquisición oportuna y a bajo costo que permitían el acceso del pueblo, entonces todas esas cosas tienen que, no solamente facilitarse, sino que debe garantizarse su mantenimiento con el tiempo. Además, deben tomarse medidas de protección para evitar que los cambios de gobierno afecten los derechos ya adquirido por el

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Supra* nota 1, Párr... 89.

10 Ramírez González. "Derecho a la salud en República Dominicana". Disponible en <https://ramirezgonzalez.com.do/derecho-a-la-salud-en-republica-dominicana/>.

pueblo dominicano, es decir, que la incapacidad de mantener los acuerdos hace al Estado incumplir con su obligación constitucional.

Como bien afirma Ramírez, González, “es por esta razón que todas las autoridades sanitarias y los ministerios de salud pública deben aunar esfuerzos para lograr consenso en el poder de decisión de los entes políticos, la intervención activa de la comunidad científica y los valores y recursos de la sociedad civil”.

Otro punto que también está en cuestionamiento en la actualidad que debe ser revisado en cuando a la disposición constitucional como una falta de previsión del Estado, es el hecho que comunidades entera están sufriendo la falta de suministro de agua potable. Comunidades que ya tenían el suministro de manera regular y que de repente se han visto meses, semanas, sin agua, situación que debe ser monitoreada por el Estado. Debería de existir una entidad de controles o algún medio de fiscalizar el cumplimiento de los acuerdos y de las respuestas estatales a los derechos relacionados con la salud.

Si bien el Estado ha mejorado significativamente las instalaciones sanitarias del país, no menos cierto es que de nada sirve una buena instalación si no hay los insumos correspondientes para dar el servicio. En esa pugna de situaciones es que está el problema de incumplimiento de esa norma porque no se trata solamente de tener hospitales lindos, sino hospitales funcionales, con respuestas reales en cuanto personal, en cuanto a higiene, en cuanto a equipos, en cuanto a medicamentos; todavía nos queda mucho camino por caminar en ese aspecto, pero, más que por la falta de recursos, es por la falta de previsión y de permanencia en los acuerdos y los logros que ya el Estado había adquirido. Es en ese orden que:

El Estado debe hacer los mayores esfuerzos posibles, tomando las medidas correspondientes en materia presupuestaria, legislativa, administrativa y en cualquier otro ámbito que fuere necesario, para hacer realidad plenamente el derecho a la salud de todos (as), de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución que dice que la #República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, “fundado en el respeto de la dignidad humana” y “los derechos fundamentales” de las personas, y toman-

do en consideración que conforme al artículo 68 de nuestra Ley de leyes “los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por el país a partir del año 2010, lo cual es muy plausible”¹¹.

Ese derecho sería un deber ser y no una realidad si las personas vulnerables no pueden acceder a centros de salud donde puedan recibir servicios de calidad, pues, sobre todos los países de nuestra región, los hospitales públicos no están ni cerca de garantizar servicios de calidad al conglomerado social. Por eso el sistema de seguridad social, que obliga a todo aquel que empleé a una persona de manera formal a tener un carnet de seguridad social con el cual puede asistir a clínicas privadas y que en este momento abarca a millones de personas, es un gigantesco paso de avance con ese fin.

Para garantizar la efectividad de ese derecho, la propia Constitución establece que el Estado está en la obligación de producir leyes y de desarrollar políticas públicas que posibiliten prestarles atención y protección sanitarias, sobre todo a aquellos sectores vulnerables y de menos ingresos.

A nuestro juicio, el punto más importante, porque la evidencia médica así lo indica, es que las políticas de prevención en materia de salud son inherentes a ese derecho, lo que implica la obligación de Estado de promover políticas públicas para prevenir que las personas se enfermen, es decir, que gocen de buena salud, lo que implica incluso un asunto de tipo económico para el Estado porque es menos costoso prevenir que curar y por supuesto también resulta beneficioso para las personas.

Esto incluye la necesidad de que el Estado, como ya se dijo, provea al conglomerado social de servicios de agua potable, medicamentos de calidad, alimento en buen estado, d servicios sanitarios, así como el mejoramiento de las condiciones ambientales, que son determinantes para garantizar la salud física y mental de las personas.

En ese sentido, se puede apreciar un punto que sigue siendo un conflicto y una debilidad en el Estado dominicano: la protección a la salud ambiental, la cual incide en el derecho de los seres humanos a la salud,

11 SÁNCHEZ ESPINAL, Juan. “Derecho a la salud”. Disponible en <https://elnuevodiario.com.do/carta-publica-genesis-herandez-santa>.

tomando como punto de alerta el mal manejo de los residuos y desechos sólidos a través de los basureros municipales, en los cuales diferentes tipos de animales e insectos provocan un problema de contaminación afectando la salud humana.

Igual sucede cuando se producen esos incendios voluntarios o automático que vienen de la descomposición de las materias mal manejadas, las materias orgánicas, todas esas situaciones requieren un actuar del Gobierno. ¿Cómo? Disponiendo el reciclaje efectivo de los desechos para sacar beneficios de esto y evitar que aumente la contaminación. Por tal razón, el Estado, con las asesorías recibidas, cuenta con los medios y los conocimientos. Lo único que falta es la voluntad para la implementarlos. ¿Por qué la voluntad? Porque del manejo de los residuos viene la oportunidad para el Estado de aumentar sus ingresos para que mediante el reciclaje puedan ser solucionados quitándoles cargas económicas al Estado. Uno de los beneficios es la energía, proveer de energía a las zonas más desposeídas sin necesidad de entrarlo en las redes generales, sino que esa energía provenga del manejo de los desechos sólidos que están en la basura.

Lo anterior encuentra su solución de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 Ley núm. 42-01 General de Salud, el cual dispone:

La Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social, en coordinación con la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales y demás instituciones competentes, elaborarán las normas oficiales que regulen la disposición y manejo de desechos sólidos cuyo uso, recolección, tratamiento, depósito, reconversión, industrialización, transporte, almacenamiento, eliminación o disposición final resultaren peligrosos para la salud de la población.

De este modo, el derecho a la salud se divide en varios derechos específicos que los países deben asegurar:

- el derecho a un sistema de protección de la salud;
- el derecho a la prevención y a tratamientos preventivos para evitar la propagación de enfermedades;

- el derecho al acceso a los medicamentos esenciales;
- la promoción de la salud materna e infantil;
- el derecho al acceso a los servicios de salud apropiados;
- por último, la educación y la concienciación sobre la salud¹².

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana, mediante sentencia del 13 de marzo de 2018, estableció que:

El derecho a la salud se constituye como una obligación de medios y no de resultados, cuya protección de manera primordial recae sobre la responsabilidad del Estado frente a las necesidades de los particulares. Por lo tanto, el acceso a los medicamentos se configura como una garantía fundamental del derecho a la salud, cuya cobertura debe ser de índole nacional, económicamente asequible para todas las personas sin discriminación alguna, y otorgar los niveles de salubridad exigidas por las normativas de salud pública en la materia¹³.

El Tribunal Constitucional dominicano aplicó las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-178/17 al considerar que estas se corresponden con la realidad local, y establece:

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado como titular de su administración la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejan y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni una mera dispensación protocolaria tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud¹⁴.

12 Derecho a la Salud - Humanium, en www.Humanium.Org/es/derecho-salud.

13 Sentencia TC/0031/18.

14 Sentencia TC/0111/19.

En suma, el derecho a la salud en la República Dominicana es un derecho fundamental expresamente consignado en la Constitución, judicialmente exigible, que incluye la prevención en el sentido amplio a que nos referimos antes y que incluye la obligación del Estado de garantizar al conglomerado social el acceso a servicios de salud.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 62

POR JENY RODRÍGUEZ

Artículo 62.- Derecho al trabajo. 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. En consecuencia:

- 1) El Estado garantiza la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo;
- 2) Nadie puede impedir el trabajo de los demás ni obligarles a trabajar contra su voluntad;
- 3) Son derechos básicos de trabajadores y trabajadoras, entre otros: la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, la capacitación profesional, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal;
- 4) La organización sindical es libre y democrática, debe ajustarse a sus estatutos y ser compatible con los principios consagrados en esta Constitución y las leyes;
- 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;
- 6) Para resolver conflictos laborales y pacíficos se reconoce el derecho de trabajadores a la huelga y de empleadores al paro de las empresas privadas, siempre que se ejerzan con arreglo a la ley, la cual dispondrá las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos o los de utilidad pública;
- 7) La ley dispondrá, según lo requiera el interés general, las jornadas de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los salarios mínimos y sus formas de pago, la participación de los nacionales en todo trabajo, la participación de las y los trabajadores en los beneficios de la empresa

y, en general, todas las medidas mínimas que se consideren necesarias a favor de los trabajadores, incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier otra modalidad del trabajo humano. El Estado facilitará los medios a su alcance para que las y los trabajadores puedan adquirir los útiles e instrumentos indispensables a su labor;

- 8) Es obligación de todo empleador garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, salubridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas para promover la creación de instancias integradas por empleadores y trabajadores para la consecución de estos fines;
- 9) Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad;
- 10) Es de alto interés la aplicación de las normas laborales relativas a la nacionalización del trabajo. La ley determinará el porcentaje de extranjeros que pueden prestar sus servicios a una empresa como trabajadores asalariados¹.

Comentario

Derecho al trabajo

En el contexto constitucional, la libertad al trabajo es muy amplia — reconoce el derecho al trabajo y a trabajar— y se expande más allá de una

¹ El artículo 62 de la Constitución dominicana, acorde con los postulados de la OIT, contempla las bases relativa a la consecución del trabajo decente, tendentes a “eliminar las desigualdades existentes, construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido, lograr la justicia social desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social incluida la negociación colectiva y la cooperación tripartita, lograr la igualdad de género en el trabajo mediante un programa transformador, evaluando periódicamente los progresos realizados, asegurar la igualdad de oportunidades y de trato en el mundo del trabajo para las personas con discapacidad, así como para otras personas en situación de vulnerabilidad”. Resumen de la “Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo”. Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 21 de junio de 2021.

prestación de servicio subordinado, o por cuenta ajena —sujeto a una de las modalidades de contratos de trabajos contenidas en la norma sustantiva—, engloba, también, el trabajo liberal y aquel que se ejecuta dentro del marco de servicio informal, pues al ser desarrollado como un derecho fundamental es planteado como un derecho, un deber y una función social, que amerita la protección y asistencia del Estado para su efectivo desarrollo progresivo, como lo exigen los derechos sociales.

El conjunto de derechos fundamentales que protege a la persona humana ha venido a regular las relaciones entre aquel que presta un servicio y el que se beneficia de este, sin importar la naturaleza o forma estructural en la que se presente —dígase como persona moral o física, mediante un trabajo liberal o subordinado—, marcando su expansión histórica en el derecho internacional a partir del 28 de junio de 1919, momento en que se firma el tratado de Paz de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial y que al mismo tiempo determinó la creación de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Cabe resaltar la contribución que antes aportó la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, que en su artículo 123 confirió, por primera vez en la historia, rango y eficacia constitucional a los derechos laborales, marcando el inicio del constitucionalismo social; asimismo, en la Constitución alemana de Weimar en el año 1919 se dimensionan a nivel constitucional los derechos sociales, entre los que se encuentran los laborales. Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 4, 23, 24, 25 y 30², sanciona la esclavitud en cualquiera de las formas en que pueda representarse y estimula el trabajo con todas las garantías para un mejor

2 Declaración Universal de los derechos Humanos: art. 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Art.23. 1.Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Art. 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. Art.25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Art. 30

perfeccionamiento humano. Del mismo modo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 8 y 22, prohíbe la esclavitud en todas sus manifestaciones y promueve el derecho de asociación sindical³.

En el contexto del artículo 62 de nuestra carta sustantiva, el trabajo debe ser analizado como uno de los derechos humanos, que son “el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económicos y cultural, incluso los recursos y mecanismos de garantías de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”⁴. A decir de Antonio Pérez, “son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan la exigencias de la dignidad, de la libertad de la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional internacional”⁵.

A decir de Oscar Ermida Uriarte⁶, “los derechos humanos laborales son derechos humanos que están súper ordenados en la Constitución y las normas internacionales los vuelven indisponibles para el legislador ordinario, para la administración y para el operador jurídico en general”, de ahí que

3 Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos: Art.8 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia. Artículo 22. 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía. 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Parte en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías. iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

4 RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. *Diccionario jurídico mexicano*, 13.ª ed.: México, II “D-H”, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Porrúa, 1999, p. 1063.

5 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 48.

6 Citado por MIRABAL RENDÓN, Iván. *Los derechos fundamentales, conflictos y soluciones: una trilogía agregada a las relaciones laborales*, p. 8. Derechos humanos laborales en el derecho positivo Uruguayo. [en línea] [consultado en fecha 18-07-2010] Disponible en la worldwide web: <http://www.fider.edu.uy/contenido/r11/contenido/distancia/integracion/modulo-2-ddhh-y-bloque-de-constitucionalidad.pdf>

el constitucionalismo dominicano, a través de la historia, ha reconocido el trabajo como un derecho fundamental, insertándose un catálogo de prerrogativas que estaban reconocidas en los tratados internacionales, así como en el Código de Trabajo a favor los trabajadores, optimizando su reconocimiento y estimulando su desarrollo progresivo, como un derecho social, cuya protección descansa esencialmente en el Estado, para eficientizarlo y permitir mantener esas grandes conquistas para el desarrollo humano.

Desde sus orígenes, la función del derecho del trabajo entraña una labor protectora los trabajadores, que además persigue racionalizar el conflicto entre capital y trabajo para conservar el orden social establecido. Por ello la Constitución siempre ha puesto a cargo del Estado fomentar el trabajo digno y remunerado, y en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en junio de 1998 —organización de la que somos parte desde 1924— se acordó darle forma y contenido al concepto “trabajo decente”, indicando que es “aquel trabajo productivo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”. Además:

Es un concepto que resalta la importancia de que los hombres y las mujeres tengan oportunidades de un trabajo que sea productivo y que les genere un ingreso que les permita vivir con dignidad. El trabajo decente significa que los trabajadores cuenten con protección social que también incluya a sus familias. Esto tiene que ver con el acceso a seguros de salud y a pensiones dignas al momento de la jubilación o en caso de que adquirieran discapacidades por accidentes en el lugar de trabajo. Asimismo, trabajo decente implica que la gente tenga mejores perspectivas de desarrollo e integración a la sociedad, y que cuente con libertad para expresar opiniones, organizarse, dialogar y participar en la toma de decisiones que afectan sus vidas. Todo esto, con igualdad de oportunidad y de trato para las mujeres y para los hombres⁷.

7 Proyecto tendiente a dar a conocer los derechos fundamentales en el trabajo llevado a cabo por la OIT, p. 6.

Visto el trabajo como un deber, en la época actual es una manifestación expresa de las reivindicaciones sociales que han surgido en el transcurso de la historia. Nos apartamos de la antigua visión del trabajo como una obligación cuyo incumplimiento entrañaba sanciones⁸. Hoy en día, la concepción del trabajo como un deber persigue la libertad de toda persona para dedicarse a la labor u ocupación que desea, y se pone a cargo del Estado la obligación de una regulación caracterizada por la protección del trabajador como persona humana, por su evidente debilidad en términos contractuales frente al empleador, generando de este modo una discriminación positiva que se verifica como la espina dorsal de derecho del trabajo, el principio protector, protectorio o desigualdad compensatoria.

Como una garantía constitucional, desde el punto de vista subjetivo, a toda persona le asiste el derecho —como parte de su desarrollo personal— y la facultad de dedicarse al trabajo que más satisfaga sus necesidades personales, y encuentra en el derecho sustantivo que integra el ordenamiento jurídico las garantías de respaldo normativo frente a las distintas situaciones que se presentan. De ahí que el derecho laboral se integra de leyes, reglamentos, decretos, y, como parte de la comunidad internacional, por mandato constitucional nos acogemos a los convenios, tratados y recomendaciones de los órganos internacionales a los que como Estado nos hemos integrado⁹. Por ello, las regulaciones laborales tienen como fundamento esencial generar un equilibrio entre el trabajador y el empleador; ahí se verifica su función social. Resalta Elmer G. Arce Ortiz que más que generar un orden de protección “su función permanente de pacificación y estabilización del orden socio-económico establecido, mediante su adaptación a los cambios sobrevenidos en las bases constitutivas de la sociedad”¹⁰. Sigue apuntando que “en un Estado constitucional y democrático, no puede prevalecer sólo la libertad, sólo la justicia o sólo la igualdad como valores interpretativos de las prescripciones constitucionales, puesto que debe apuntarse a la salvaguardia de todos ellos simultáneamente”.

8 Véase el artículo 269 del Código Penal, que indica: “La ley considera la vagancia como un delito, y la castiga con penas correccionales”.

9 Las leyes 16-92 y 41-08 regulan el derecho del trabajo en el sector privado y público, respectivamente.

10 ARCE ORTIZ, Elmer G. “Función social de derecho del trabajo”, <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/3> p. 74.

En la función social descansan las bases del derecho del trabajo; en busca de la consolidación de los componentes del sistema de producción, los trabajadores —con sus respectivas organizaciones representativas— y el empleador, permite la materialización de un pacífico desarrollo del trabajo asalariado, mediante un sistema normativo con garantías que manifiestan avances frente al desarrollo productivo en el ámbito social¹¹. Según el profesor Palomeque:

La actualización de la función del ordenamiento laboral en territorios fronterizos a su esfera de comportamiento genuina se ha manifestado, así pues, a través de fórmulas técnicas diversas, como son la utilización de un número abierto de relaciones laborales “especiales” o “atípicas”, junto al contrato de trabajo común destinatario del patrón normativo, o, en fin, la “laboralización” parcial —y protección social consiguiente— del trabajo por cuenta propia, independiente o autónomo, o, mejor aún, de determinadas expresiones del mismo —trabajo parasubordinado, económicamente dependiente—¹².

Compartimos el criterio del profesor Palomeque, en el sentido de que la sociedad ha cambiado y las exigencias se transforman. Por ello la función social del derecho del trabajo, en la época actual, debe ser vista tomando en cuenta la finalidad de conseguir una mayor eficiencia en la organización del trabajo, como los procesos de concentración económica de empresas, de fusión e integración de sociedades para hacer frente a las nuevas exigencias de la competitividad internacional¹³.

11 Mediante la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social Para Una Globalización Equitativa, de junio de 2008, se persigue consolidar los principios y derechos fundamentales, resaltando los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación, el diálogo social y la práctica del tripartitos entre los gobiernos y las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores tanto en el plano nacional como en el internacional para fortalecer la cohesión social y el Estado de derecho. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf.

12 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “La función social y las transformaciones del derecho del trabajo”. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/3>.

13 PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39850/1/La%20funcion%20social%20y%20la%20permanencia.pdf>.

Derechos reconocidos

La igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo

Como un derecho fundamental inespecífico¹⁴, de manera transversal, el artículo 39 de la Constitución¹⁵ incide en el ámbito del derecho laboral, reconociendo que todas las personas gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Este concepto se relaciona más, en términos laborales, con la concepción de equidad, que tiene su sustento en el derecho subjetivo —un deber ser—, de mantener un equilibrio social partiendo de lo que es justo para cada persona. “En el ámbito laboral el objetivo de equidad de género suele incorporar medidas diseñadas para compensar las desventajas de las mujeres”¹⁶. Mientras que la igualdad es un concepto relacional, que coloca a dos sujetos, en este caso hombre y mujer, en las mismas condiciones, deberes, derechos y obligaciones. Resalta el principio fundamental X del Código de Trabajo lo siguiente:

La trabajadora tiene los mismos derechos y obligaciones que el trabajador. Las disposiciones especiales previstas en este Código tienen como propósito fundamental la protección de la maternidad, condición biológica de la que solo ha sido dotada la mujer¹⁷.

Como sujetos del contrato de trabajo, el hombre y la mujer tienen las mismas condiciones y oportunidades. En ese sentido, la OIT, para la consecución del trabajo decente, ha impulsado acciones tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, cónsonos con los convenios 100, sobre la igualdad de remuneración, convenio 111, sobre la erradicación de la discriminación en el empleo y el convenio

14 Los derechos fundamentales inespecíficos son aquellos derechos fundamentales que de manera indistinta protegen a todo ser humano, pero de manera transversal son aplicables a los trabajadores; tal es el caso de la dignidad, protección a la vida, protección a la intimidad, entre otros.

15 Además, el texto del artículo 39.4 de la Constitución refuerza este derecho fundamental.

16 Ministerio de Trabajo. “Guía de derechos laborales para la igualdad de oportunidades y la no discriminación” https://mt.gob.do/images/docs/biblioteca/guia_de_derechos_laborales_para_la_igualdad_de_oportunidades_y_la_no_discriminacion.pdf.

17 El artículo 18 del Código de Trabajo contempla que la mujer tiene los mismos derechos que el hombre para contratar.

183 sobre la protección de la maternidad, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 2009. También aprobó la Resolución relativa a la igualdad de Género como eje del trabajo decente, en la que se plantea que “el empleo, la protección social, el diálogo social y el tripartitos y los principios y derechos fundamentales en el trabajo aplicados, entre otros medios, mediante las normas internacionales del trabajo, son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente, y la igualdad de género debe considerarse una cuestión transversal en el marco de esos objetivos”, así como la resolución relativa a la promoción de igualdad de género, remuneración y la protección de la maternidad¹⁸.

Para proteger la maternidad, la legislación prevé un conjunto de descansos en beneficio de la trabajadora¹⁹, siendo el más importante de todos el descanso pre- y posnatal. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a un descanso remunerado en las semanas que preceden y siguen al parto para evitar que se perturbe el curso normal del embarazo, protegiendo la gravidez y al recién nacido.

En torno a la aplicación del principio de igualdad la jurisprudencia apunta que esta no implica solo las mismas condiciones en la ejecución del contrato de trabajo, sino también la misma remuneración, como bien lo dispone el convenio 111 de la OIT y lo ha sostenido nuestra corte de casación²⁰. En definitiva, el numeral 1 de este artículo plantea la aplicación del principio de igualdad con perspectiva de género, a fin de generar las mismas oportunidades a las mujeres, frente a las grandes conquistas que han tenido a través de la historia con relación al hombre en el mercado laboral.

Nadie puede impedir el trabajo de los demás ni obligarles a trabajar contra su voluntad

Tal como se ha detallado, entre las libertades que posee toda persona en el marco de un Estado social y democrático de derechos está la de prestar un servicio remunerado que, dentro del marco normativo, no colida con alguna disposición que lo prohíba, de forma liberal o sujeto a uno de

18 El Convenio 183 de la OIT sobre Protección de la Maternidad fue ratificado por nuestro país en el año 2014

19 Ver las disposiciones de los artículos 232 al 243 del CT.

20 SCJ, 25 de enero de 2006, núm. 41, B. J. 1142, pp. 1107-1118.

los contratos que contempla la legislación actual²¹. En ese sentido, el Código de Trabajo define el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta”. De esta definición se desprenden sus elementos distintivos: prestación de servicio personal, por cuenta ajena —ajenidad—, la remuneración o pago y la subordinación, como elemento de sujeción y dirección. También vemos cómo nuestra ley laboral hace una clasificación de las diferentes modalidades de contratos de trabajo, en una estructura que los divide en, por un lado, los de duración limitada y por otro los de duración ilimitada, que constituyen la regla general, pues existen otros contratos que por sus características son considerados especiales.

La explicación anterior tiene sentido en el ámbito de un análisis del derecho al trabajo como un derecho fundamental, pues en la época actual el derecho al trabajo se ha dimensionado por la expansión de posibilidades que plantea la era digital, por el uso de la tecnología se diversifica su campo de acción y se dan nuevas definiciones a los elementos que constituyen el contrato de trabajo —la subordinación—, lo que hace que surjan nuevas disposiciones normativas que regulen y readecúen la emergentes formas de contratación para que mantenga su esencia, como un derecho fundamental cuya protección esencial descansa en el Estado. Tal es el caso del trabajo en las plataformas digitales, así como el teletrabajo²².

Uno de los grandes retos que plantea del derecho al trabajo actual es determinar si la prestación de servicio a través de las plataformas de trabajo se sujeta a las reglas del derecho laboral subordinado, o si su protección solo alcanza el concepto amplio de trabajar, aun de forma independiente. Cabe destacar que las plataformas digitales “son empresas basadas en internet que intermedian y organizan el trabajo que proporcionan a terceros clientes los trabajadores o las personas que trabajan por cuenta propia. El trabajo puede realizarse en un lugar físico específico de manera presencial (por ejemplo, reparto de alimentos o vehículos con conductor) o en línea

21 El artículo 41 de nuestra carta sustantiva prohíbe la esclavitud.

22 La Comisión Europea, en Bruselas, el 9 de diciembre de 2021. aprobó ante la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo la propuesta sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo digital. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_6606. También en España se aprobó la Ley 12/2021, del 28 de septiembre de 2021, que modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

(por ejemplo, codificación de datos o servicios de traducción)”²³. Las plataformas digitales de trabajo en línea pueden clasificarse en dos grandes categorías: las basadas en la web y las basadas en la ubicación. En la primera los trabajadores llevan a cabo tareas o encargos en línea o a distancia, mientras que en las segundas se realiza de forma personalizada en lugares físicos especificados por los trabajadores, e incluyen los servicios de taxi, reparto y reparaciones a domicilio²⁴. A pesar de que se mantiene la discusión respecto de si estos contratos son independientes o no, la OIT deja claro que determinados principios y derechos fundamentales se aplican a todos los trabajadores, sea cual sea su descripción²⁵.

Por otro lado, frente al derecho al trabajo como un derecho fundamental debemos prestar atención al teletrabajo, por el auge que ha tomado recientemente²⁶; este es definido por la OIT “como el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones –como teléfonos inteligentes, tabletas, computadoras portátiles y de escritorio– para trabajar fuera de las instalaciones del empleador. En otras palabras, el teletrabajo conlleva un trabajo realizado con la ayuda de las TIC, fuera de las instalaciones del empleador²⁷. Esta nueva forma de contratación, aunque plantea una discusión en torno a su condición de dependencia genera discusiones en torno al derecho a la desconexión digital, la jornada de trabajo, regulaciones sobre seguridad social, derecho a la intimidad, entre otros, a fin de dar eficacia a las conquistas que hasta ahora se han alcanzado para la consecución del trabajo decente. En este sentido, la OIT en el año 2020, mejorando lo que había planteado antes, a fin de asegurar el bienestar de los trabajadores, elaboró una guía práctica para el teletrabajo, partiendo de los enfoques relacionados con tiempo y organización de trabajo, gestión del desempeño, digitalización, comunicación, seguridad y salud en el trabajo, consecuen-

23 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_6606.

24 “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”. OIT https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_823119/lang-es/index.htm.

25 Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo 1998 (OIT).

26 La Resolución del Ministerio de Trabajo número 23-2020, del 12 de noviembre de 2020, regula el teletrabajo mediante el uso de herramientas vinculadas a las tecnologías de la información y comunicación, contemplando aspectos tales como el carácter voluntario de esta modalidad de trabajo, la desconexión digital, la seguridad social, la jornada laboral y los mecanismos de control de horario, derecho a la intimidad, entre otros.

27 El teletrabajo conlleva un trabajo realizado con la ayuda de las TIC, fuera de las instalaciones del empleador; no es lo mismo que el trabajo a domicilio regulado por los artículos 266 al 276 del CT.

cias jurídicas y contractuales, formación y, finalmente, el equilibrio entre el trabajo y la vida privada²⁸.

Finalmente, para la materialización efectiva de la libertad al trabajo, la OIT impulsó, en la declaración de los principios fundamentales en el trabajo, la erradicación del trabajo forzoso, sustentada en los Convenios 29 y 105, sobre erradicación del trabajo forzoso y la abolición del trabajo forzoso, respectivamente. En estos se define el trabajo forzoso u obligatorio como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Posteriormente, mediante la recomendación 203 de la OIT²⁹ sobre las medidas complementarias para la supresión efectiva del trabajo forzoso, exhorta a los Estados miembros a adoptar todas las medidas de prevención que incluyan derechos fundamentales en el trabajo.

Los derechos básicos de trabajadores y trabajadoras

El apartado 3 de este artículo de la Constitución dominicana contempla como un derecho fundamental el respeto de los trabajadores a la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, la capacitación profesional, la capacidad física e intelectual, a la intimidad y dignidad personal; de igual manera, otros artículos de nuestra carta sustantiva refieren a derechos que se vinculan con el área laboral, y esencialmente a los básicos que hemos detallado, tales como el derecho de asociación, contemplado en el artículo 47, a la libre empresa, contenida en el artículo 50, a la seguridad social, contenido en el artículo 60, cuyo texto será analizado a profundidad más adelante, por lo que nos limitaremos a hacer unas precisiones.

Seguridad social. En torno al reconocimiento de la seguridad social, Ángel Guillermo Ruiz Moreno³⁰ ha indicado:

La seguridad Social contemporánea de la segunda década del siglo XXI, tiene hoy en día, a lo largo y ancho del planeta, al menos seis características que le distinguen y diferencian de otros sistemas y

28 El teletrabajo durante la pandemia y después https://www.ilo.org/global/publications/WCMS_758007/lang-es/index.htm.

29 Aprobada en la Conferencia Internacional del Trabajo, 11 junio de 2014, Ginebra.

30 Ponencia de Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México) en el Primer Congreso de Derecho Constitucional del Trabajo. Santo Domingo, 2013.

componentes de la protección social genérica, a saber: 1) es un derecho humano; 2) es inalienable; es irrenunciable; 4) es inextinguible; 5) es un servicio público originalmente al cargo de Estado y 6) es un derecho social exigible al propio Estado, así intervengan empresas privadas³¹.

La implementación del Sistema Dominicano de la Seguridad Social, conforme a la estructura que contiene la Ley 87-01, del 10 de mayo de 2001, y sus reglamentos, es un gran avance en términos de protección en la persona del trabajador, porque abarca la protección desde tres aspectos importantes: la salud, los riesgos laborales y las pensiones. Esta afirmación es reforzada por el Tribunal Constitucional, que reconoce como un derecho adquirido irrenunciable el de la pensión³². Además, tiene carácter universal, fundamentado en tres regímenes: el contributivo, contributivo subsidiado y el subsidiado.

La capacitación profesional. Los artículos 46 y 256 del Código de Trabajo contemplan como obligación de los empleadores promover la capacitación profesional de sus trabajadores a través del Infotep. A tal efecto, mediante la Ley 116-80 de enero de 1980, se creó el Instituto Nacional de Formación Técnico Profesional (Infotep), acogiendo el Estado a la recomendación 150 de la OIT adoptada el 23 de junio de 1975, a fin de que sus miembros institucionalicen la formación profesional de sus recursos humanos. Esta ley dispone en su artículo 1 que es objeto del Infotep impartir a los jóvenes y adultos educación para el trabajo utilitario a fin de preparar mano de obra capacitada para satisfacer la necesidad productiva nacional.

31 La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 25 toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, los Estados parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica, y en particular: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación, atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismo. b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos. c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos. La sociedad tiene la obligación de priorizar la prevención y el cuidado de la calidad de vida de los ancianos, manteniendo su autonomía, tan ligada a la dignidad de la persona.

32 Sentencia TC/0375/16 del 11 de agosto de 2016.

Según el artículo 30 del Reglamento 1894, de fecha 11 de agosto del 1980, el Infotep tiene en el plan de formación técnica profesional, programas especiales de atención a quienes la precisen por circunstancias económicas, físicas, psíquicas o sociales particulares de desempleo, reclusos de establecimientos penitenciarios, jóvenes reclusos en centros de readaptación, discapacitados físicos y deficientes mentales. Con esta medida se asegura que toda persona pueda recibir capacitación para insertarse en el mercado laboral, haciendo efectivo el fiel cumplimiento de la Constitución en cuanto a la capacitación profesional de su mano productiva y, más aún, al potencial grupo humano desempleado que puede insertarse en el mercado laboral.

Respeto de la capacidad física e intelectual de los trabajadores

Al abordar la Constitución el tema de la capacidad física e intelectual en el ámbito laboral, se refiere a grupos humanos vulnerables, o sea, el segmento de población entre la que se encuentran las niñas, los niños y jóvenes en situación de calle, los emigrantes, las mujeres violentadas, las personas con discapacidad, los adultos mayores, personas con VIH/SIDA, con preferencia sexual distinta a la heterosexual, con alguna enfermedad mental, con discapacidades motrices, jornaleros agrícolas y las que viven en pobreza extrema, las que por su condición encuentran dificultades para insertarse en el mercado de trabajo, que sufren algún tipo de discriminación y que por su baja productividad están más expuestas a los cambios que se presentan en el mercado de trabajo y presentan escaso acceso a la protección social.

En torno a las personas con VIH/SIDA, la Ley 135-11, de junio de 2011, plantea el marco jurídico para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas que viven con este virus, mediante acciones de carácter integral, intersectorial e interdisciplinario. Esta ley protege a los trabajadores frente al desahucio ejercido por el empleador frente a un trabajador de serología positiva, declarando nulo dicho desahucio, conforme al artículo 8 del indicado texto jurídico. Además, indica que la negativa de un trabajador a someterse a una prueba de VIH no debe ser una causa de despido; conforme a las disposiciones del artículo 85 se sanciona con multas de 25 a 50 salarios mínimos a aquellos empleadores del ámbito privado que exijan

a sus trabajadores la prueba para determinar la presencia de VIH en su cuerpo para optar para o permanecer en su puesto de trabajo, cuyo monto se dispondrá a favor del trabajador. En la Administración pública, el superior que disponga la prueba puede ser demandado en responsabilidad civil.

Algo importante con relación a las personas con VIH/SIDA es preservar su intimidad, bien asociado a la dignidad de las personas como un derecho básico, al indicar el artículo 13 de la Ley 135-11 que las personas con VIH o con SIDA, tienen derecho a la confidencialidad, lo que implica que no están obligadas a informar a su empleador o compañeros de trabajo en torno a su situación de salud; nadie puede comunicar la condición de salud de una persona sin su consentimiento y establece al personal de salud el respeto de su confidencialidad. La corte de casación recriminó cualquier acto discriminatorio y acoso moral horizontal permitido en la empresa cometido contra una persona con VIH³³. Además, en el marco de la Conferencia de la OIT, celebrada en Ginebra en junio de 2010, se aprobó la recomendación 200, que versa sobre el mejor entorno laboral de las personas con VIH/ SIDA, pues esta no es solo una condición de salud, sino que produce también efectos en los ingresos de los trabajadores y en la economía de estos. El contenido de dicha recomendación está dirigido a contrarrestar la desigualdad de oportunidades de empleo e implementar programas que protejan los derechos de estas personas. Supone que el estado serológico de una persona no sea un obstáculo para su contratación, ni para mantener su empleo y menos ser causa de terminación, pues esta condición médica no impide el desarrollo del trabajo.

La importancia de la protección constitucional de los grupos humanos vulnerables radica, según Sara María Lara, en los problemas de inserción laboral a los que estos grupos se enfrentan. En su mayoría están inmersos en la pobreza, dándose un círculo vicioso entre economía informal y pobreza. Romper este círculo y revertir estas tendencias no solamente requiere del crecimiento económico de nuestros países, sino que este debe ser acompañado de políticas macroeconómicas, de empleo y de educación³⁴.

33 SCJ, 31 de marzo del 2015, núm. 37, B. J. 1252, pp. 1361-1362.

34 LARA FLORES, Sara María. *El rostro femenino del mercado de trabajo rural en América Latina*: Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1995. <http://cirma.org.gt/library/index.php?title=29352&lang=&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@field1=encabezamiento@value1=MUJERES%20EN%20LA%20AGRICULTURA%20@mode=advanced&recnum=1&mode=advanced>

Como un paso de avance en la protección a los grupos humanos vulnerables, la legislación plantea la posibilidad del trabajo a distancia, pues mediante Decreto 363-16 para la aplicación de la ley 5-13³⁵, sobre discapacidad en la República Dominicana, en sus artículos 35 y 38 pone a cargo del Ministerio de Trabajo fomentar el teletrabajo o trabajo a distancia como estrategia para impulsar la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral, mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) accesibles. Además, el artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica:

Los Estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás; ello incluye el derecho a tener oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y en un entorno de labores que sean abiertos, inclusive accesibles a las personas con discapacidad durante el empleo.

El trabajo infantil. También las personas menores de edad³⁶ entran dentro de los grupos vulnerables. En ese orden, la declaración de principios fundamentales en el trabajo impulsa la erradicación de toda forma de trabajo infantil, sustentada en los Convenios 138, sobre la Edad Mínima en el Empleo, y 182, sobre la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil, en los cuales se contemplan la abolición de todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud en las personas menores de edad, así como la efectiva abolición del trabajo infantil, la elevación de la edad mínima de admisión al empleo, la cual no será mayor a 15 años; prohíbe el trabajo peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad, para el que no deberá ser inferior a 18 años, así como todo trabajo que perjudique su asistencia a la escuela³⁷. La legislación dominicana también contempla regulaciones sobre la

35 La Ley 5-13 del 16 de enero de 2013, sobre Discapacidad en la República Dominicana, plantea dentro de sus principios: 1) Respeto a la dignidad inherente a la condición humana. 2) No discriminación. 3) Igualdad de derechos. 4) Equidad. 5) Solidaridad. 6) Justicia social. 7) Integración e inclusión. 8) Participación. 9) Accesibilidad.

36 Este derecho fundamental se refuerza con el contenido del artículo 56.1 de la Constitución.

37 Mediante Decreto 144-07, del 24 de marzo de 1997, se creó el Comité Directivo Nacional de Lucha contra el Trabajo Infantil.

edad mínima para el trabajo y las condiciones en las que las personas menores de edad deben prestar servicio³⁸, disposiciones que resumen el principio fundamental XI del Código de Trabajo, al indicar que las personas menores de edad no pueden ser empleados en servicios que no sean apropiados a su edad, estado o condición o que le impidan su instrucción escolar. También el Reglamento para la Aplicación del Código de Trabajo dispone que las personas menores de edad deben ser sometidas a un reconocimiento médico antes de ser incorporadas a un trabajo, y deben contar con una constancia de no objeción emitida por el Ministerio de Trabajo³⁹.

La intimidad y dignidad personal de los trabajadores⁴⁰

De un análisis combinado de los artículos 42 y 44 de la Constitución vemos cómo nuestro máximo instrumento jurídico enarbola el concepto de dignidad e intimidad de las personas, realizándolo como uno de los derechos fundamentales inespecíficos dentro del ámbito laboral, en la persona de los trabajadores. El artículo 42 indica: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia. Tendrá la protección del Estado en casos de amenaza, riesgo o violación de las mismas”. Y en ese mismo tenor dispone el artículo 44 lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la

38 Artículos 17 y del 244-154 del Código de Trabajo, y 3 del Reglamento 258 para la Aplicación del Código de Trabajo.

39 Ver artículos del 52 en adelante del Reglamento 258-93, para la Aplicación de Código de Trabajo.

40 El concepto dignidad humana tiene principal relevancia en el ámbito laboral, pues ha sido recogido en varios textos jurídicos como fundamento de derechos básicos de la persona humana, entre los que podemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en cuyo preámbulo indica: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales inalienables de todos los miembros de la familia humana”. En ese mismo sentido se pronuncia el preámbulo de la Convención Americana de los Derechos Humanos (pacto de San José) al indicar: “Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en el artículo 1 señala que “la dignidad del hombre es inviolable”. La Constitución Española de 1978 contempla en su artículo 10.1 lo siguiente: “La Dignidad de la persona, los derechos individuales que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Finalmente, nuestra carta sustantiva dispone en su artículo 7 lo siguiente: “La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”.

correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley.

La dignidad y la intimidad son conceptos muy relacionados con el honor de las personas, pues es evidentemente que el poder de dirección y control que tiene el empleador implica que este tiene la facultad de tomar medidas que pueden colisionar y violentar tales derechos, tan sensibles en la persona del trabajador, a través del uso de cámaras de seguridad, rastreadores (GPS) y vigilancia de las computadoras otorgadas para la realización del trabajo. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido coherente en delimitar en qué medida una actuación cónsona con el poder de dirección del empleador puede afectar estos derechos fundamentales, indicado que el uso de cámaras de seguridad dentro de la empresa no violenta el derecho a la intimidad como derecho fundamental cuando las imágenes han sido grabadas en lugares públicos, no así en aquellos reservados a su privacidad, como serían los aseos, vestuarios, comedores, etc.⁴¹. En lo referente a los correos institucionales, al ser asignados por la empresa, la dirección de la cuenta le corresponde a esta, por lo que en este caso su revisión no constituye violación a la intimidad⁴², criterio sostenido también por el Tribunal Constitucional⁴³. En torno al valor probatorio del uso de GPS o sistema de posición global, la corte de casación ha sostenido que los tribunales pueden utilizar los medios electrónicos entre las pruebas aportadas en la búsqueda de la verdad material⁴⁴, lo que implicaría, en cierto modo, cuestionarse si esto colide con el derecho al libre tránsito.

En torno a la intervención de las llamadas telefónicas por parte del empleador, ha sostenido la corte de casación:

41 SCJ, 3.ª Sala, 18 de mayo de 2016, núm. 279.

42 SCJ, 13 de diciembre de 2013, núm. 78, B. J. 1237.

43 TC276/19 del 8 de agosto de 2019: “la computadora y el correo institucional revisados por la empresa constituyen herramientas de trabajo, y que los mismos fueron asignados al señor Woo Young Shin para que este realizara sus funciones laborales, por lo cual el empleador mantiene no solo el derecho de propiedad sobre los instrumentos asignados, sino, también, el derecho de supervisar de manera proporcional y razonable el uso dado a estas herramientas para el ejercicio de funciones laborales, en razón del poder de dirección y de *ius variandi* que le reconoce el Código de Trabajo en los artículos 40 y 41.

44 SCJ, 3.ª Sala, 27 de julio de 2016, núm. 386, B. J. 1268.

No le es dable a un empleador intervenir la correspondencia o las conversaciones de sus asalariados sin su permiso expreso de ellos, puesto que de lo contrario estaría invadiendo un terreno que no le pertenece y atentaría contra la intimidad y el honor de las personas⁴⁵.

Siguiendo ese mismo razonamiento, en cuanto al consentimiento expreso, la doctrina sostiene, al igual que la jurisprudencia constitucional internacional⁴⁶, que la instalación de los medios electrónicos como modo de seguimiento y supervisión por parte del empleador debe tener, al menos, la información y consentimiento del trabajador. A decir de Carmen Sáez Lara:

La instalación de este medio de vigilancia a través de captación de imágenes se ha condicionado a una serie de exigencias por su afectación al derecho a la intimidad y al derecho a la protección de datos, pues, como antes se afirmó, en el desarrollo de su actividad profesional los trabajadores desarrollan su vida privada y al incorporarse las imágenes a ficheros resulta aplicable el régimen jurídico del derecho a la protección de datos.

Continúa afirmando, además, que “el consentimiento del afectado es como ya se ha visto el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal”⁴⁷. Además, ese poder de dirección que tiene el empleador no puede superar los límites del objeto de la relación contractual, ya que:

El control del empresario se encuentra condicionado por los propios límites de la relación jurídica de trabajo, de manera que no puede alcanzar más que a los extremos que estén en conexión directa con la misma, lo que impide cualquier fiscalización de la vida

45 SCJ, 4 de diciembre de 2013, núm. 3, B. J. 1237, pp. 597-598, citada por HERRERA CARBUCCIA, Ramón. *Jurisprudencia constitucional en materia laboral de la Suprema Corte de Justicia*: Santo Domingo, Impresora Soto, 2015, p. 349.

46 STEDH, núm. 2017/61, 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu c. Rumanía.

47 SAEZ LARA, Carmen. “Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552393>.

privada del trabajador desvinculada de los aspectos técnico-organizativos del trabajo⁴⁸.

Conforme a las recomendaciones para la protección de datos de los trabajadores de la OIT del 1997⁴⁹, se persigue la protección de la intimidad en la persona de los trabajadores, prohibiendo al empleador divulgar los datos personales, así como la computarización de ciertos datos particularmente delicados, como los de orden médico o psicológico. También se concede a los trabajadores el derecho a rectificación de sus datos personales. Más recientemente, en la Recomendación 206, del 21 de junio de 2019, sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Trabajo, la OIT exhorta a los Estados miembros a establecer en sus respectivas legislaciones los mecanismos para definir el derecho de las personas a la privacidad y la confidencialidad, establecer programas de prevención de la violencia y el acoso, si procede, con objetivos medibles; además, contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación, así como incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, entre otras medidas tendentes a evitar cualquier acto de violencia y acoso.

Para darle forma a la idea de dignidad en el trabajo como un derecho básico del trabajador, el magistrado Herrera Carbuccia, partiendo del concepto italiano, nos indica que *mobbing* o acoso moral son “actos o comportamientos discriminatorios o vejatorios protagonizados en el tiempo, con intencionalidad, llevados a cabo en el ámbito de trabajo dependiente, por parte del empresario, o sus subordinados o bien por parte de otros compañeros y se caracteriza por una persecución o violencia psicológica con fines degradantes, humillantes, aislantes que atentan contra la dignidad, la persona misma del trabajador y la estabilidad laboral”⁵⁰.

Dentro del concepto de dignidad personal debemos tomar en consideración que esto comprende un trato al trabajador que le permita un real desenvolvimiento laboral, de tal modo que pueda manifestar abiertamente sus aptitudes laborales para la ejecución de la labor encomendada, de ahí

48 FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6602402>.

49 Protección de los datos personales de los trabajadores (ilo.org).

50 HERRERA CARBUCCIA, Manuel Ramón. *Estudios de igualdad y diversidad en materia laboral*. San Pedro de Macorís, Impresora Soto Castillo, 2011.

que este derecho abarca la protección no solo por parte del empleador, sino también de aquellas actuaciones que impliquen discriminación o acoso moral de manera horizontal por parte de los compañeros de trabajo, poniendo a cargo del empleador su poder disciplinario⁵¹.

La libertad sindical

El artículo 317 del Código de Trabajo define sindicato como “toda asociación de trabajadores o empleadores constituida, para el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses comunes de sus miembros”. Del mismo modo, la libertad sindical, reconocida esencialmente en los convenios internacionales de la OIT 87, sobre la Libertad Sindical, y 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ha sido considerada como un derecho fundamental, civil y básico, vinculado esencialmente a los derechos humanos, de tal suerte que en el informe de la 81.º Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo de 1994 reconoció oficialmente la relación existente entre las libertades públicas y los derechos sindicales al indicar que la Declaración de Filadelfia de 1944 proclama en el artículo I, literal *b*, que las libertades de expresión y de asociación son esenciales para un progreso constante, refiriéndose en el artículo II *a* a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, derechos de los cuales no queda exenta la libertad sindical, que forma parte de ese conjunto de derechos y está recogida en una serie de instrumentos internacionales que la avalan como tal⁵². Del mismo modo, el artículo 8.1*a* del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que los Estados se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales.

A decir de Lupo Hernández Rueda, los sindicatos deben estar constituidos por los sujetos de los contratos de trabajo, por las características que esta organización reviste:

51 SCJ, 31 de marzo de 2015, pp. 13-14 citada por HERRERA CARBUCCIA, *Jurisprudencia constitucional...*, ob. cit., p. 276.

52 Estudio General. Conferencia Internacional del Trabajo, 81.º Reunión, 1994, informe III (parte B) Ginebra.

Los trabajadores pueden afiliarse, formar sindicatos, establecer sus propios estatutos, elegir sus dirigentes y programar sus planes de acción sindical, incluyendo formar federaciones, confederaciones o alinearse dentro del ámbito de influencia de las súper confederaciones internacionales. Pero, de hecho, es con frecuencia violentado, desconocido por el gobierno, los empleadores y los propios trabajadores...⁵³.

No podemos obviar que el derecho sindical, como derecho humano, incide directamente en el desarrollo colectivo de los demás derechos. En ese sentido, Oscar Ermida Uriarte y Alfredo Villavicencio Ríos han afirmado:

Está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y tampoco es posible el completo ejercicio de estos, sin la vigencia de aquella. En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos, y viceversa⁵⁴.

Un verdadero ejercicio sindical no sería posible si la legislación no contemplara mecanismos para la estabilidad laboral de los trabajadores que como una vocación participan en la actividad sindical. El Código de Trabajo, a partir de los artículos 389 y siguiente, así como el artículo 85 del Reglamento 258-93, sobre la Aplicación del Código de Trabajo, contemplan cuáles trabajadores están protegidos por el fuero sindical, sujetando a los empleadores a un procedimiento regulado en el código para despojar de esa protección a un trabajador, en caso de ejercer el despido. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha indicado que “las causas que puede invocar el empleador para despedir a un trabajador protegido por el fuero sindical son las previstas por el artículo 88 del Código de Trabajo, no las del artículo 394 de dicho Código, ya que estas últimas se refieren al ‘desafuero’ (es decir, las causas invocadas para quitar o privar a un trabajador del fuero sindical)”⁵⁵.

53 HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. *Manual de derecho del trabajo*: 9.ª ed.: Santo Domingo, 2004, p. 475.

54 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, ERMIDA, Oscar. “Sindicatos en libertad sindical” (ADEC-ATC), Lima 2013, p. 26.

55 TC/0023/22, 26 de enero de 2022.

Indica, además, nuestro máximo intérprete de la Constitución, que la libertad sindical debe ser vista desde dos aspectos, el aspecto individual y el aspecto colectivo:

En el aspecto individual, implica el derecho a constituir organizaciones sindicales, el derecho de libre afiliación, desafiación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes (organización), así como al desarrollo de la actividad sindical (actividad). En el aspecto colectivo, abarca la libertad de reglamentación interna, de representación, de federación y de disolución (organización), así como el derecho de los sindicatos a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen en defensa de los intereses de sus afiliados, la autonomía en la gestión y a la no intervención del Estado, salvo el caso de violación de la Constitución o la ley, en las actividades de las organizaciones sindicales⁵⁶.

También indica nuestro Tribunal Constitucional que la libertad sindical no es absoluta, pues debe ser compatible con los principios constitucionales y las leyes, lo que deja claro que el legislador debe regular todo lo relacionado con las asociaciones sindicales.

En cuanto a las organizaciones representativas, ha sido recomendado por el Comité de Libertad Sindical que, si bien es cierto que la Constitución de la OIT, en el párrafo 5 del artículo 3, contempla la distinción de organizaciones profesionales más representativas, no menos cierto es que “el hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87”. El Comité también indicó “que los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o

⁵⁶ TC/0563/15, 4 de diciembre de 2015.

abuso, ni queden librados a la discrecionalidad de los gobiernos”⁵⁷. Visto de este modo, podemos decir que el interés perseguido es abarcar un mayor grupo de trabajadores, en el marco de una negociación colectiva dirigida a cambiar las condiciones de trabajo.

La discriminación en el empleo

La discriminación, según el Convenio 100 de la OIT es definida como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otro motivo especificado por un Estado y que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación”. Es el razonamiento opuesto al derecho a la igualdad, que refiere que toda persona requiere el mismo trato y las mismas condiciones. Este apartado de la Constitución hace una reproducción del principio fundamental VII del Código de Trabajo, que prohíbe todo tipo de discriminación, exclusión o preferencia en el empleo fundamentada en el sexo, edad, raza, color, ascendencia nacional, origen social, opinión política, militancia sindical o creencia religiosa. Cabe resaltar que se contempla una discriminación positiva en aquellos casos que tienen como finalidad la protección a la persona del trabajador, reflejada en el principio protector, que es la base del derecho del trabajo para mantener el equilibrio social.

La Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 contempla el principio relativo a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, que se sustenta en los Convenios 100 y 111 de la OIT, sobre Igualdad de Remuneración y la no Discriminación en el Empleo u Ocupación, garantizando eliminar cualquier discriminación, así como la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre los hombres y las mujeres por un trabajo de igual valor, además de adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que este entrañe⁵⁸.

57 Comité de Libertad Sindical OIT, recopilación de 1996, párrafo 309; 332.º informe, caso núm. 2216 entre otros.

58 Tomado del material educativo “Conocer los Derechos Fundamentales en el Trabajo” publicado por la OIT, Costa Rica, 2009.

La Constitución persigue un trato igualitario para toda persona que presta un servicio subordinado, sin más distinciones que las que se derivan de las capacidades para el empleo y aquellas que tienen como objetivo proteger la persona del trabajador para generar un equilibrio. Al respecto, el profesor Iván Mirabal indica:

La igualdad entre los ciudadanos debe estar referida a la paridad de trato, entendiendo que las personas por naturaleza son desiguales y diversas pues, imposible es, que el fundamento de la igualdad sea el igualitarismo. El igualitarismo es una caricatura de la igualdad. Todos evidentemente no somos iguales, como podría pretenderlo el igualitarismo. La diversidad en la unidad admite a todos, con igualdad de oportunidades en un mismo plano sin invadir su libertad. Por ejemplo, todos los dedos de una mano son distintos, tienen su propia función, ninguno interviene contra el otro, aunque si colaboran entre sí para ejercitar una mejor función de la mano y al final todos son igualmente dedos, ello representa la diversidad en la unidad. Lo mismo ocurre con una Sociedad y sus miembros. Lo mismo ocurre con el trabajo y las relaciones laborales⁵⁹.

Derecho a la huelga y al paro

La corte de casación ha definido el conflicto de trabajo o laboral como “la controversia de cualquier clase que nazca de una relación de trabajo del derecho laboral, o sea, toda contienda, pugna o choque con motivo o en ocasión de una relación laboral sujeta al derecho del trabajo”⁶⁰. En ese orden, la legislación hace acopio del mandato constitucional y ha contemplado un procedimiento para la solución de los conflictos económicos en procura de mejores condiciones de trabajo —surgidos como consecuencia de la huelga o el paro—, conceptos estos que el Código de Trabajo define, en sus artículos 401 y 413, respectivamente, el primero como “la suspensión voluntaria del trabajo concertada y realizada colectivamente por los

⁵⁹ MIRABAL RONDÓN, Iván, ob. cit., pp. 31-67.

⁶⁰ SCJ, 27 de mayo de 2015, B. J. 1254, citada por HERRERA CARBUCCIA, *Jurisprudencia constitucional...*, ob. cit., p. 284.

trabajadores en defensa de sus intereses comunes”, mientras que el paro es la suspensión voluntaria del trabajo por uno o más empleadores en defensa de sus intereses.

Se hace preciso resaltar que la OIT, respecto a la huelga, en la Conferencia de Libertad Sindical señaló lo siguiente: “Al ser la conservación del vínculo laboral una consecuencia normal del reconocimiento del derecho de huelga, del ejercicio de este derecho no debería derivarse el despido o discriminaciones en contra de los huelguistas”⁶¹.

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical indicó que “el derecho de huelga es un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales. Es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87 y constituye uno de los medios esenciales de que disponen las organizaciones de trabajadores para promover y defender sus intereses profesionales”⁶². También estimó el Comité que “la imposición de sanciones a sindicatos por haber organizado una huelga legítima constituye una grave violación de los principios de la libertad sindical”. De la misma manera, “el despido de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituye una grave discriminación en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio núm. 98”⁶³.

Para garantizar el orden social, la huelga debe ser realizada de conformidad con la ley⁶⁴ y sin afectar los servicios esenciales⁶⁵, frente a lo cual el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la huelga no es absoluto, pues debe realizarse con apego a la ley y en respecto del orden público: “... el derecho a la huelga no constituye un derecho absoluto. Así que su ejercicio está supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones, recaudos y límites que procuran evitar que la paralización de actividades “perturben o amenacen el orden público, la seguridad del Estado, el funcionamiento regular de los servicios públicos o de utilidad pública, o

61 Conferencia de libertad sindical: “Seminario Sobre Análisis, Interpretación y Aplicación De Los Convenios Internacionales Del Trabajo”. Lima, 17 y 18 de septiembre del 2002.

62 Comité de Libertad Sindical OIT, 1996, párrafos 474 y 475 y, informe, caso núm. 1809, párrafo 381; entre otros, Comité de Libertad Sindical OIT.

63 Comité de Libertad Sindical OIT, recopilación 1996, párrafos 590 y, 591; 302. informe, caso núm. 1849, entre otros.

64 Artículos 407 y siguientes del Código de Trabajo establecen el procedimiento para la huelga y el paro.

65 Los artículos 403 y 404 identifican los servicios esenciales.

impidan el desenvolvimiento de las actividades económicas⁶⁶. Este criterio ha sido sostenido antes por la corte de casación, al indicar que los servicios esenciales son aquellos que ponen en riesgo la vida de las personas⁶⁷.

Los procedimientos para la solución de los conflictos económicos suscitados en ocasión de paros o huelga requieren una mínima intervención estatal; estos son el avenimiento directo, la mediación y el arbitraje. El profesor Rafael Alburquerque los define así:

El avenimiento directo y la mediación son medios autónomos de solución del conflicto de trabajo, pues se deja a la voluntad de las partes resolver sus diferencias: en el primero, ambos contendientes intentaran ponerse de acuerdo, en cambio, en la segunda, intervendrá un tercero, quien ofrece y sugiere posibles soluciones, pero no decide la pugna, la cual debe ser resuelta por las partes en disputa. Respecto del arbitraje, sea este voluntario u obligatorio, debe ser considerado como un medio heterogéneo de solución, pues la decisión final no proviene de las partes sino de un tercero ajeno y distinto a aquellas⁶⁸.

Medidas mínimas e indispensables del contrato de trabajo

El constituyente dominicano ha previsto asegurar como una garantía constitucional el bienestar de los trabajadores; en este sentido, cabe señalar que acorde con los lineamientos de la OIT nuestra ley adjetiva dispone regulaciones sobre jornadas de trabajos ordinarias y especiales⁶⁹; también, nuestro país ratificó en el año 1932 el Convenio 1 de la referida organización, disponiéndose, desde ese entonces, la jornada ordinaria de ocho horas diarias y 44 a la semana⁷⁰.

66 TC/0064/19, 13 de mayo de 2019.

67 SCJ, 27 de mayo de 2015, pp. 13-14, citada por HERRERA CARBUCCIA, *Jurisprudencia constitucional...*, ob. cit., p. 285.

68 ALBURQUERQUE, Rafael. *Derecho del trabajo, tomo III. Los conflictos de trabajo y su solución*: Santo Domingo, Editora Lozano, 1999, p. 311.

69 Artículos 146 y sig. del Código de Trabajo, artículos 25, 26 del Reglamento 258-93 del 1 de octubre de 1993, para la aplicación del Código de Trabajo, Resoluciones 2 y 4-93 del 13 de enero de 1993 del Ministerio de Trabajo, sobre los trabajos peligrosos e insalubres y sobre trabajos intermitentes, respectivamente; Convenio 171 de la OIT del 26 de junio de 1990 sobre trabajo nocturno.

70 Convenio 1 de la OIT del 28 de noviembre 1919 y ratificado por nuestro país en 1932.

El carácter humano del derecho laboral implica que este contiene disposiciones relativas al descanso que requiere toda persona para renovar sus energías y así mostrarse más productivo. Por ello, la legislación dominicana, en consonancia con el Convenio 106 de la OIT, ha previsto un descanso a la semana de 36 horas ininterrumpidas⁷¹, y dispone, además, que los días declarados no laborables por la Constitución⁷² serán remunerados al trabajador.

El salario, como componente del contrato de trabajo con carácter alimentario, de orden público, está provisto de todas las garantías constitucionales a fin de hacer efectivo su cumplimiento en la forma establecida por la norma. En ese sentido, el Ministerio de Trabajo, a través del Comité Nacional de Salarios⁷³, órgano tripartito, o sea, compuesto con la representación de empleadores, trabajadores y el Estado como ente mediador, es el encargado de establecer las tarifas de salarios mínimos que deben pagar los empleadores del sector privado, partiendo esencialmente de dos criterios: primero, la actividad económica a regir; segundo, del capital económico que posea la empresa. El salario mínimo es una garantía de que el trabajador no recibirá un importe inferior al que se haya determinado en el ámbito de una concertación representativa⁷⁴.

En otro orden, este apartado reconoce la protección del disfrute de las vacaciones⁷⁵, que constituye un descanso remunerado en provecho de todo trabajador, después de un año de trabajo continuo se servicio, para recargar las energías y revitalizarse⁷⁶. La ley dispone reglas claras en cuanto a las vacaciones: 1) descanso remunerado; 2) obligatoria y no puede ser compensada; 3) no puede ser disminuida por ausencia del trabajador; 4) debe ser programada, indicando fecha de inicio y fin; 4) el pago del salario debe realizarse antes de su disfrute⁷⁷ y 5) se garantiza la estabilidad en el

71 Art. 163 del CT.

72 Artículo 35 de la Constitución.

73 Artículos 452 y siguientes del Código de Trabajo y el Decreto 512-97 del 10 de diciembre de 1997, que regulan el funcionamiento del Comité Nacional de Salarios.

74 El artículo 193 del Código de Trabajo prohíbe pagar un importe inferior al mínimo establecido.

75 En el año 1956, el Estado dominicano ratificó el Convenio 52 de la OIT del 24 de junio de 1936 sobre Vacaciones Anuales Pagadas.

76 Así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia en sentencia del 31 de mayo de 2017, reconociendo las vacaciones como un derecho constitucional y básico.

77 Las disposiciones sobre las vacaciones están contenidas en los artículos 177 y siguientes del Código de Trabajo, así como 27, 30 y 31 del Reglamento 258-93 del 1 de octubre de 1993, para la aplicación del Código de Trabajo.

trabajo mientras se disfruta, tiempo durante el cual se prohíbe el desahucio por parte del empleador.

Como parte de los beneficios a cargo de los empleadores que contempla la legislación interna a los trabajadores sujetos a contratos de trabajo cuya modalidad es por tiempo indefinido, está la distribución del 10 % de los beneficios de la empresa⁷⁸, hoy reconocido constitucionalmente, a ser pagado entre los 90 y 120 días después del cierre fiscal⁷⁹, condicionado a que la empresa haya reflejado ganancias, conforme a la declaración jurada presentada ante la Dirección General de Impuestos Internos. Aunque hay que destacar que por características propias que determina la ley ciertas empresas están exentas de pagar este beneficio, tales como 1) las empresas agrícolas, agrícola-industriales, industriales, forestales y mineras durante sus primeros tres años de operaciones, salvo convención en contrario; 2) las empresas agrícolas cuyo capital no exceda de un millón de pesos; y 3) las empresas de zonas francas. La jurisprudencia también ha reconocido que ciertas entidades, por su naturaleza, están exentas del pago de las utilidades, como son las instituciones sin fines de lucro⁸⁰, así como las entidades autónomas del Estado a las que se les aplica la legislación laboral⁸¹.

También la Constitución persigue proteger la prestación del servicio subordinado a domicilio⁸², definido como aquel que ejecutan los trabajadores —a cuenta ajena— donde viven⁸³, así como en un local distinto al establecimiento de la empresa⁸⁴. La legislación pone a cargo del empleador el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como poseer un permiso especial otorgado por el Ministerio de Trabajo, así como garantizar que los trabajadores disfruten los mismos derechos laborales que aquellos que prestan servicio dentro de la empresa.

78 Artículos 223 y sig. del Código de Trabajo; 32 y 38 del Reglamento 258-93 para la aplicación del Código de Trabajo.

79 El art. 300 de la Ley 11-92, Código Tributario, contempla cuatro fechas: 31 diciembre, 31 de marzo, 30 de junio y 30 de septiembre.

80 SCJ, 23 de julio de 2014, núm. 70, B. J. 1244, pp. 2026-2027.

81 SCJ, 1 de junio de 2016, Respecto del Banco Agrícola.

82 El trabajo a domicilio está regulado por los artículos 266 y siguientes del Código de Trabajo, así como 58 y siguientes del Reglamento 258-93 para la aplicación del Código de Trabajo.

83 Mediante las disposiciones relativas al trabajo a domicilio se resalta la importancia del taller familiar, que es la prestación de servicio para un mismo empleador por varios miembros de la familia.

84 El trabajo a domicilio se diferencia del teletrabajo en que este no se sustenta en el uso de las TIC.

La seguridad, salubridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados⁸⁵

Por ser un derecho que está vinculado a la vida, la obligación por parte del empleador de garantizar las medidas necesarias para preservar la salud de los trabajadores reviste una significativa importancia. Por eso la legislación laboral dispone la obligación de reconocimientos médicos periódicos⁸⁶ y la facultad del trabajador para poner término al contrato de trabajo por dimisión al estar expuesto a una enfermedad contagiosa de su empleador⁸⁷.

Constituye una obligación del trabajador someterse a reconocimiento médico a petición del empleador, sin que le sea dada la facultad de negarse de forma deliberada, pues el Tribunal Constitucional, haciendo un test de razonabilidad indicó, al respecto, lo siguiente:

En cuanto al análisis del fin buscado por la norma es preciso destacar que el trabajo implica un factor de riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores, toda vez que constituye un proceso de transformación de bienes y servicios a través de una interacción humana en un contexto que, ya sea directa o indirectamente, puede incidir en su salud física y mental. La prevención de riesgos labo-

85 Son muchos los convenios internacionales que tocan, en cierto modo, los derechos a la salud y seguridad en el trabajo, relacionados esencialmente a la dignidad del trabajo. Encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 numeral 3, letra b), y protegido en los siguientes convenios de la OIT: Convenio 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981; Convenio 170 sobre Seguridad en la Utilización de Productos Químicos en el Trabajo, 1990; Convenio 161 sobre los Servicios de Salud en el Trabajo, 1985; Convenio 187 sobre Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2006; Convenio 170 sobre Productos Químicos, los cuales disponen que los Estados miembros deben respetar el derecho de los trabajadores a la salud y seguridad social. El convenio 155 de la OIT, en su artículo 5 dispone: "Se deberá tomar en cuenta en la medida en que afecten la seguridad y salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo... la utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo,...herramientas, maquinaria y equipo; sustancias y agentes químicos, biológicos y físicos; operaciones y procesos; relaciones existentes entre los componentes materiales del trabajo y las personas que lo ejecutan o supervisan... formación, necesaria, calificaciones y motivación de las personas que intervienen, de una forma u otra, para que se alcancen niveles adecuados de seguridad e higiene...". Por su parte el Convenio 170, antes indicado, dispone en su artículo 13.1: "Los empleadores deberán evaluar los riesgos dimanantes de la utilización de productos químicos en el trabajo, y asegurar la protección de los trabajadores contra tales riesgos por los medios apropiados, e) adoptando medidas adecuadas de higiene del trabajo; f)... facilitando, sin costo para el trabajador, equipos de protección personal y ropas protectoras, asegurando el adecuado mantenimiento y velando por la utilización de dichos medios de protección. 2. Los empleadores deberán: (a) limitar la exposición a los productos químicos peligrosos para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores". De donde se desprende que los trabajadores tienen derecho a saber cuáles son los componentes químicos de los productos utilizados por la empresa y si estos productos han sido la causa de la intoxicación de varios de sus compañeros de labores, de manera que la exigencia de los trabajadores a la empresa para que le entregaran guantes, zapatos de trabajo, protectores bucales y auditivos era un reclamo justo reforzado, además, por el artículo 16 del citado convenio.

86 Ver artículo 44.1 del Código de Trabajo.

87 Ver artículo 97.10 del Código de Trabajo.

rales es un elemento esencial en la organización de una empresa, que comprende un conjunto de medidas encaminadas a preservar la seguridad y salud de los trabajadores ante riesgos por los que se puedan ver afectados en el ejercicio de trabajo. De ahí que la citada disposición persigue un fin constitucionalmente válido encaminado a la conservación de la vida, integridad física y salud pública de los trabajadores, que tanto el Estado como los particulares —en este caso los empleadores— están obligados a velar por su conservación y restablecimiento⁸⁸.

En otro orden, también el Decreto núm. 522-06, del 17 de octubre de 2006, que establece el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, que en su artículo 7.14 pone a cargo del empleador, al menos una vez al año, garantizar a los trabajadores a su servicio un chequeo periódico de su estado de su salud, en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Derecho a un salario justo

El salario es la retribución que el trabajador recibe como compensación por el servicio subordinado⁸⁹, el cual, a decir de Francisco Cabrera Mata⁹⁰, “con la abolición de la esclavitud la persona que presta servicio bajo la subordinación de otro, cuenta con toda la prerrogativa no solo de exigir que la labor sea realizada en condiciones que no reduzcan su dignidad humana, sino también de percibir una contraprestación por el servicio brindado, lo que nos coloca ante lo que hemos denominado el Derecho al Salario”. Esa prerrogativa se manifiesta como crédito que nace periódicamente, cuyo pago es exigible y el Estado queda compelido a tutelarlos en la dimensión que demandan los derechos inherentes a los humanos.

La protección al salario es amplia, de tal suerte que desconocer el derecho al salario en perjuicio de su titular le genera la prerrogativa de ejercer acciones laborales tendentes a obtener su cobro, así como el derecho a la dimisión, también conforme el artículo 720 del Código Laboral, que lo tipifica como una falta grave.

88 TC/0563/15, 4 de diciembre de 2015.

89 El artículo 192 del Código de Trabajo define el salario.

90 Ponencia de Francisco Cabrera Mata en el Primer Congreso Constitucional del Trabajo, Santo Domingo, 2013.

A decir de Alberto Arufe, el salario goza de medidas de protección frente al empleador y a los terceros, al tiempo que como crédito está blindado por un superprivilegio, por ser un asunto derivado de la razón de ser del derecho del trabajo:

Dado que el trabajador vive de su trabajo, resulta lógico que el ET contenga reglas de la protección del salario orientadas a garantizar la protección del mismo por el trabajador. Estas reglas protegen el salario no solo frente a deudas que hayan podido contraer el trabajador, sino también frente a deudas que hay podido contraer su empresario⁹¹.

Entre de las garantías que contempla nuestra legislación respecto al salario están las siguientes:

- a) El empleador debe pagar salario cuando el trabajador no preste servicio por una causa inherente a su empleador.
- b) Obligación de pagar salario personalmente al trabajador o a la persona que este designe⁹².
- c) El pago del salario está sujeto a fechas específicas y deducciones estrictamente dispuestas en la ley.
- d) El salario no puede ser objeto de cesión y goza de todo privilegio sobre los bienes del empleador, con excepción de los que corresponden al Estado, al Distrito Nacional y a los municipios.
- e) El salario es inembargable, salvo en caso de pensión alimenticia.

El salario, por su carácter alimentario, tiene una protección especial por parte del Estado, contenida constitucionalmente, de tal suerte que no puede ser limitado y cuenta con todas las garantías jurídicas en el ámbito nacional e internacional.

91 ARUFE VARELA, Alberto. *Derecho del trabajo*: Madrid, p. 215.

92 Aunque la Corte de Casación ha establecido como válido el pago del salario a través de transferencias bancarias. SCJ, 7 de marzo de 2012, núm. 27, B. J. 1216.

La nacionalización del trabajo

Las disposiciones de los artículos desde el 135 hasta 145 del Código de Trabajo regulan lo concerniente a la participación de los dominicanos y extranjeros en el mercado laboral, enfocándose en cinco aspectos importantes: 1) el número de trabajadores nacionales y extranjeros —un 80% dominicanos y 20% extranjeros—; 2) el salario —el total en la empresa debe ser equivalente al 80% para los dominicanos, siempre que no ocupen cargo de gerencia—; 3) las excepciones con relación al número de extranjeros, como son los trabajadores que ocupan cargos de dirección, los técnicos, los que integren talleres de familia y los casados con dominicanos con cierto tiempo; 4) la determinación de los cargos en las empresas, para no desplazar a los dominicanos, y 5) el orden que debe seguirse en caso de reducción de personal.

En un trabajo realizado por la OIT, en colaboración con el Instituto Nacional de Migración de la República Dominicana⁹³, se determinó, en torno al mercado laboral y participación de población migrante, que la mayor participación está en los nacionales haitianos, frente a personas de otros países:

El total de población haitiana se calcula en 290.926 personas (78.22%) o 210.811 personas la PEA. La tasa de ocupación es de 94.36% y el 20.79% participa en la economía formal, mientras que el 79.41% lo hacen en la economía informal. El desempleo ampliado es de 5.64%.

Estos datos definitivamente repercuten al momento de determinar la participación de nacionales dominicanos y extranjeros en el empleo, ya que en el trabajo informal no hay datos precisos para comprobar los indicadores del porcentaje que establece la legislación dominicana, en cuanto a la mano de obra nacional y extranjera, para garantizar un mayor desarrollo económico nacional.

93 Gobernanza de la migración laboral en la República Dominicana. OIT [en línea], https://inm.gob.do/transparencia/phocadownload/Publicaciones/Gobernanza%202%20migracion%20laboral_6x9_INM%20OIT_WEB.pdf,

COMENTARIO AL ARTÍCULO 63

POR NEWTON PÉREZ

Artículo 63.- Derecho a la educación. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. En consecuencia:

- 1) La educación tiene por objeto la formación integral del ser humano a lo largo de toda su vida y debe orientarse hacia el desarrollo de su potencial creativo y de sus valores éticos. Busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura;
- 2) La familia es responsable de la educación de sus integrantes y tiene derecho a escoger el tipo de educación de sus hijos menores;
- 3) El Estado garantiza la educación pública gratuita y la declara obligatoria en el nivel inicial, básico y medio. La oferta para el nivel inicial será definida en la ley. La educación superior en el sistema público será financiada por el Estado, garantizando una distribución de los recursos proporcional a la oferta educativa de las regiones, de conformidad con lo que establezca la ley;
- 4) El Estado velará por la gratuidad y la calidad de la educación general, el cumplimiento de sus fines y la formación moral, intelectual y física del educando. Tiene la obligación de ofertar el número de horas lectivas que aseguren el logro de los objetivos educacionales;
- 5) El Estado reconoce el ejercicio de la carrera docente como fundamental para el pleno desarrollo de la educación y de la Nación dominicana y, por consiguiente, es su obligación propender a la profesionalización, a la estabilidad y dignificación de los y las docentes;

- 6) Son obligaciones del Estado la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con necesidades especiales y con capacidades excepcionales;
- 7) El Estado debe velar por la calidad de la educación superior y financiará los centros y universidades públicas, de conformidad con lo que establezca la ley. Garantizará la autonomía universitaria y la libertad de cátedra;
- 8) Las universidades escogerán sus directivas y se regirán por sus propios estatutos, de conformidad con la ley;
- 9) El Estado definirá políticas para promover e incentivar la investigación, la ciencia, la tecnología y la innovación que favorezcan el desarrollo sostenible, el bienestar humano, la competitividad, el fortalecimiento institucional y la preservación del medio ambiente. Se apoyará a las empresas e instituciones privadas que inviertan a esos fines;
- 10) La inversión del Estado en la educación, la ciencia y la tecnología deberá ser creciente y sostenida, en correspondencia con los niveles de desempeño macroeconómico del país. La ley consignará los montos mínimos y los porcentajes correspondientes a dicha inversión. En ningún caso se podrá hacer transferencias de fondos consignados a financiar el desarrollo de estas áreas;
- 11) Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantiza servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos incorporarán el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley;
- 12) El Estado garantiza la libertad de enseñanza, reconoce la iniciativa privada en la creación de instituciones y servicios de educación y estimula el desarrollo de la ciencia y la tecnología, de acuerdo con la ley;

13) Con la finalidad de formar ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes, en todas las instituciones de educación pública y privada, serán obligatorias la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica.

Comentario

El derecho a la educación

El derecho a la educación es un derecho fundamental de todo ciudadano que tiene como objeto el pleno desarrollo de sus capacidades intelectuales y sociales, es decir, es un derecho indispensable para el desarrollo pleno de la persona. El Estado tiene la obligación de garantizar el libre acceso y la calidad educativa necesaria para cada ciudadano, sin discriminación y de forma gratuita, a través del sistema educativo nacional.

El derecho-deber de la educación es un derecho integral o global. Vivimos en una época de globalización, con una interdependencia internacional por medio de las redes sociales (Facebook, Youtube, Instagram, TikTok, LinkedIn, Twitter, etc), por lo que al referirnos a la educación tenemos que hacerlo desde una perspectiva global, marcada por una realidad de los avances tecnológicos y de la comunicación virtual. El mundo precisará cada vez más una educación para formar ciudadanos abiertos a las diferentes culturas, con alto nivel de autocritica, iniciativa y originalidad, para adaptarse con rapidez al cambio permanente.

La educación es un derecho humano fundamental consagrado en la Constitución de la República Dominicana como corresponsabilidad del Estado, de la familia y de las personas.

El Pacto Nacional para la Reforma Educativa en la República Dominicana establece en su punto 1, numeral 1, lo siguiente:

La educación es el medio más idóneo para la cohesión social de la Nación dominicana, por lo cual estamos dispuestos a poner el

interés colectivo supremo por encima de los intereses individuales y sectoriales, a fin de garantizar el derecho fundamental de todos los niños, niñas, jóvenes y adultos a recibir una educación de calidad, conforme a lo consagrado en la Constitución de la República Dominicana.

En nuestra legislación, el artículo 4 de la Ley 66-97, General de Educación, establece lo siguiente:

Art. 4.- La educación dominicana se fundamenta en los siguientes principios:

- a) La educación es un derecho permanente e irrenunciable del ser humano. Para hacer efectivo su cumplimiento, cada persona tiene derecho a una educación integral que le permita el desarrollo de su propia individualidad y la realización de una actividad socialmente útil; adecuada a su vocación y dentro de las exigencias del interés nacional o local, sin ningún tipo de discriminación por razón de raza, de sexo, de credo, de Posición económica y social o de cualquiera otra naturaleza;
- b) Toda persona tiene derecho a participar de la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) La educación estará basada en el respeto a la vida, el respeto a los derechos fundamentales de la persona, al principio de convivencia democrática y a la búsqueda de la verdad y la solidaridad;
- d) La educación dominicana se nutre de la cultura nacional y de los más altos valores de la humanidad y está a su servicio para enriquecerlos;
- e) Todo el sistema educativo dominicano se fundamenta en los principios cristianos evidenciados por el libro del Evangelio que aparece en el Escudo Nacional y en la letra “Dios, Patria y Libertad”;
- f) El patrimonio histórico, cultural, científico y tecnológico universal, y el propio del país, son fundamentos de la educación nacional;
- g) La familia, primera responsable de la educación de sus hijos, tiene el deber y el derecho de educarlos. Libremente, decidirá el tipo y la forma de educación que desea para sus hijos;

h) La educación, como medio del desarrollo individual y factor primordial del desarrollo social, es un servicio de interés público nacional, por lo que es una responsabilidad de todos. El Estado tiene el deber y la obligación de brindar igualdad de oportunidad de educación en cantidad y calidad, pudiendo ser ofrecida por entidades gubernamentales y no gubernamentales, con sujeción a los principios y normas establecidas en la presente ley;

i) La educación dominicana se fundamenta en los valores cristianos, éticos, estéticos, comunitarios, patrióticos, participativos y democráticos en la perspectiva de armonizar las necesidades colectivas con las individuales;

j) Es obligación del Estado, para hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades educativas para todas las personas, promover políticas y proveer los medios necesarios al desarrollo de la vida educativa, a través de apoyos de tipo social, económico y cultural a la familia y al educando, especialmente de proporcionar a los educandos las ayudas necesarias para superar las carencias de tipo familiar y socioeconómico;

k) La libertad de educación es un principio fundamental del sistema educativo dominicano, de conformidad con las prescripciones de la Constitución;

l) Los gastos en educación constituyen una inversión de interés social del Estado;

ll) La nutrición y la salud en general son determinantes básicos para el rendimiento escolar, por lo que el Estado fomentará la elevación de las mismas;

m) Los estudiantes tienen derecho a recibir una educación apropiada y gratuita, incluyendo a los superdotados, a los afectados físicos y a los alumnos con problemas de aprendizaje, los cuales deberán recibir una educación especial;

n) La educación utilizará el saber popular como una fuente de aprendizaje y como vehículo para la formación de acciones organizativas, educativas y sociales, y lo articulará con el saber científico y tecnológico para producir una cultura apropiada al desarrollo a escala humana. El eje para elaboración de estrategias, políticas,

planes, programas y proyectos en el área educativa será la comunidad y su desarrollo;

ñ) El sistema educativo tiene como principio básico la educación permanente. A tal efecto, el sistema fomentará en los alumnos desde su más temprana edad el aprender por sí mismos y facilitará también la incorporación del adulto a distintas formas de aprendizaje.

La educación es un derecho inherente a todo ser humano; esta le permite a cada individuo el desarrollo pleno para interactuar en sociedad. Esto significa que cada persona tiene derecho a una educación digna, para adquirir la capacidad de realizar una actividad socialmente útil y contribuir al desarrollo del país, por lo tanto le corresponde al Estado garantizar el acceso y la calidad educativa necesaria sin discriminación y de forma gratuita, a través del sistema educativo diseñado para esos fines. En este sentido, el artículo 75, numeral 8, de la Constitución de la República establece lo siguiente:

Deberes fundamentales. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: Numeral 8: “Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, la educación obligatoria.

Por tanto, constituye una obligación en primer lugar de los padres, como primeros educadores, de suministrar la educación necesaria a los niños, la cual se fortalecerá por medio de la ayuda de los maestros de las escuelas, y le corresponde al Estado garantizar la educación pública-gratuita a todos los habitantes del país y garantizar la libertad de educación como un principio fundamental del sistema educativo dominicano.

Responsabilidad de la familia en la educación

Todo niño tiene derecho a ser educado, en todos los ámbitos que integran su personalidad, para alcanzar el pleno desarrollo de sus capacidades

físicas, intelectuales y sociales. La educación y cuidado de los hijos es un deber que le corresponde a los padres, es un derecho que tiene su origen en la ley natural de que quien engendra a un hijo tiene la responsabilidad de su cuidado y educación mientras no desarrolle una edad que le permita su autonomía, es decir, que los padres, como han engendrado a sus hijos, son los directos responsables y tienen, frente a ellos, el deber de cuidarlos y educarlos, directamente o dirigiendo la educación de sus hijos con la ayuda de la escuela. Este es un derecho que tiene como titular a los padres, es un derecho *erga omnes*, por lo que los padres, ante el resto de la sociedad, actúan con un derecho propio. Los padres son los primeros educadores. Pero, para cumplir con su deber, pueden acudir a quienes los ayuden en esa tarea, que en la especie son los maestros y las escuelas, los cuales cumplen una función fundamental en la educación de los niños, pero que tiene que estar coordinada con la de los padres. Conforme a lo establecido por el principio VIII de la Ley 136-03, Código para el Sistema de protección de los Derechos Fundamentales de niños, niñas y adolescentes en la República Dominicana:

La familia es responsable, en primer término, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes, el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales, en lo que respecta al cuidado, desarrollo, educación y protección integral de sus hijos e hijas.

Este principio tiene su justificación en los pactos y convenios de los cuales nuestro país es signatario, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual señala, en su artículo 26, inciso 3.º, que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 12, inciso 4.º lo siguiente: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la ONU, en su artículo 18.4, establece:

Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 5 lo siguiente:

Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o (...) de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

En síntesis, los padres tienen derecho a escoger, para la “enseñanza” de sus hijos, los maestros o instituciones de su elección.

El Estado como garante de la educación

El Estado regula el alcance del derecho a la educación mediante una legislación positiva (Ley 66-97, Ley General de Educación), y fija cuál es el nivel de educación mínima que exige la sociedad para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos como sujetos libres en una sociedad democrática. El Estado garantiza la educación pública-gratuita a todos los habitantes del país y garantiza la libertad de educación como un principio fundamental del sistema educativo dominicano, conforme a lo establecido por la Constitución. El Estado garantiza el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos, y exigir y garantizar un determinado nivel de enseñanza; la función original del Estado en la educación se limita a garantizar ese deber, así como también tiene el deber de garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Por lo tanto, los centros de enseñanza también tienen la función de transmitir ciertos valores, fundamentados en los principios cristianos según evidencia el libro del Evangelio que aparece en el escudo nacional, lo que forma parte de esas condiciones para el pleno desarrollo de todos los

miembros de la sociedad, que consiste en el bien común o fin del Estado. El Estado debe garantizar la calidad de la educación de manera equitativa; en tal virtud, le corresponde regular las horas lectivas y elaborar el programa correspondiente, el cual deberá ser cumplido por los educadores.

El Estado tiene la responsabilidad ineludible de crear las condiciones que sean necesarias para la formación de los estudiantes, tomando en consideración sus necesidades, a fin de que estos desarrollen sus aptitudes para que puedan insertarse en el mundo laboral. Pero esta educación no solo se refiere a lo académico, también se deben fortalecer los principios éticos y morales de todos los ciudadanos, haciendo énfasis en la población infantil, para poder cultivar una nación próspera, la cual deberá estar compuesta por ciudadanos bien formados, altamente competentes, con cualidades humanas éticas y talento para plantear soluciones efectivas a la diversidad de problemas que se plantean en las sociedades modernas. Es decir, por medio del sistema educativo, el Estado promueve la formación de seres humanos que muestren sensibilidad y actitud positivas ante las situaciones sociales y naturales que afectan a la sociedad, por lo que se plantea una educación inspirada en el desarrollo personal y espiritual.

La Ley 66-97, General de Educación, establece en su artículo 4, literal *e*, lo siguiente: “Todo el sistema educativo dominicano se fundamenta en los principios cristianos evidenciados por el libro del Evangelio que aparece en el Escudo Nacional y en el letrero ‘Dios, Patria y Libertad’”; esto significa que existe libertad de elección para escoger la educación que se identifique con sus valores, pero la educación dominicana se fundamenta en la fe cristiana, como bien lo establece el literal *i* del referido artículo 4: “La educación dominicana se fundamenta en los valores cristianos...”. No es obligatorio que el educando asuma la enseñanza cristiana, pero sí es una obligación del educador enseñar los valores cristianos, conforme a lo establecido por la Ley 44-00 en su artículo I, párrafo I: “Se establece a nivel inicial, básico y medio, después del izamiento de la Bandera y entonación del Himno Nacional, la lectura de una porción o texto bíblico”. Y en su párrafo II dispone lo siguiente:

Se establece a nivel inicial, básico y medio la instrucción bíblica, que se impartirá por lo menos una vez a la semana. Los programas

y métodos de enseñanza bíblica serán propuestos por la Conferencia del Episcopado Dominicano y la Confederación Dominicana de la Unidad Evangélica (CODUE).

Por tanto, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Constitución de la República:

Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

En este sentido, la Biblia es la más alta fuente de enseñanza de la religión y la moral, por lo que la finalidad de la enseñanza de la Biblia es la búsqueda de los medios que permitan perfeccionar los valores cívicos y morales de todos los ciudadanos.

La Educación es un deber y un derecho de los padres. El Estado tiene la obligación de garantizar ese derecho a los padres para que puedan ejercer su derecho de elección de la educación más favorable para sus hijos; por lo tanto, el derecho del Estado es subsidiario, ya que la obligatoriedad de enseñar en primer lugar le corresponde a la familia como piedra angular de la sociedad. En tal virtud, el estado está obligado a garantizar el derecho de la educación en los niveles inicial, básico, medio y superior, de manera gratuita en centros o instituciones del Estado. La obligatoriedad, gratuidad y universalidad de la enseñanza determinan que el Estado deba asegurar su carácter público, que todos los padres puedan contar con la ayuda de una escuela gratuita. Al igual que la educación pública inicial, básica y media, la educación superior es financiada por el Estado, el cual garantiza el aprovisionamiento de los recursos. El Estado tiene el deber y la obligación de brindar igualdad de oportunidad de educación en cantidad y calidad. Es obligación del Estado, para hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades educativas para todas las personas, proveer los medios necesarios al desarrollo de la vida educativa, a través de apoyos de tipo social,

económico y cultural a la familia y al educando, especialmente de proporcionar a los educandos las ayudas necesarias para superar las carencias de tipo familiar y socioeconómico.

Con la finalidad de poder optimizar el aprendizaje de la población estudiantil en la República Dominicana, es necesario implementar la profesionalización del personal docente en las instituciones públicas y privadas, garantizando la estabilidad y dignificación de la carrera docente. El profesional de la educación tiene un papel determinante en la enseñanza de los estudiantes, en este sentido, fue creado el sistema de carrera docente en la República Dominicana, el cual persigue lograr un perfil de educador que contribuya con el desarrollo de profesionales educadores que, a la vez de alcanzar logros efectivos en su ejercicio laboral, se sientan orgullosos de su identidad. Además, se encuentra el Pacto Nacional para la Reforma Educativa, el cual prevé los mecanismos necesarios para la “dignificación y desarrollo de la carrera docente”, a fin de poder mejorar el nivel académico de nuestro país, ya que es necesario fortalecer el nivel de educación de los educadores, creando condiciones laborales óptimas para realizar la tarea docente. En tal virtud, fue creado el marco regulatorio del sector educativo en la República Dominicana, el cual está comprendido por tres leyes: a) Ley General de Educación, núm. 66-97; b) Ley de Educación Superior, Ciencia y Tecnología, núm.139- 01; c) Ley que crea el Instituto de Formación Técnico Profesional, núm. 116-80.

- a) La Ley General de Educación 66-97 establece el compromiso constitucional del Estado dominicano con la educación preuniversitaria y consagra el derecho de todos los dominicanos a la educación; en tal sentido, dispone en su artículo 1 que “la presente ley garantiza el derecho de todos los habitantes del país a la educación”. Regula, en el campo educativo, la labor del Estado y de sus organismos descentralizados y la de los participantes que recibieren autorización o reconocimiento oficial en los estudios que imparten. Esta ley, además, encauza la participación de los distintos sectores en el proceso educativo nacional.
- b) La Ley 139-01 establece el marco jurídico de la formación docente, la cual debe ser aplicada en el país por las instituciones de educación superior, y prevé el establecimiento de los vínculos de articulación nece-

sarios con este nivel y su normativa. En lo que concierne a la calidad de la formación docente, esta ley establece en su artículo 62, lo siguiente: “La calidad de las instituciones de educación superior, de ciencia y tecnología, se determinará, además, por la relevancia que se expresa a través de las orientaciones curriculares, los perfiles profesionales de los egresados, la idoneidad de las contribuciones científicas y tecnológicas y la congruencia existente entre los fines y objetivos con la planificación y los logros obtenidos. También en el manejo eficaz y eficiente de los recursos, en función de las prioridades establecidas en su misión institucional, tanto en el ámbito académico como administrativo”.

- c) La Ley núm. 116-80 crea el Instituto Nacional de Formación Técnico Profesional (Infotep), como una organización autónoma de carácter no lucrativo y patrimonio propio, encargado de regir el sistema de capacitación, perfeccionamiento, especialización y reconversión de los trabajadores. El Infotep se crea, básicamente, a fin de que imparta a los jóvenes y adultos educación para el trabajo utilitario. Concentrará sus esfuerzos en preparar mano de obra para satisfacer las necesidades productivas nacionales. Esto lo obligará a avanzar al ritmo en que aparezcan esas necesidades, tanto en el orden cualitativo como en el cuantitativo, por lo que tiene la obligación de llenar a corto y mediano plazo los vacíos laborales existentes y adelantarse a estos, preparando mano de obra cualificada en oficios técnicos, tales como mecánica automotriz, electricidad residencial y automotriz, manejo de equipos topográficos, instalación, configuración, mantenimiento de computadoras, técnico en mantenimiento y operación de calderas, pintura automotriz, etc.

Uno de los principales objetivos del sistema de carrera docente es generar las condiciones para hacer atractiva la carrera docente, mejorar los perfiles profesionales y promover el desarrollo profesional continuo de los docentes. Se requiere que las actuales normas y otras disposiciones contenidas en diferentes leyes que regulan la educación sean sometidas a revisión y adecuación, tal como lo prevé el Pacto Nacional para la Reforma Educativa (numerales 5 y 5.2). De esta manera, y en armonía con otras disposiciones relacionadas, se propiciará la legitimidad y mandato requeridos para la buena marcha del sistema, favoreciendo el logro de las metas educativas de los

planes y programas del sistema educativo en su conjunto, con la finalidad de fortalecer la actividad educativa y elevar el nivel de profesionalidad de los educadores, así como garantizar su estabilidad y dignidad.

Las exigencias de una educación de calidad han sido conceptualizadas en el marco de los derechos ciudadanos. Se espera que las necesidades educativas de todos los sujetos, sin excepción, puedan satisfacerse y evidenciarse en resultados de aprendizajes que posibiliten la exitosa integración de todos los estudiantes en lo individual y colectivo.

La Constitución dominicana establece que toda persona tiene derecho a una educación de calidad e integral, especificando en el acápite 6 del referido artículo 63 lo siguiente: “Son obligaciones del Estado la erradicación del analfabetismo y la educación de las personas con necesidades especiales y capacidades excepcionales”. Este compromiso del Estado dominicano se ratifica a través de la Estrategia Nacional de Desarrollo (END) 2030, la cual establece, en su línea de acción 2.3.2.2, que se deben ampliar los programas de alfabetización de los adultos hasta que se logre erradicar el analfabetismo. Como hemos expresado, la educación es un derecho humano básico y una condición primordial para el ejercicio de otros derechos. Está comprobado que la educación tiene efectos positivos en la reducción de la pobreza y en el mejoramiento de otros factores relacionados con el desarrollo humano, como la salud y el acceso al trabajo remunerado decente. Por tanto, es de gran relevancia para el bienestar de los seres humanos poseer, al menos, las competencias básicas de lectura y escritura.

Las personas que no saben leer ni escribir se denominan analfabetas o analfabetas absolutas. El analfabetismo es un indicador del nivel de desarrollo de un país porque limita el adelanto social y productivo de las personas, afecta el entorno familiar y restringe el acceso a los beneficios del desarrollo. Esto deriva en dificultades para insertarse en el mercado laboral y ser partícipes de los avances sociales. Como hemos referido, el Estado está obligado a garantizar el acceso a una educación equitativa, gratuita y eficiente; sin embargo, es una obligación de los padres educar a sus hijos y exigir y garantizar un determinado nivel de enseñanza, pudiendo elegir de forma libre el tipo de educación que quiere para sus hijos. En este sentido, erradicar el analfabetismo es una obligación de la familia, mediante el cual el Estado tiene la obligación de facilitar el acceso a una educación gratuita y equitativa.

La educación superior en el sistema público será financiada por el Estado, garantizando una distribución de los recursos proporcional a la oferta educativa de las regiones, de conformidad con lo que establezca la ley. El Estado deberá destinar partidas presupuestarias para el sostenimiento de las operaciones del Ministerio de Educación Superior y para el financiamiento de las actividades de esa dependencia estatal, entre ellas la de subvencionar las instituciones privadas de educación superior. Los créditos para estudios universitarios son, en mayor o menor medida, subsidiados por los Estados. Dicho subsidio debe provenir de un fondo donde ingresen donativos, porcentaje sobre los ingresos del país, impuesto a la educación, fondos directos del Gobierno, entre otros. La Ley 139-01, de Educación Superior, Ciencia y Tecnología, establece en su artículo 6 lo siguiente:

La educación superior, la producción y el acceso al conocimiento científico y a las tecnologías, son derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas. Por tanto, el desarrollo de las mismas es un servicio público, inherente a la finalidad social del Estado. Asimismo, es un deber de los educandos contribuir a la excelencia académica de la educación superior y a su sostenimiento, esto último en la medida de sus posibilidades económicas.

En este sentido, el artículo 91 de la referida ley dispone lo siguiente:

La inversión pública a ser ejecutada en el primer año de entrada en vigencia la presente ley no deberá ser inferior al cinco por ciento (5%) del Presupuesto de Ingresos y ley de Gastos Públicos asignado en la ley 5778, del 31 de diciembre de 1961, que declara la autonomía a la Universidad de Santo Domingo y que serán destinados a la Universidad Autónoma de Santo Domingo y universidades públicas. Además, deberán incluir las subvenciones asignadas a las demás instituciones de educación superior.

El Estado garantizará la autonomía universitaria y la libertad de cátedra. La educación superior privada tiene rango legal y la ayuda que el Estado le puede brindar se apoya en la Ley 139-01, que crea el Sistema

Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología, cuyo marco legal contempla las exenciones, según el artículo 91 de dicho instrumento legal, antes citado.

Las instituciones de estudio superior cuentan con autonomía universitaria, la cual le concede el derecho de autonomía presupuestaria, lo que le permite tomar sus propias decisiones en temas financieros, académicos, disciplinarios, entre otros, es decir, las universidades tanto públicas como privadas tendrán sus órganos de gobierno y gestión y se regirán por sus estatutos orgánicos; sin embargo, esa autonomía no le concede una potestad absoluta, ya que tienen como límite la garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, el Estado es el encargado de velar por el normal y correcto funcionamiento de las instituciones de educación superior de la República Dominicana, en virtud de que la educación superior constituye una función pública que responde a los intereses generales de la comunidad nacional, según lo previsto por la Ley 139-01, la cual regula el Sistema Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología. El Ministerio de Educación Superior, Ciencia y Tecnología (Meescyt) es el encargado de las instituciones de educación superior de la República Dominicana, es decir, de las universidades, y tiene la obligación de velar por el cumplimiento de los principios y valores previstos por la constitución.

El Estado, a través del Meescyt, tiene a su cargo la dirección de la política de la educación superior en la República Dominicana, ya que la educación superior constituye una función pública que responde a los intereses generales de la población y su regulación corresponde al Estado dominicano, el cual, en cumplimiento de ese deber, está en la obligación de velar por su normal y correcto funcionamiento. Ello implica el aporte de recursos para el desarrollo de la ciencia y la tecnología, en razón de que constituyen elementos esenciales para el desarrollo del país y, en especial, de las actividades productivas y de servicio social. A tal fin fue creada la mencionada Ley 139-01, cuya finalidad es organizar, modernizar y reformar el sistema de educación superior de ciencia y tecnología, garantizando los principios de la libertad de enseñanza y el respeto al ser humano, con la finalidad de contribuir a optimizar esfuerzos para la formación de los técnicos y profesionales.

Las universidades privadas, en virtud de lo establecido por las disposiciones del artículo 63.12 de la carta sustantiva, gozan de autonomía e

independencia para organizar y dirigir los recursos humanos y financieros disponibles, así como gestionar y administrar los ingresos que reciben, con el objetivo de ofrecer y brindar una educación de calidad con la cual se busca la formación integral del ser humano y de la sociedad, motivo por el cual es una facultad del Estado velar por el cumplimiento normal y correcto de dichas disposiciones. Por tanto, deberá promover acciones para que el sector privado invierta en las áreas de investigación, ciencia y tecnología, para un mejor funcionamiento del sistema educativo nacional.

El Estado, a través de los organismos correspondientes, velará para que a las instituciones de educación superior que ejercen una actividad de índole social y de interés general para la población, se les garantice el suministro de los recursos necesarios, de forma constante y sostenible, para el financiamiento en las áreas de investigación, ciencia y tecnología, para que estas respondan adecuadamente a las exigencias demandadas por los cambios en los contextos nacional e internacional en materia de educación superior, ciencia y tecnología.

Con la finalidad de permitir el libre acceso a la educación previsto por la Constitución, el Estado está en la obligación de garantizar servicios públicos de educación gratuita por medio de radio, televisión y bibliotecas virtuales. La educación a través de los medios de comunicación, como son la radio, la televisión educativa y las bibliotecas virtuales, son medios didácticos con una gran capacidad de mostrar contenidos de una forma que motive el interés y el aprendizaje de los estudiantes. Estos tienen como finalidad diseñar programas con una intención de contribuir de manera eficaz al proceso de enseñanza-aprendizaje; promover valores y principios que sustentan su cultura y sobre todo posibilitar el desarrollo de competencias generales que les permitan ser un ente capaz de reconocer sus actitudes y habilidades, haciendo uso de ellas en sus actividades cotidianas.

El Estado garantiza el derecho a la educación mediante el libre acceso al sistema educativo, así como debe velar por la calidad de la educación, con la finalidad de asegurar una educación orientada al respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad. En este sentido, debe garantizar el derecho a la libertad de los padres de escoger la educación para sus hijos, y la libertad de los particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, es decir, que conforme a la Constitución

de la República se garantiza a todo ciudadano tanto el derecho a aprender como la libertad de enseñanza. A fin de asegurar el financiamiento en las áreas de investigación, ciencia y tecnología, reconociendo la iniciativa privada, el Estado debe designar partidas presupuestarias suficientes para satisfacer este servicio, para que estas respondan adecuadamente a las exigencias demandadas, correspondientes con los tiempos modernos.

El Estado garantiza el derecho a la educación de todos los residentes en el país. La educación es un derecho permanente e irrenunciable del ser humano. Para hacer efectivo su cumplimiento, cada persona tiene derecho a una educación integral que le permita el desarrollo de su propia individualidad y la realización de una actividad socialmente útil. La educación dominicana se fundamenta en los valores cristianos, éticos, comunitarios, patrióticos, participativos y democráticos en la perspectiva de armonizar las necesidades colectivas con las individuales, sin ningún tipo de discriminación por razón de raza, de sexo, de credo, de posición económica y social o de cualquiera otra naturaleza. En tal virtud, serán obligatorias la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 64 A 66

POR MERY L. COLLADO TACTUK

SECCIÓN III DE LOS DERECHOS CULTURALES Y DEPORTIVOS

Artículo 64.- Derecho a la cultura. Toda persona tiene derecho a participar y actuar con libertad y sin censura en la vida cultural de la Nación, al pleno acceso y disfrute de los bienes y servicios culturales, de los avances científicos y de la producción artística y literaria. El Estado protegerá los intereses morales y materiales sobre las obras de autores e inventores. En consecuencia:

- 1) Establecerá políticas que promuevan y estimulen, en los ámbitos nacionales e internacionales, las diversas manifestaciones y expresiones científicas, artísticas y populares de la cultura dominicana e incentivará y apoyará los esfuerzos de personas, instituciones y comunidades que desarrollen o financien planes y actividades culturales;
- 2) Garantizará la libertad de expresión y la creación cultural, así como el acceso a la cultura en igualdad de oportunidades y promoverá la diversidad cultural, la cooperación y el intercambio entre naciones;
- 3) Reconocerá el valor de la identidad cultural, individual y colectiva, su importancia para el desarrollo integral y sostenible, el crecimiento económico, la innovación y el bienestar humano, mediante el apoyo y difusión de la investigación científica y la producción cultural. Protegerá la dignidad e integridad de los trabajadores de la cultura;
- 4) El patrimonio cultural de la Nación, material e inmaterial, está bajo la salvaguarda del Estado que garantizará su protección, enriquecimiento, conservación, restauración y puesta en valor. Los bienes del patrimonio cultural de la Nación, cuya propiedad sea estatal o hayan sido adquiridos por el Estado, son inalienables e inembargables y dicha titularidad, imprescriptible. Los bienes patrimoniales en manos priva-

das y los bienes del patrimonio cultural subacuático serán igualmente protegidos ante la exportación ilícita y el expolio. La ley regulará la adquisición de los mismos.

Comentario

El derecho a la cultura es inherente a la condición humana; es fundamental, y, además de estar consagrado en la Constitución, es importante destacar que se encuentra en otros instrumentos normativos dictados o ratificados por el Congreso Nacional. También el Tribunal Constitucional dominicano ha producido una extraordinaria doctrina jurisprudencial que debe ser considerada al momento de ponderar este derecho.

Este derecho fundamental a la cultura se encuentra tipificado, además de nuestra Constitución, en diversos textos supranacionales que nos definen su alcance como expresión de la libertad del ser humano a expresarse en todas las manifestaciones de la tradición y costumbres, así como a disfrutar de estas sin limitaciones. Por ello realizaremos un recuento de los principales convenios y legislaciones que contemplan este derecho fundamental.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Conforme dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 27:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Mientras, el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su artículo 13 lo siguiente:

Derecho a los beneficios de la cultura. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales

y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”

Artículo 14

Derecho a los Beneficios de la Cultura

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
 - b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
 - c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Sentencia TC/0758/17, del 7 de diciembre de 2017, relativa a la suspensión de ejecución de una sentencia mediante la cual se ordenaron unas medidas que restringen y regulan el desenvolvimiento del carnaval de La Vega:

... el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la protección y conservación del patrimonio cultural de la nación... es una obligación del Estado conservar el desarrollo y montaje del carnaval vegano, ya que este evento cultural tiene un alcance no sólo nacional, sino también internacional, y su limitación afecta los derechos colectivos de todos los dominicanos, así como de todos los extranjeros que se dan cita en dicha actividad.

Sentencia TC/0289/18, del 30 de agosto de 2018, mediante la cual se dilucida el conflicto entre derechos fundamentales a la cultura, a la salud, a la propiedad, a la intimidad, a la protección al medio ambiente y a la libertad de tránsito.

La sentencia TC/230/13, del 29 de noviembre de 2013, relativa al control preventivo de constitucionalidad del “Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Dominicana y Gobierno del Ecuador”, de fecha 22 de abril de 2013, convenio que tiene como objeto: Establecer las bases y procedimientos sobre los cuales las partes cooperarán en materia de protección, conservación, recuperación y restitución de los bienes arqueológicos, artísticos, históricos, culturales y los que conforman el patrimonio natural, que hayan sido materia de robo, saqueo, transporte, tráfico

o comercialización ilícita en sus territorios, así como también regular la reciprocidad entre los dos países para la asistencia judicial para la investigación, enjuiciamiento y sentencia de los responsables de esos delitos.

En la sentencia TC/194/13, del 31 de octubre de 2013, relativa a un recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional, se indica que el islote Cayo Levantado es un bien que pertenece al dominio público del Estado y “resalta que el patrimonio nacional está constituido por una masa de bienes de los cuales unos son de dominio privado y otros de dominio público. Esta última categoría de bienes no es susceptible de propiedad privada porque le pertenece a todos los dominicanos”.

En la sentencia TC/208/14, del 4 de septiembre de 2014, en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo, se establecen los parámetros del derecho de propiedad para los inmuebles que se encuentran dentro de la regulación de la Ley núm. 318, sobre Patrimonio Cultural de la Nación, modificada por la Ley núm. 41-00 de fecha 6 de junio de 2000, que incluyen los centros históricos. En el caso ventilado “el derecho de propiedad inmobiliaria se preserva íntegro y el titular del mismo conserva bajo su imperio los atributos que de él derivan, solo que por el efecto de la aplicación de la Constitución de la República y la ley existen regulaciones que procuran, bajo la inspiración del supremo interés que reviste el patrimonio cultural de la Nación, proteger y conservar la expresión arquitectónica de las mejoras edificadas sobre dichos bienes, toda vez que dichas mejoras están ubicadas en el Centro Histórico del municipio Santiago de los Caballeros. De ahí que el goce, disfrute y disposición de la propiedad no resultan afectados, con lo cual no se vulnera el derecho fundamental invocado”.

En la sentencia TC/0037/16, del 29 de enero de 2016, en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo se resalta que “en virtud de lo que señala el artículo 11 de la Ley núm. 318, sobre Patrimonio Cultural, es constatable la existencia de una prohibición expresa para que los propietarios de aquellos bienes que tengan valor patrimonial puedan proceder a su destrucción o alteración sin contar con la autorización de la Dirección Nacional de Patrimonio Monumental. [...] en lo referente a la alegada existencia de vulneración al derecho de propiedad, que al decir del accionante se manifiesta en el hecho de que la decisión emitida por la

subdirectora técnica de la Dirección Nacional de Patrimonio Monumental le limita su derecho de poder disponer libremente de esos bienes inmuebles, este tribunal constitucional es de posición de que si bien este derecho tiene un carácter erga omnes, no menos cierto es que cuando se trata de bienes inmuebles que se encuentran situados dentro de los límites designados como patrimonio cultural de la nación, el derecho de propiedad queda limitado en virtud de lo establecido en el artículo 64.4 de la Constitución”.

En la sentencia TC/125/18, del 4 de julio de 2018, en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo, se indica, entre otras cosas que “impone al propietario y poseedor un deber especial de conservación y protección. [...] el patrimonio cultural: está bajo la salvaguarda del Estado que garantizará su protección, enriquecimiento, conservación, restauración y puesta en valor. [...] Los Monumentos Nacionales: quedan bajo la tutela y protección del Estado, ejercida directamente por la Oficina de Patrimonio Cultural [...] los proyectos de restauración, construcción, remodelación y demolición, deberán ser aprobados por la Oficina de Patrimonio Cultural [...] cuando un monumento o parte de él haya sido desmontado o derribado clandestinamente, el propietario queda obligado a volver a montarlo bajo la dirección de los arquitectos de la Oficina de Patrimonio Cultural”.

En la sentencia TC/369/19, del 16 de septiembre de 2019, en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo, se establece que “si bien el Estado, lo mismo que los ciudadanos y las autoridades municipales, están llamadas a preservar el patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico de la nación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 y 66 de la Constitución dominicana, para que se concrete la preservación de estos es necesario que se haya agotado, ante las autoridades correspondientes, el procedimiento previo a través del cual se determine que el bien en cuestión constituye un patrimonio cultural, lo que no ha ocurrido en la especie, máxime que se trata de un bien de dominio privado”.

En la sentencia TC/612/19 de fecha 26 de diciembre de 2019, en ocasión del control preventivo de constitucionalidad de la Convención sobre la Protección Cultural Subacuática, indica que el patrimonio cultural subacuático es el comprendido por todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan es-

tado sumergidos bajo el agua, de forma continua o intermitente, total o parcialmente por lo menos durante 100 años y tiene como objeto que los Estados partes adopten las medidas necesarias para proteger el patrimonio cultural subacuático; que este sea depositado, guardado y gestionado para una apropiada preservación a largo plazo; que este no sea objeto de una explotación comercial, sin prohibir su acceso responsable y adecuado, así como que sean respetados los restos humanos en las aguas marítimas.

Leyes

La Ley No. 41-00, del 28 de junio del 2000, sobre Cultura, establece las siguientes definiciones:

Artículo 1.- La presente ley adopta y hace suyas las definiciones aceptadas generalmente en el ámbito de la legislación cultural, que se indican a continuación:

1. Por cultura debe entenderse el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprenden además de las artes y las letras, modos de vida y de convivencia, derechos humanos, sistemas de valores y símbolos, tradiciones y creencias, asumidos por la conciencia colectiva como propios.

2. El patrimonio cultural de la Nación comprende todos los bienes, valores y símbolos culturales tangibles e intangibles que son expresión de la Nación dominicana, tales como las tradiciones, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes, incluidos aquellos sumergidos en el agua, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, tecnológico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museográfico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.

3. Política cultural es el conjunto de principios operativos, de prácticas sociales, conscientes y deliberadas, de procedimientos de gestión administrativa o presupuestaria, de intervención o de no interven-

ción, que deben servir de base a la acción del Estado tendente a la satisfacción de ciertas necesidades culturales de la comunidad mediante el empleo óptimo de todos los recursos materiales y humanos de los que dispone una sociedad en un momento determinado.

4. El desarrollo cultural consiste en el proceso de promoción del conjunto de factores capaces de acrecentar de manera significativa el nivel de vida cultural de la población, es decir, el grado de acceso o de participación en la vida cultural de la comunidad.

5. La vida cultural se refiere al conjunto de prácticas y actitudes que tienen incidencia sobre la capacidad de los seres humanos para expresarse, situarse en el mundo, crear su medio y comunicarse con otras culturas.

6. La identidad cultural nacional es el sentimiento de pertenencia a una colectividad, unida por la historia y las tradiciones del pueblo dominicano y por un proyecto de desarrollo compartido en un marco de igualdad en cuanto a la dignidad humana y el respeto a la diferencia. El fomento de la identidad cultural se concibe como una estrategia global destinada a preservar, conservar, y proteger el patrimonio cultural tangible e intangible de la Nación, como defensa cultural de una nación frente a la expansión de otras, para proteger de sus embates los auténticos modos de vida de los pueblos.

7. Creador es cualquier persona o grupo de personas generadoras de bienes y productos culturales, a partir de la imaginación, la sensibilidad, el pensamiento y la creatividad. Las expresiones creadoras, como manifestaciones libres del pensamiento humano, generan identidad, sentido de pertenencia y enriquecen la diversidad cultural del país.

8. Gestor cultural es toda persona que impulse los procesos culturales al interior de las comunidades y organizaciones e instituciones, a través de la participación, democratización y descentralización del fomento de la actividad cultural. Asimismo, el gestor cultural, coordina como actividad permanente, las acciones de administración, planificación, seguimiento y evaluación de los planes, programas, acciones y proyectos de las entidades y organizaciones culturales o de los eventos culturales comunitarios.

9. Sistema Nacional de Cultura es el conjunto de instancias y procesos de desarrollo institucional, planificación e información articulados entre sí, que posibiliten el desarrollo cultural y el acceso de la comunidad a los bienes y servicios culturales según los principios de descentralización, participación y autonomía.

Conforme al artículo 3 de la referida ley se crea el Ministerio de Cultura como instancia de nivel superior encargada de coordinar el Sistema Nacional de Cultura de la República Dominicana, y es responsable de la ejecución y puesta en marcha de las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo cultural, sin perjuicio del proceso formativo establecido en la Ley General de Educación.

Otras leyes

- Ley núm. 318, del 14 de junio de 1968, sobre el Patrimonio Cultural de la Nación;
- Ley núm. 65-00, sobre Derecho de Autor;
- Ley núm. 502-08, sobre Libros y Bibliotecas;
- Ley núm. 108-10, del 29 de julio de 2010, sobre Fomento de la Cinematografía;
- Ley núm. 257-10, del 18 de noviembre de 2010, que modifica la Ley núm. 108-10 del 29 de julio de 2010, para el Fomento de la Actividad Cinematográfica en la República Dominicana.

Decretos

- Decreto núm. 370-11, para la aplicación de la Ley General de Cine.
- Decreto núm. 36-97, de fecha 25 de enero de 1997, que crea la Comisión Permanente de Efemérides Patrias.

Resoluciones

Resolución núm. 1-04, del 17 de septiembre de 2004, del Consejo Nacional de Cultura, que crea la Dirección Nacional de Cine (DINAC).

Definición de cultura

Según el *Diccionario de la lengua española*¹, *cultura* es el conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.

Artículo 65.- Derecho al deporte. Toda persona tiene derecho a la educación física, al deporte y la recreación. Corresponde al Estado, en colaboración con los centros de enseñanza y las organizaciones deportivas, fomentar, incentivar y apoyar la práctica y difusión de estas actividades. Por tanto:

- 1) El Estado asume el deporte y la recreación como política pública de educación y salud y garantiza la educación física y el deporte escolar en todos los niveles del sistema educativo, conforme a la ley;
- 2) La ley dispondrá los recursos, estímulos e incentivos para la promoción del deporte para todos y todas, la atención integral de los deportistas, el apoyo al deporte de alta competición, a los programas y actividades deportivas en el país y en el exterior.

Comentario

En la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 se introdujo este nuevo derecho al deporte, que tiene un amplio espectro de aplicación, especialmente enfocado al disfrute del tiempo libre en actividades que fomenten la recreación y la actividad física para contribuir con el bienestar del ser humano.

Convenios en los cuales consta el derecho al deporte

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en el artículo 24 que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [en línea], <https://dle.rae.es/cultura>.

periódicas pagadas”, mientras que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica en el artículo XV lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer indica en el artículo 10, inciso g, que estas tienen las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física, y en el artículo 13, inciso c, el derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

Sentencias del Tribunal Constitucional

Sentencia TC/0311/19, del 9 de agosto de 2019, en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo, conforme a la cual “el Comité Olímpico Dominicano: forma parte del Sistema Nacional Deportivo [...] recibe recursos económicos provenientes del presupuesto asignado al Ministerio de Deportes y Recreación [...] es una entidad de carácter privado que recibe fondos provenientes del Estado en su condición de asociación sin fines de lucro. Comité Olímpico Dominicano: estaría en la obligación de rendir información a quien la solicitare, de acuerdo con lo establecido en el párrafo del artículo 4 de la Ley núm. 200-04”.

Sentencia TC/0217/21, del 28 de julio de 2021, mediante la cual se verifica la conculcación o no al derecho al deporte por la restricción de uso de una cancha de baloncesto:

El derecho al deporte se encuentra enmarcado dentro de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”, derechos que según hemos establecido “...tienen una dimensión tanto individual como colectiva, por lo que su desarrollo progresivo se debe medir teniendo presentes los imperativos de la equidad social.” (TC/0203/13), derecho sobre el cual la jurisprudencia constitucional comparada, en especial la Corte Constitucional de Colombia, considera que [...] el derecho a la recreación y al deporte es uno de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”,

adquiere el carácter de fundamental en los casos en los cuales su ejercicio representa una herramienta idónea para lograr la garantía de otros derechos (tales como el derecho a la salud o al libre desarrollo de la personalidad). (Sentencia T-033-17) 11.7. Caracterizado el derecho al deporte de esta forma, sin duda debemos sostener que se trata de un derecho de carácter individual y de segunda generación, cuya invocación corresponde al titular o titulares de la trasgresión imputada, lo cual, en el caso de la especie se cumple, pues quienes intentaron la presente acción de amparo son ciudadanos organizados en un Club Deportivo, que de forma directa e inmediata pretenden obtener de la sede de amparo la protección en el disfrute del derecho fundamental invocado, en este caso, el derecho al deporte.

Leyes

La Ley General de Deporte núm. 356-05, del 30 de agosto de 2005, tiene por objeto establecer los principios rectores del deporte. Se consagra que su práctica estará orientada esencialmente a la formación integral de los ciudadanos en lo físico, intelectual y moral, a fin de contribuir al bienestar social de nuestro país.

Conforme al artículo 2, “se declara de interés nacional el fomento, promoción, desarrollo y práctica del deporte y la recreación en toda la geografía nacional, como también el mantenimiento, protección y la construcción de las infraestructuras aplicadas para esos fines, de ser necesario, con el concurso y participación de las organizaciones del sector privado”.

Mientras, el artículo 3 dispone que “todo ciudadano tiene derecho a recibir los beneficios de la práctica del deporte y la recreación sin ningún tipo de discriminación social, económica, religiosa, política o por razones de edad y condiciones de salud, solo con las limitaciones que establezcan las leyes, reglamentos o resoluciones que tiendan a resguardar la integridad física y mental de las personas. Esto incluye el sistema carcelario”.

En el artículo 6 dispone:

Se declara de interés nacional el deporte de alto rendimiento, en razón de que constituye un factor esencial como muestra de desa-

rollo deportivo, debido a las exigencias técnicas y científicas de su preparación. También por su función representativa de nuestro país en competencias internacionales y por el estímulo que supone para el deporte básico. Todo esto obliga al Estado a incentivarlo y prestarle su apoyo y cooperación.

Párrafo.- Será obligatorio que todas las instituciones docentes, públicas o privadas y los organismos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional brinden su concurso para que los atletas integrantes de selecciones nacionales obtengan el permiso necesario para participar en los eventos calendarios, tanto del programa olímpico como del calendario oficial de las federaciones internacionales, sin ningún tipo de pérdida de sus derechos laborales o académicos.

Por otro lado, el artículo 9 indica:

El Estado protegerá a los menores de edad, enfatizando en la práctica deportiva el aspecto lúdico-recreativo para evitar presiones competitivas a destiempo. Se prohíbe que un menor de edad pase al deporte profesional sin las debidas garantías, tanto de su integridad física y mental o sin la preparación adecuada, razón por la que se establecerán mecanismos de control y supervisión según el criterio de los organismos oficiales pertinentes, que tras las investigaciones de lugar darán su aval para el cambio de estatus del deportista.

Finalmente, en el artículo 10 se dispone que “el Estado fomentará las actividades deportivas o afines destinadas a personas de la tercera edad y planificará programas en beneficio de dicho sector”.

Doctrina

Según Guillermo Cabanellas de las Cuevas², “delinear el concepto de deporte no sólo tiene importancia para establecer los límites de nuestra disciplina, sino también para dar aplicación a las reglas que la conforman. [...]”

2 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho del deporte*: Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2014.

En la Carta Europea de Deporte, emanada del Consejo de Europa, se define deporte como todas las formas de actividad física que mediante la participación casual u organizada buscan expresar y mejorar la capacidad física y el bienestar mental, formando relaciones sociales u obteniendo resultados a niveles competitivos”.

Para Pablo Ulloa³, “... el texto constitucional obliga al Estado a asumir el deporte y la recreación como política pública de educación y salud; correspondiéndole garantizar la educación física y el deporte escolar en todos los niveles del sistema educativo. El referido artículo 65 establece una reserva de ley con la finalidad de disponer recursos, estímulos e incentivos para la promoción del deporte, la atención integral de los deportistas, el apoyo al deporte de alta competición, y los programas de actividades deportivas en el país y en el exterior. [...] No es un derecho exclusivo de quienes practican alguna disciplina de forma prioritaria, exclusiva o profesional, sin dejar de reconocer que estas personas merecen una protección reforzada, al hacer de la actividad que practican un modo de vida y el medio a través del cual obtienen sustento. Aquí no solo entra en juego el derecho al deporte, sino que también está el derecho al trabajo, en la medida en que estas personas se encuentran sujetas a una relación laboral”.

Según consta en el acta núm. 010 de la Asamblea Nacional de fecha 5 de mayo de 2009, para incluir este nuevo texto en la Constitución dominicana promulgada en fecha 26 de enero de 2010 se tomó en consideración el Manifiesto del Deporte emitido por la UNESCO en el 1968, la Carta Europea del Deporte para Todos (1975), la Carta Internacional de Educación Física y Deportes, promulgada por la UNESCO en el 1978, y la Carta del Consejo Iberoamericano del Deporte.

3 ULLOA, Pablo. “Constitución y derecho al deporte”. *El Nuevo Diario*, 20 de julio de 2020 [en línea], <https://elnuevodiario.com.do/constitucion-y-derecho-al-deporte/>.

SECCIÓN IV DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 66.- Derechos colectivos y difusos. El Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia protege:

- 1) La conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y la flora;
- 2) La protección del medio ambiente;
- 3) La preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

Comentario

Debemos entender por derechos colectivos aquellos que corresponden a un conglomerado de sujetos (personas), lo que hace posible descomponerlos en la suma de derechos individuales, mientras que ante los derechos difusos, según Gilbert Armijo⁴ “... estaremos en presencia de intereses difusos cuando estos pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de un grupo, clase, comunidad, pero sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado. Así, por ejemplo, el interés de respirar aire no contaminado por el humo de los autobuses y el de disfrutar del beneficio de la educación para los niños puede pertenecer a un grupo pequeño, pero indeterminado como el de los habitantes de una gran ciudad y los que ocasionalmente concurren a esa zona...”.

Intereses o derechos difusos son aquellos intereses protegidos por una norma, que afectan directamente a los individuos de una colectividad y tienen carácter no excluyente, no conflictivo y no distributivo. Así tenemos que, por ejemplo, un bien público es no excluyente, dado que no es posible impedir que lo use otra persona. Un bien público, como se verá más adelante, es de “oferta conjunta”, por cuanto el uso individual no altera el de los demás⁵.

4 ARMIJO, Gilbert. *La tutela constitucional del interés difuso*, 2.^a ed.: San José, C. R., Editorial Investigaciones jurídicas, 1999. pp. 43 y 44.

5 JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Katia Miguelina. “Intereses o derechos difusos son aquellos intereses protegidos por una norma, que afectan directamente a los individuos de una colectividad y tienen carácter

La Ley 64-00, del 18 de agosto de 2000, que crea la Secretaría (hoy Ministerio) de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, tiene como objeto establecer las normas para la conservación, protección y mejoramiento y restauración del medio ambiente y los recursos naturales, asegurando su uso sostenible, lo cual conforma el patrimonio natural y cultural de la nación dominicana. El ser humano tiene la libertad de disfrutar de un medio ambiente sano.

El Estado dominicano ha suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales que consagran la protección del medio ambiente, los cuales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico con carácter vinculante. Algunos de estos tratados son los siguientes:

- El Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (1982);
- El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal (1992);
- El Convenio sobre Diversidad Biológica (1992);
- El Convenio de las Naciones Unidas de lucha contra la Desertificación en los países afectados por la sequía grave o desertificación (1997);
- El Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1998);
- El Convenio Internacional para la Prevención de Descargas de Desechos por Buques (1998), entre otros.

Sentencias del Tribunal Constitucional

En lo que respecta a la legitimación activa o la calidad para accionar ante el Tribunal Constitucional, en su sentencia TC/0234/14 este sentó el siguiente precedente:

9.4. Este tribunal, al interpretar las disposiciones vigentes que con-

no excluyente, no conflictivo y no distributivo. Así tenemos que por ejemplo un bien público es no excluyente, dado que no es posible impedir que lo use otra persona. Un bien Público, como se verá más adelante, es de “oferta conjunta”, por cuanto el uso individual no altera el de los demás”. II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional. Santo Domingo, República Dominicana, 26-28 de noviembre de 2014. Ponencia de la Magistrada Katia Miguelina Jiménez Martínez, jueza del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

ceden calidad para accionar en inconstitucionalidad a los particulares, constata que en el presente caso, al tener la Corporación del Acueducto y Alcantarillado de La Romana la atribución de manejar un recurso natural que, en virtud de lo dispuesto en el artículo núm. 15 de la Constitución, constituye un patrimonio nacional estratégico esencial para la vida humana y, siendo el consumo humano del agua prioritario sobre cualquier otro recurso, se encuentre clasificado como un *derecho colectivo y difuso* de los comprendidos en el artículo núm. 67.1 de la Constitución, los accionantes tienen calidad para accionar en la especie, máxime cuando la entidad encargada de establecer las políticas que deben ser observadas para la administración, suministro y mantenimiento del acueducto y alcantarillado es su Consejo Directivo.

9.5 Para cualquier demarcación es de vital importancia el manejo y suministro adecuado de agua potable para el desenvolvimiento normal de las actividades y de la salud de una comunidad, y siendo el Consejo de Directores el órgano de gobierno de la Corporación que tiene por funciones trazar las políticas públicas en orden al cumplimiento de sus objetivos y que goza de las más amplias facultades de gestión de un recurso natural de primer orden, su composición impactaría directamente en las decisiones que se adopten respecto de un recurso natural al cual toda persona tiene derecho, razón que habilita a los accionantes a actuar en la especie.

El tribunal Constitucional, en su sentencia TC/167/13, definió el alcance de los derechos colectivos y difusos a raíz de una ponderación entre el derecho a la libertad de empresa y derecho al trabajo y la preservación del medioambiente:

10.32. En este punto, debemos precisar que las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente, al tener un alcance general que traspasa el ámbito nacional, por propugnar, como parte del sostenimiento ecológico del planeta, la protección de los recursos eco sistémicos, hidrológicos y de biodiversidad existentes en cada Estado, la misma deviene en configurar la existencia de

un **derecho colectivo y difuso** que tiene un alcance supranacional, que encierra el compromiso de que cada nación le otorgue preponderancia a la aplicabilidad de la misma en aquellos casos en que una actividad pueda o esté afectando de forma negativa ese sostenimiento, o ponga en riesgo el resguardo ecológico del país.

10.33. Si bien la explotación de los yacimientos mineros puede constituir una importante actividad generadora de riqueza que contribuye con el impulso del desarrollo económico, no es menos cierto que la necesaria protección del medio ambiente entraña tomar en cuenta los efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad, y cuando los estudios relativos al impacto ambiental de estos arroja resultados de tan alta negatividad, como expresan los informes expuestos por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), capítulo República Dominicana, y por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, es preciso concluir que se ha pretendido la exploración y explotación de yacimientos mineros (recursos naturales no renovables) sin la existencia de un criterio medio ambiental sostenible.

10.34. Resulta evidente al tener las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente un carácter general supranacional que propugna por la protección del bienestar de todos los seres humanos, estas hacen que los derechos de libertad de empresa y de trabajo queden limitados en su aplicación y efectos para permitir la plena ejecución de dicha preservación.

Conforme a la sentencia TC/0071/15, del 23 de abril de 2015, en ocasión de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo:

Los señores Nathaly Ramírez Díaz y Claudio Alberto Caamaño Vélez incoaron una acción de amparo de cumplimiento por ante la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, con el objetivo de “que se ordene al Ministerio de Cultura de la República Dominicana y a la Comisión de Exaltación dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 4-13, en razón de que sean trasladados al Panteón de la Patria los restos que fueron exhumados del Cementerio Nacional dela Máximo

Gómez, (...) pertenecientes a quien en vida se llamó Francisco Alberto Caamaño Deñó”. La naturaleza del derecho que los accionantes buscan proteger, se enmarca dentro de los denominados derechos colectivos y difusos, pues fundamentan su acción, no en la conculcación de derechos fundamentales personales o individuales, sino en una supuesta vulneración al patrimonio histórico y cultural de la nación. Los derechos colectivos y difusos se encuentran reconocidos por el artículo 66 de la Constitución, en cuyo numeral 3) se consigna el deber del Estado de proteger y preservar el patrimonio cultural, histórico, urbanístico, arquitectónico y arqueológico de la nación. La garantía de estos derechos está consagrada en el artículo 72 de la Constitución, y el párrafo II del artículo 105 de la Ley 137-11, otorga legitimación a cualquier persona para incoar amparo de cumplimiento cuando se trate de “la defensa de derechos colectivos y del medio ambiente o intereses difusos o colectivos”, por lo que los accionantes están legitimados para interponer la acción de amparo de cumplimiento incoada.

Según la sentencia TC/368/14, del 23 de diciembre de 2014, relativa al control preventivo de constitucionalidad de la Enmienda DOHA al Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, la obligación de protección del medio ambiente corresponde a los poderes públicos, por lo que debe existir cooperación internacional para su protección. Indica que el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la nación con la adaptación de estos al cambio climático es prioridad del Estado. Son derechos colectivos y difusos la conservación del equilibrio ecológico y la protección del medio ambiente.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 67

POR DAIRA CIRA MEDINA TEJEDA

“Tenemos la responsabilidad de dejar un hogar común habitable para nuestros hijos y para las futuras generaciones”. Papa Francisco, en ocasión del Día Internacional del Medio Ambiente (5 de junio de 2021)

Artículo 67.- Protección del medio ambiente. Constituyen deberes del Estado prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones. En consecuencia:

- 1) Toda persona tiene derecho, tanto de modo individual como colectivo, al uso y goce sostenible de los recursos naturales; a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza;
- 2) Se prohíbe la introducción, desarrollo, producción, tenencia, comercialización, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y de agroquímicos vedados internacionalmente, además de residuos nucleares, desechos tóxicos y peligrosos;
- 3) El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías y energías alternativas no contaminantes;
- 4) En los contratos que el Estado celebre o en los permisos que se otorguen que involucren el uso y explotación de los recursos naturales, se considerará incluida la obligación de conservar el equilibrio ecológico, el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado;
- 5) Los poderes públicos prevendrán y controlarán los factores de deterioro ambiental, impondrán las sanciones legales, la responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente y a los recursos naturales y exigirán su reparación. Asimismo, cooperarán con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre¹.

1 Artículo 67 de la Constitución de la República Dominicana, § IV.

Comentario

I. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA: VISIÓN GENERAL

El ser humano se desarrolla en el hábitat natural, en el entorno planetario. Somos y existimos en sociedad, pero esa existencia tiene un lugar específico en el cual se desarrolla. Ese lugar específico es lo que podríamos denominar medioambiente. Dicho de otro modo, el medioambiente es el escenario en el cual se desarrolla y desenvuelve el ser humano. Todas las áreas naturales de nuestro entorno (aire, vegetación, suelo, subsuelo, cimientos acuíferos de cualquier magnitud [lagunas, lagos, ríos, mares]) forman parte de él. El ser humano no es ave, pero a través de distintas aeronaves o artefactos vuela (aire); el ser humano no es pez, pero con equipos especiales, y aún sin ellos, puede nadar, lo que le permite interactuar en el agua, pero, además, un gran porcentaje del cuerpo humano está compuesto de agua², razón por la cual este líquido es parte imprescindible de su existencia y desenvolvimiento. Asimismo, el ser humano —bípedo por naturaleza— camina, se traslada en medios animales o mecánicos de un lugar a otro y siembra los campos (tierra), por lo cual ese entorno es parte de su desarrollo y desenvolvimiento habitual también. Entonces el ser humano necesita convivir en su medio ambiente.

A través de los tiempos el ser humano ha modificado su entorno; en tiempos remotos vivía de manera nómada, es decir, se desplazaba de un lugar a otro con tanta frecuencia como fuera necesario, en atención al agotamiento de los recursos que necesitaba obtener para subsistir en el lugar donde inicialmente se encontrara; aprovechaba los recursos que le presentaba la naturaleza y una vez estos se agotaban se desplazaba a otras latitudes. Según fueron pasando los años, el ser humano aprendió a cultivar la tierra y dejó de vivir de manera nómada para establecer una vida sedentaria, que tuvo como consecuencia, entre otras cosas, el desarrollo

2 De conformidad con la Fundación Aquae, “dependiendo de cada etapa de la vida. Se estima que el 65 % del peso corporal es agua. La variación oscila entre el 50 % y el 70 %, según cada etapa de la vida: Bebés y niños. Los recién nacidos tienen entre un 70 % y 80 % de agua. A partir de un año, baja a entre el 60 % y el 70 %. Adultos. El porcentaje se mueve entre 50 % y 65 %. Ancianos. Menos del 50 % de media”. Fundación Aquae. (n. d.). *Cuál es el Porcentaje del Agua en el Cuerpo Humano*. En línea: <https://www.fundacionaquae.org/porcentaje-agua-cuerpo-humano/>.

de la construcción de viviendas, mobiliarios y utensilios que le permitieran desenvolverse en su día a día. El desarrollo convivencial entre el ser humano y la naturaleza está directamente vinculado a la interacción de este con el medio ambiente. Así, en la medida en que el ser humano desarrolló la construcción, se vio precisado a talar árboles y extraer arena de los ríos, igual que ciertas piedras, para construir con los materiales del entorno el techo que le cubriría de la lluvia, el sol o el frío. De esta manera, el desarrollo de los seres humanos ha ido estrechamente de la mano de la utilización y transformación del medio ambiente.

El hecho de que los seres humanos hayamos crecido, poblacionalmente hablando, ha ameritado la toma de conciencia respecto a la necesidad de regular la utilización de los recursos naturales para que el desarrollo demográfico no incida de manera negativa en el entorno o medio ambiente, pues el hombre ha aumentado en cantidad, pero el medio ambiente sigue siendo el mismo. El ser humano se multiplica más rápido que la posibilidad de mutación del medio ambiente; por eso en nuestros tiempos se habla de crecimiento o desarrollo sostenible, es decir, que el crecimiento demográfico del ser humano debe producirse de manera tal que no altere el medio ambiente en condiciones tales que perjudique el ecosistema, que lo altere de modo tal que contribuya con su desaparición o deterioro.

Todo lo expresado nos invita a considerar la regulación de la relación del ser humano con la naturaleza mediante la creación de marcos normativos que propendan a la protección y sostenibilidad del medio ambiente. Así es como el constituyente dominicano, a tono con la realidad y necesidad de protección del medio ambiente, consagró una disposición o cláusula especial destinada a resguardarlo, considerado este objetivo como un derecho fundamental, pues la regulación está contenida en la sección IV, denominada por el constituyente dominicano “De los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente”, del título II de la carta magna dominicana intitulado “De los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales”.

Sumado a las disposiciones constitucionales antes transcritas existen otras normativas de rango inferior (leyes, decretos y reglamentos) que abordan el tema del medio ambiente en distintas vertientes. Este comentario no pretende abordar el conjunto integral de todas esas normas, debido a la naturaleza misma del presente aporte, el cual se encuentra limitado a

la extensión propia de este tipo de entregas literarias. A modo de ejemplo podríamos mencionar la Ley núm. 1-12 de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, promulgada el 25 del mes de enero del 2012, la cual plantea la visión de la nación, en los términos siguientes:

República Dominicana es un país próspero, donde las personas viven dignamente, apegadas a valores éticos y en el marco de una democracia participativa que garantiza el estado social y democrático de derecho y promueve la equidad, la igualdad de oportunidades, la justicia social, *que gestiona y aprovecha sus recursos para desarrollarse de forma innovadora, sostenible y territorialmente equilibrada*³ e integrada y se inserta competitivamente en la economía global.

Esta pieza legislativa deriva de la reserva de ley hecha en el artículo 241 de la Constitución de la República.

El anterior texto es una muestra clara y evidente de la conciencia que ha tomado el Estado dominicano con respecto a la importancia de procurar una estrategia nacional de desarrollo de cara al año 2030. De esta manera, se busca un desarrollo sostenible, que compatibilice el Estado social y democrático de derecho, los valores y principios constitucionales con un aprovechamiento de los recursos para procurar el desarrollo de la nación de forma “innovadora, sostenible y territorialmente equilibrada”⁴.

El tema de la preservación del medio ambiente tiene ribetes de índole ecosistémico y más allá; es por esto que “la presidenta del Banco Central Europeo (BCE), Christine Lagarde, considera que el cambio climático influye en la inflación y por ello es parte del mandato principal de la entidad, que es garantizar la estabilidad de precios”⁵. Es decir, el cuidado del medio ambiente no solamente tiene implicaciones en la posible erosión o maltrato

3 Cursiva nuestra.

4 Ley 1-12 de la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, (2012), disponible en línea: https://www.intec.edu.do/downloads/documents/institucionales/marco-legal/Ley_1-12_LEY_ORGANICA_DE_LA ESTRATEGIA NACIONAL DE DESARROLLO.pdf

5 Para ampliar información puede ver:

a) “Afirman el cambio climático influye en la inflación global”, *El Nacional* (edición digital), <https://elnacional.com.do/afirman-el-cambio-climatico-influye-en-la-inflacion-global/>; y

b) “Lagarde considera que el cambio climático influye en la inflación”, *El Nuevo Diario* (edición digital), <https://elnuevodiario.com.do/lagarde-considera-que-el-cambio-climatico-influye-en-la-inflacion/>; ambas publicaciones de fecha 4-6-2021 y rescatados el mismo día.

de nuestro planeta en sus diversas manifestaciones biológicas, sino que además tiene repercusión en términos económicos. Eso no es de extrañar, pues en la medida en que se produce un calentamiento global se altera el orden natural de las cosechas, del desarrollo de las especies marítimas y fluviales y todo ello redundando en nuestra calidad de vida, en la escasez o no de productos e, inclusive, en la inflación, en lo atinente a los precios, constituyéndose en un tema de interés no solo de los ecologistas, sino además de los economistas.

De conformidad con la Organización de las Naciones Unidas:

El cambio climático es consecuencia de la actividad humana y está amenazando nuestra forma de vida y el futuro de nuestro planeta. Haciendo frente al cambio climático podremos construir un mundo sostenible para todos. Pero tenemos que actuar ahora. (...) Muchas de ellas (empresas) se han sumado a la Agenda de Acción por el Clima, una iniciativa nacida en el marco de la Cumbre sobre el Clima celebrada en Nueva York en 2014 para que los gobiernos, las empresas y la sociedad civil colaboren en la puesta en marcha de nuevas medidas que promuevan la acción climática. (...) Las empresas pueden ser parte de la solución si se comprometen a eliminar las emisiones de carbono de sus operaciones y cadenas de suministro. Pueden hacerlo de diversas formas:

- Mejorando su eficiencia energética;
- Reduciendo la huella de carbono de sus productos, servicios y procesos;
- Estableciendo metas para la reducción de las emisiones de carbono en consonancia con la climatología⁶.

No solo es de interés de la humanidad el tema del cambio climático por la gran cantidad de gases que a diario emiten los vehículos y las maquinarias de las industrias, sino que existen otras preocupaciones actuales de interés para la protección del medio ambiente. En ese sentido, resulta importante destacar que igualmente la Organización de las Naciones Unidas ha expuesto:

6 Organización de las Naciones Unidas. "Acción por el clima. Por qué es importante para las empresas", octubre de 2020. Disponible en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/13-Spanish_Why-it-Matters.pdf.

Los océanos proporcionan recursos naturales fundamentales como alimentos, medicinas, biocombustibles y otros productos. Contribuyen a la descomposición molecular y a la eliminación de los desechos y la contaminación, y sus ecosistemas costeros actúan como amortiguadores para reducir los daños causados por las tormentas. Mantener la salud de los océanos ayuda en los esfuerzos de adaptación al cambio climático y mitigación de sus efectos (...) ⁷.

Hemos visto el abordaje dado al tema del medio ambiente y la importancia de su preservación de conformidad con la ONU, la cual también se ha pronunciado en relación con la importancia del cuidado de los bosques y las consecuencias negativas del descuido de este precioso recurso natural, y dicho organismo internacional se ha referido a este particular en los siguientes términos:

Los bosques cubren casi el 31% de la superficie de nuestro planeta. Desde el aire que respiramos, al agua que bebemos y los alimentos que comemos, los bosques nos mantienen. Debemos pensar en ello ⁸.

Por todo lo expuesto, el tema de la preservación del medio ambiente es de interés general de los Estados que integran las Naciones Unidas, y es un tema central de distintos instrumentos internacionales. De ahí que no sorprende que la Convención de los Derechos del Niño (CDN), instrumento jurídico que forma parte del bloque de constitucionalidad dominicano, aborde el tema del medio ambiente en los siguientes términos:

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

[...]

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural ⁹.

7 Organización de las Naciones Unidas (ONU). "Vida Sub-Marina: ¿Por qué es Importante?", disponible en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/14_Spanish_Why_it_Matters.pdf.

8 Organización de las Naciones Unidas. "Vida de Ecosistemas Terrestres. ¿Por qué es importante? Disponible en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/15_Spanish_Why_it_Matters.pdf.

9 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989. Tomado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

La Organización de las Naciones Unidas, de manera consistente, dada la relevancia e importancia del tema, aborda el medio ambiente en otros instrumentos internacionales en los siguientes términos:

Artículo 14 Responsabilidad social y salud

1. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad.

2. Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:

a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano;

b) el acceso a una alimentación y un agua adecuadas;

c) la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente;¹⁰

d) la supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo; y

e) la reducción de la pobreza y el analfabetismo [...] ¹¹.

Es importante destacar que el derecho a un medio ambiente sano y, en consecuencia, un crecimiento y desarrollo sostenible no es un tema exclusivo del siglo XXI; ya para la séptima década del siglo XX aconteció lo siguiente:

El 5 de junio de 1974, la Organización de Naciones Unidas (ONU) organizó la primera gran conferencia de su historia sobre medio ambiente; la Cumbre de la Tierra de Estocolmo. El evento, que reunió a un centenar de países y más de 400 de oenegés de todo el mundo, marcó un antes y un después en la lucha ecologista.

¹⁰ Subrayados nuestros.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada en la 33.ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO (octubre de 2005). Tomado de <https://www.sergas.es/Asistencia-sanitaria/Documents/599/146180S.pdf>.

No solo porque elevó el debate sobre la crisis climática a escala internacional, sino porque marcó el rumbo de las futuras políticas medioambientales diseñadas para hacer frente a la crisis climática. Tres años más tarde, en reconocimiento a la importancia de esta conferencia, la ONU nombró el día 5 de junio como ‘Día Mundial del Medio Ambiente’¹².

Las Naciones Unidas han sostenido:

Nunca ha habido una necesidad más urgente de revivir los ecosistemas dañados que ahora. Los ecosistemas sustentan toda la vida en la Tierra. Cuanto más saludables son nuestros ecosistemas, más saludable es el planeta y su gente. El Decenio de las Naciones Unidas para la Restauración de Ecosistemas (2021-2030) tiene como objetivo prevenir, detener y revertir la degradación de los ecosistemas en todos los continentes y océanos. Puede ayudar a acabar con la pobreza, combatir el cambio climático y prevenir una extinción masiva. Solo tendrá éxito si todos participan¹³.

Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas, a principios del siglo XX, se propuso el logro de ocho objetivos primordiales, los conocidos “Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas”; en este catálogo, el objetivo marcado con el número siete planteó:

Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente

Meta 7a: Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente.

Meta 7b: Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010.

Meta 7c: Reducir a la mitad la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento.

12 “¿Por qué el 5 de junio se celebra el Día Mundial del Medio Ambiente?”, *El Nuevo Diario* (edición digital), 5 de junio de 2021, disponible en <https://elnuevodiario.com.do/por-que-el-5-de-junio-se-celebra-el-dia-mundial-del-medio-ambiente/>.

13 Tomado de la página oficial de la ONU: www.un.org/en/; consultado el día Mundial del Medio Ambiente (5 de junio) del año 2021.

Meta 7d: Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales¹⁴.

En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de nuestras ciudades¹⁵.

Tres de los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible han sido dedicados al medio ambiente por las Naciones Unidas, específicamente los objetivos trece, catorce y quince. Veamos:

Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.”¹⁶. Conteniendo el mismo metas específicas que van desde el fortalecimiento de la resiliencia y capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima hasta el reconocimiento de que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático “es el principal foro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático.

14 Tomado de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/coher_s/mdg_s/mdgs_s.htm; consultado el 3 de junio del 2021.

15 Organización de las Naciones Unidas (ONU), (n. d.). En línea: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>.

16 Organización de las Naciones Unidas (ONU), (n. d.). En línea: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>. Sobre este objetivo ha planteado la ONU: “El 2019 fue el segundo año más caluroso de todos los tiempos y marcó el final de la década más calurosa (2010-2019) que se haya registrado jamás. Los niveles de dióxido de carbono (CO2) y de otros gases de efecto invernadero en la atmósfera aumentaron hasta niveles récord en 2019. El cambio climático está afectando a todos los países de todos los continentes. Está alterando las economías nacionales y afectando a distintas vidas. Los sistemas meteorológicos están cambiando, los niveles del mar están subiendo y los fenómenos meteorológicos son cada vez más extremos. A pesar de que se estima que las emisiones de gases de efecto invernadero caigan alrededor de un 6 % en 2020 debido a las restricciones de movimiento y las recesiones económicas derivadas de la pandemia de la COVID-19, esta mejora es solo temporal. El cambio climático no se va a pausar. Una vez que la economía mundial comience a recuperarse de la pandemia, se espera que las emisiones vuelvan a niveles mayores. Es necesario tomar medidas urgentes para abordar tanto la pandemia como la emergencia climática con el fin de salvar vidas y medios de subsistencia. El Acuerdo de París, aprobado en 2015, aspira a reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático manteniendo el aumento global de la temperatura durante este siglo muy por debajo de 2 grados Celsius con respecto a los niveles preindustriales. El acuerdo también aspira a reforzar la capacidad de los países para lidiar con los efectos del cambio climático mediante flujos financieros apropiados, un nuevo marco tecnológico y un marco de desarrollo de la capacidad mejorado”.

Objetivo 14: Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos¹⁷.

Objetivo 15: Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras, detener la pérdida de biodiversidad^{18 19}.

II. DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL (DIA)

Hernández nos refiere que en el ámbito del derecho internacional existe una rama denominada derecho internacional ambiental (DIA). Para este colombiano, abogado de la Universidad de Medellín, Colombia, especialis-

17 Organización de las Naciones Unidas (ONU), en línea: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/oceans/>. Sobre este objetivo ha establecido la ONU: "El océano impulsa los sistemas mundiales que hacen de la Tierra un lugar habitable para el ser humano. Nuestra lluvia, el agua potable, el tiempo, el clima, los litorales, gran parte de nuestra comida e incluso el oxígeno del aire que respiramos lo proporciona y regula el mar. La gestión cuidadosa de este recurso mundial esencial es una característica clave de un futuro sostenible. No obstante, en la actualidad, existe un deterioro continuo de las aguas costeras debido a la contaminación y a la acidificación de los océanos que está teniendo un efecto adverso sobre el funcionamiento de los ecosistemas y la biodiversidad. Asimismo, también está teniendo un impacto perjudicial sobre las pesquerías de pequeña escala. Proteger nuestros océanos debe seguir siendo una prioridad. La biodiversidad marina es vital para la salud de las personas y de nuestro planeta. Las áreas marinas protegidas se deben gestionar de manera efectiva, al igual que sus recursos, y se deben poner en marcha reglamentos que reduzcan la sobrepesca, la contaminación marina y la acidificación de los océanos".

18 Tomado de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/biodiversity/>; sitio web oficial de la ONU, consultado el día sábado 5 de junio del año 2021. Sobre este objetivo la ONU ha apuntado: "El brote de la COVID-19 resalta la necesidad de abordar las amenazas a las que se enfrentan las especies silvestres y los ecosistemas. En 2016, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) alertó de que un aumento mundial de las epidemias zoonóticas era motivo de preocupación. En concreto, señaló que el 75 % de todas las enfermedades infecciosas nuevas en humanos son zoonóticas y que dichas enfermedades están estrechamente relacionadas con la salud de los ecosistemas. Con la COVID-19, el planeta ha enviado su mayor alerta hasta la fecha indicando que la humanidad debe cambiar», ha explicado la Directora Ejecutiva del PNUMA, Inger Andersen. En Trabajar con el medio ambiente para proteger a las personas, el PNUMA detalla cómo «reconstruir mejor», mediante una base científica más sólida, políticas que contribuyan a un planeta más sano y más inversiones verdes. La respuesta del PNUMA se ocupa de cuatro áreas: Ayudar a las naciones a gestionar los desechos médicos de la COVID-19. Producir un cambio transformativo para la naturaleza y las personas. Trabajar para garantizar que los paquetes de recuperación económica creen resiliencia para crisis futuras. Modernizar la gobernanza ambiental a nivel mundial. Para prevenir, detener y revertir la degradación de los ecosistemas de todo el mundo, las Naciones Unidas han declarado la Década para la Restauración de los Ecosistemas (2021-2030). Esta respuesta coordinada a nivel mundial ante la pérdida y degradación de los hábitats se centrará en desarrollar la voluntad y la capacidad políticas para restaurar la relación de los seres humanos con la naturaleza. Asimismo, se trata de una respuesta directa al aviso de la ciencia, tal y como se expresa en el Informe especial sobre cambio climático y tierra del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, a las decisiones adoptadas por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas en las convenciones de Río sobre cambio climático y biodiversidad y a la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación.

Se sigue trabajando en un nuevo y ambicioso Marco mundial de diversidad biológica posterior a 2020. Mientras el mundo responde a la actual pandemia y se recupera de ella, necesitará un plan sólido destinado a la protección de la naturaleza, de manera que la naturaleza pueda proteger a la humanidad".

19 Organización de las Naciones Unidas (ONU), en línea: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/oceans/>.

ta en derecho ambiental,²⁰ refiriéndose a los aportes intelectuales de Villa, las etapas del derecho internacional ambiental son las siguientes:

Etapas	Ejemplo de Tratados
Incipiente (1902-1945)	- Convenio de protección de aves útiles a la agricultura (1902). - Protocolo relativo a la prohibición de empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos y similares o medios bacteriológicos (1925).
Gestación (1945-1972)	- Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena (1946). - Tratado de prohibición de ensayos con armas nucleares, en la atmósfera, el espacio y el agua (1963).
Nacimiento (1972-1992)	- Convención de Viena (protección capa de ozono - 1985). - Convenio de Basilea (desechos peligrosos - 1989).
Progreso (1992-2002)	- Protocolo de Kioto (disminución de calentamiento global - 1997). - Convenio de Estocolmo (contaminantes orgánicos - 2001).
Desarrollo e Incertidumbre (1992-2012)	- Acuerdos de Marrakech (uso de la tierra - P Kioto - 2005). - Acuerdos de Cancún (renuevan acuerdo - P Kioto - 2010).
Contemporánea (2012-hoy)	- Acuerdo de París (reducir cambio climático - 2015). - Acuerdo de Escazú (información, participación y justicia - 2018).

Es importante destacar que todos los tratados, convenios, pactos o acuerdos que nuestro país suscriba y ratifique sobre derechos fundamentales en materia medioambiental pasa a ser de observación obligatoria por

²⁰ HERNÁNDEZ, Luis Gabriel. Videoconferencia organizada por Dirigentes Jurídicos e Iniciativa Ambiental, 5 de junio del año 2021.

formar parte del orden jurídico interno nuestro, en tanto parte del bloque de constitucionalidad, al tenor del artículo 74 numeral 3 de la Constitución de la República.

III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Nuestro país cuenta con la Ley núm. 64-00, General Sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales²¹, la cual contiene los principios fundamentales para la protección del medio ambiente, los objetivos básicos de dicha legislación, y crea la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, hoy Ministerio. El título III de dicha legislación está dedicado a la protección y calidad del medio ambiente y en él se abordan temas tales como la contaminación del agua, del suelo, de la atmósfera, de los asentamientos humanos y contaminación sónica, entre otros. De su lado, el título IV de dicha norma está destinado a los recursos naturales y en él se tratan temas tales como los suelos, las aguas, la diversidad biológica, los recursos costeros y marinos, los bosques, los recursos mineros, entre otros. El título V de esta norma aborda los aspectos administrativos y judiciales correspondientes a la materia.

La Ley núm. 64-00 constituye una herramienta importante en materia de protección de derechos ambientales, puesto que, además de crear el Ministerio de Medio Ambiente, contiene sanciones para las conductas de los seres humanos que puedan causar daños a la salud humana o al medio ambiente, así como las restituciones correspondientes a las partes afectadas o al medio ambiente, en el marco de lo posible. La propia ley plantea que las sanciones que ella contempla son aplicables a aquellas acciones lesivas al medio ambiente contenidas en otras legislaciones similares y los decretos emitidos a tales fines también.

La República Dominicana cuenta también con la Ley núm. 225-20, General de Gestión Integral y Coprocesamiento de Residuos Sólidos, de fecha 30 de septiembre de 2020. El artículo 1 de dicha ley plantea cuál es su objeto en los términos siguientes:

21 Disponible en <https://ambiente.gob.do/wp-content/uploads/2016/09/Ley-No-64-00.pdf>, § I-V.

... tiene por objeto prevenir la generación de residuos, además de establecer el régimen jurídico de su gestión integral para fomentar la reducción, reutilización, reciclaje, aprovechamiento y valorización, así como regular los sistemas de recolección, transporte y barrido; los sitios de disposición final, estaciones de transferencia, centros de acopio y plantas de valorización; con la finalidad de garantizar el derecho de toda persona a habitar en un medio ambiente sano, proteger la salud de la población, así como disminuir la generación de gases de efecto invernadero, emitidos por los residuos²².

Esta ley cuenta con su reglamento de aplicación, contenido en el Decreto núm. 320-21.

Es evidente que la Ley núm. 225-20 contiene el concepto de reciclaje basado en las “3R”, al disponer el fomento de la reducción, la reutilización y el reciclaje.

IV. ALGUNAS DECISIONES RELEVANTES DEL TC EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

En palabras del Dr. Milton Ray Guevara, honorable presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana:

... la sentencia TC/0167/13, que impidió la explotación minera de Loma Miranda y que se convirtió en la primera de impacto dictada por el Tribunal Constitucional para proteger el medio ambiente.

El Dr. Ray Guevara aseguró que el órgano que preside también aprobó la enmienda de DOHA al protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, lo que permitió al presidente de la República Dominicana ratificar en todas sus partes ese compromiso. Esta acción fue posible a través de la sentencia TC/0368/14, que concluyó que el referido documento estaba acorde con el bloque de constitucionalidad dominicano.

²² Ley número 225-20, General de Gestión Integral y Coprocesamiento de Residuos Sólidos. Disponible en <http://www.ecored.org.do/wp-content/uploads/2021/02/Ley-225-20-General-de-GIRS-CD-APROBADO-RESIDUOS-2.pdf>.

Otra sentencia que el magistrado Ray Guevara considera significativa para la tutela del derecho colectivo a la protección del medio ambiente es la TC/0021/17, que acogió en todas sus partes la acción constitucional de amparo interpuesta y procedió a revocar el acto administrativo del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales que otorgaba el permiso al aserradero levantado en el Parque Nacional de Valle Nuevo, en Constanza²³.

En investigación de campo ante la honorable Secretaría del Tribunal Constitucional de la República Dominicana nos fue aportado un repertorio jurisprudencial importante contentivo de decisiones rendidas por esa alta corte, máximo intérprete de la Constitución dominicana, en materia de medio ambiente, el cual incluye las decisiones expuestas por el honorable presidente de dicho organismo, así como además otras decisiones relevantes que consolidan el derecho al medio ambiente y su protección en la República Dominicana, verbigracia:

TC/0021/17: Área protegida

12.1.1.1. Tal como hemos visto, en la especie se trata de que los señores Ariel Sing y compartes procedieron a someter una acción de amparo preventivo ante el Tribunal Superior Administrativo contra el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos naturales con la finalidad de evitar la instalación de un aserradero, donado por el gobierno de Taiwán, en el Parque Nacional «Juan Bautista Pérez Rancier», de Valle Nuevo (municipio Constanza, provincia La Vega) noticia de la cual tuvieron conocimiento mediante publicación que al efecto efectuara el periódico nacional El Nuevo Diario, en la cual se expresaba que la instalación del aludido aserradero tenía la finalidad de extraer y aprovechar la madera de los troncos quemados que se encontraban en el parque como consecuencia de un gran incendio ocurrido en el año 2014 dentro de dicha área protegida (pp. 23 y 24).

23 Tribunal Constitucional de la República Dominicana. “Milton Ray Guevara Resalta Avances del TC en Materia de Protección al Medio Ambiente” (2021). Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/milton-ray-guevara-resalta-avances-del-tc-en-materia-de-proteccion-al-medio-ambiente>.

12.2.8. Siguiendo las normas, principios y razonamientos antes expuestos, así como la ponderación de los documentos anexos y la información recabada en el descenso realizado por una comisión de magistrados al Parque Nacional «Juan Bautista Pérez Rancier», de Valle Nuevo, el nueve (9) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), este Tribunal Constitucional ha advertido: 1) que, realmente, existe la posibilidad de la instalación del aserradero que denuncian los accionantes, lo cual podría causar serios daños al medio ambiente de la indicada área protegida; 2) que permitir la tala de los pinos y otras especies vegetales en dicha área afectaría gravemente la hidrografía de la isla, ya que en este valle nace el ochenta por ciento (80 %) de los ríos del país, por lo que es conocido como «Madre de las Aguas»; 3) que como consecuencia de lo anterior, el ecosistema de dicho parque podría resultar irremisiblemente deteriorado, afectando el nacimiento de los principales ríos del país (Yuna, Yaque del Norte, Camú, Yaque del Sur, entre otros), lo cual lesionaría de manera irreversible el medio ambiente en República Dominicana (p. 33).

12.2.12. A la luz de la argumentación expuesta con relación a la especie, este colegiado estima que ha quedado plenamente comprobado que con el hecho de instalar un aserradero en el Parque Nacional «Juan Bautista Pérez Rancier», de Valle Nuevo (municipio Constanza, provincia La Vega) —zona protegida como reserva científica desde 1983, y como parque nacional desde 1996—, se estaría vulnerando la protección del antes referido derecho colectivo y del medio ambiente consagrado en el artículo 66 de nuestra Carta Sustantiva, en vista del inminente y grave riesgo que pende sobre dicha área protegida ante la inaudita posibilidad de que se instale en ella un aserradero (p. 35).

TC/0372/14: Derecho a un medio ambiente sano

10.19. De igual forma, los accionantes establecen que la sentencia emitida olvidó referirse a la violación de los otros derechos demandados, es decir, derecho a la vivienda, a la salud, a la familia, libertad de tránsito y medio ambiente.

10.20. En el caso que nos ocupa, los hoy recurrentes se limitan a invocar un daño probable, sin aportar elementos probatorios suficientes que permitan a este tribunal, verificar la posibilidad de su materialización. Es necesario demostrar el perjuicio que sufre el derecho con la realización de la construcción del residencial referido, según lo exige el artículo 96 de la Ley 137/11, el cual prevé: El recurso contendrá las menciones exigidas para la interposición de la acción de amparo, haciéndose constar además de forma clara y precisa los agravios causados por la decisión impugnada. De todo esto se puede colegir que los recurrentes no ponen a este tribunal en condiciones de poder referirse a las violaciones alegadas, por lo que se ve impedido de pronunciarse sobre los mismos (p. 19).

TC/0368/14

Conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, la enmienda objeto de control es compatible con la Constitución, en razón de que es en el marco de estas disposiciones constitucionales y su correspondencia con el contenido analizado del acuerdo de Kyoto, particularmente los objetivos de reducción y limitación de las emisiones globales desarrollados en la indicada enmienda, que este tribunal constitucional la considera compatible con la Constitución dominicana (p. 7).

TC/0384/16: Contaminación ambiental

f) Ahora bien, este tribunal, analizando la sentencia impugnada, ha determinado que el juez de amparo hizo una correcta aplicación de la norma constitucional y actuó con un elevado sentido de justicia al decidir como lo hizo; y, en la especie, se evidenció, además, una acertada ponderación de los derechos involucrados: derecho al trabajo, a la libre empresa, el derecho a la salud y a un medioambiente sano.

g) Conviene precisar que al respecto, existe un informe del Departamento de Gestión Ambiental del Ayuntamiento del municipio Bonao, el cual establece la necesidad de que el taller de la referida

fábrica de muebles, ubicado en sus niveles segundo y tercero, de la avenida Libertad de la ciudad de Bonaó, sea trasladado a un lugar adecuado, pues el ruido que produce alcanza más de 70 decibeles, y en el municipio Bonaó todos los talleres de esta naturaleza están en las afueras de la ciudad (p. 12).

TC/0327/14: Contaminación auditiva

11.5. Como se advierte, la finalidad de las autoridades que dictaron la resolución cuestionada es garantizar el ejercicio armónico de la libertad de empresa y el derecho a un ambiente sano, lo cual es coherente con los principios y valores del estado social y democrático de derecho (p. 15).

TC/0402/16: Carácter supranacional

f) En relación con casos sobre explotación de yacimientos de mina, este tribunal constitucional, estableció, en los numerales 10.33 y 10.34 de su Sentencia TC/0167/13 que:

10.33. Si bien la explotación de los yacimientos mineros puede constituir una importante actividad generadora de riqueza que contribuye con el impulso del desarrollo económico, no es menos cierto que la necesaria protección del medio ambiente entraña tomar en cuenta los efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad, y cuando los estudios relativos al impacto ambiental de estos arroja resultados de tan alta negatividad, como expresan los informes expuestos por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), capítulo República Dominicana, y por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, es preciso concluir que se ha pretendido la exploración y explotación de yacimientos mineros (recursos naturales no renovables) sin la existencia de un criterio medio ambiental sostenible. 10.34. Resulta evidente al tener las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente un carácter general supranacional que propugna por la protección del bienestar de todos los seres humanos, estas hacen que los derechos de libertad de empresa y de trabajo queden limitados en su aplicación y efectos para permitir la plena ejecución de dicha preservación (pp. 11 y 12).

g) Del citado precedente se desprende que, si bien el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales posee la facultad para otorgar los permisos de explotación minera, siempre debe evaluar los efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad y máxime cuando los estudios relativos al impacto ambiental arrojan resultados negativos, como en la especie.

h) Para ordenar la suspensión, el juez de amparo tomó como base para la suspensión del permiso medioambiental, el informe pericial realizado por el Ing. Osiris de León, quien determinó que en la extracción de materiales de la mina no se llevan a cabo los criterios básicos que deben ser exigidos, decisión que es cónsona con los precedentes emitidos por este tribunal, referentes a la protección del medio ambiente (pp. 11 y 12).

TC/0307/16: Publicidad de propaganda política (contaminación visual)

t. En consecuencia, queda claramente delimitado que el fallo adoptado por la Presidencia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago fue correcto, ya que todavía la institución encargada de autorizar el inicio de la campaña electoral correspondiente al año dos mil dieciséis (2016), la Junta Central Electoral, no había realizado la proclama en ese sentido y que, además, la saturación de propaganda política ocasiona contaminación visual y afecta la salud de los habitantes, vulnerando sus derechos a un ambiente sano y a la salud, por lo que fue correcto el fallo adoptado por el juez de amparo, de acoger la acción de amparo objeto de la sentencia hoy recurrida en revisión constitucional y, por consiguiente, ordenar al Ayuntamiento del municipio Santiago y a la Junta Municipal Electoral de Santiago el retiro de las mismas, hasta la fecha de la proclama (pp. 23).

TC/0402/16: Descenso del TC (comprobación de daños ecológicos y erosión de suelo)

g) Del citado precedente se desprende que, si bien el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales posee la facultad para otorgar los permisos de explotación minera, siempre debe evaluar los

efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad y máxime cuando los estudios relativos al impacto ambiental arrojan resultados negativos, como en la especie.

h) Para ordenar la suspensión, el juez de amparo tomó como base para la suspensión del permiso medioambiental, el informe pericial realizado por el Ing. Osiris de León, quien determinó que en la extracción de materiales de la mina no se llevan a cabo los criterios básicos que deben ser exigidos, decisión que es cónsona con los precedentes emitidos por este tribunal, referentes a la protección del medio ambiente (p. 12).

TC/0363/14: Espectro radioeléctrico / impacto medioambiental / instalación antena de comunicaciones

c) El Tribunal Constitucional estima que del examen de la indicada sentencia No. 13-00252 se desprende que su texto no explica adecuadamente los motivos que indujeron a la Primera Sala de la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del distrito judicial de Barahona a considerar que la instalación de la antena a ser colocada por la Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A., (Claro Codetel) provocaría radiaciones cancerígenas a los moradores del entorno. Y con relación a la falta de motivación de las decisiones judiciales, este tribunal dictaminó, mediante Sentencia TC/0009/13, del once (11) de febrero de dos mil trece (2013), lo que se transcribe a continuación: (...) (p. 14).

e) Al respecto se debe precisar, que al no existir tampoco un estudio científico, a través del cual se pueda comprobar los daños que eventualmente señala la parte accionante, en principio, no es posible atribuírsele a la instalación de la referida antena las implicaciones aludidas por la accionante. Tampoco se verifica la alegada violación a la intimidad del hogar y del domicilio, por cuanto la amparista no está siendo objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia ni en su domicilio (p. 17).

g) En atención a los elementos expuestos, tal y como se indica en otra parte de la presente sentencia, este tribunal ha podido comprobar que la Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A. (Claro

Codetel) posee los permisos exigidos por la ley para este tipo de instalación, y que su expedición por parte de las autoridades oficiales correspondientes, se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos técnicos que la ley establece en interés de garantizar la seguridad de las personas y el medio ambiente dentro de los límites de las previsiones normales.

h) A través de la Resolución del Consejo Directivo No.119-08, se aprobó el reglamento para el cumplimiento de los límites de exposición de las personas a las emisiones electromagnéticas no ionizantes generadas por el uso del espectro radioeléctrico. En él se establecen los límites máximos de exposición a las emisiones electromagnéticas no ionizantes generadas por el uso de frecuencias en el espacio radioeléctrico, de acuerdo a los parámetros internacionales.

i) En virtud de las atribuciones conferidas por la Ley núm. 153-98, sobre Telecomunicaciones, como responsable de la administración, gestión y control del espectro radioeléctrico, el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), a través de comunicación remitida al Ministerio de Medio Ambiente, en fecha quince (15) de abril del dos mil nueve (2009), da constancia de que:

(...) para la realización de las mediciones correspondientes, se hace necesaria la previa instalación de la estación radioeléctrica (antena) objeto de medición y luego su puesta en operación; ocasión en que cada concesionaria deberá demostrar a los funcionarios de inspección del INDOTEL que las radiaciones generadas por las antenas de sus estaciones, cumplen con los límites máximos establecidos (...) en caso de exceder los límites deberá ajustar la potencia y características de emisión de sus sistemas, de manera que cumpla con el mandato reglamentario asociado.

De lo que se evidencia, que es imposible determinar previo a la instalación de la referida antena, si las radiaciones emitidas por ésta exceden el límite establecido (pp. 18 y 19).

TC/0021/17: Aserradero en Valle Nuevo / Amparo preventivo / Protección de los derechos colectivos y difusos (Medida de Instrucción – descenso de magistrados)

TC/0482/19 (Permisos – licencias)

Es la Carta Sustantiva la que establece que, solo con los debidos permisos y licencias, se podrá conceder la explotación de los yacimientos que se encuentran en el territorio dominicano; es así que el artículo 17 dispone que: Los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general los recursos naturales no renovables, solo pueden ser explorados y explotados por particulares, bajo criterios sostenibles, en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos 3 cuotas, en las condiciones que determine la ley. (...)En relación con las concesiones mineras, este tribunal estableció en su Sentencia TC/0482/18, del quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), pagina 28, literal s) que: Este derecho de explotación se adquiere mediante otorgamiento o concesión minera estatal, tal y como lo dispone el artículo 3 de la misma ley, y previo del cumplimiento de los requisitos dispuestos en los artículos 149 y siguientes de la misma norma, en ocasión del cual la Dirección General de Minería, adscrita al Ministerio de Energía y Minas, emite un dictamen, y el Ministerio, si lo encuentra satisfactorio a los intereses nacionales, remite la solicitud para la aprobación del Poder Ejecutivo (p. 31).

TC/0167/13: Expediente núm. TC-05-2012-0130, relativo al recurso de revisión constitucional en materia de amparo incoado por la sociedad comercial Falconbridge Dominicana, S. A. (Xstrata Nickel Falcondo) contra la Sentencia núm. 00077/2012, dictada por la Tercera Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de La Vega, en fecha doce (12) de octubre de dos mil doce (2012), en relación con la acción de amparo interpuesta por la Fundación Padre Rogelio Cruz, Miguel Ángel Reynoso Sicard y compartes:

10.30. En ese sentido, al tener los derechos de libre empresa y el derecho al trabajo componentes individuales frente al derecho colectivo y difuso que representan las medidas para la preservación del medio ambiente, el cual, como indicamos antes, tiene además un alcance supranacional, los dos primeros derechos deben ceder en su ámbito de protección frente al último siempre y cuando quede evidenciado que una actuación particular pueda tener o tenga un efecto adverso e irreversible en el mantenimiento del equilibrio ecológico, máxime cuando la actuación a largo plazo de los particulares pudiere arriesgar la seguridad y la subsistencia de seres humanos.

10.31. En el presente caso se trata de la concurrencia de derechos cuya restricción, por un lado, pudiera estar afectando los derechos laborales y de empresa de un determinado número de personas, incluyendo al propio Estado, que pudiera verse privado de percibir ingresos económicos por concepto de exploración y explotación minera; y por otro lado, la posibilidad de que resulten afectados derechos e intereses colectivos o derechos de tercera generación que procuran el bienestar de la comunidad a través de la preservación de la ecología, la fauna, la flora y del medio ambiente, elementos estos que constituyen parte esencial de la riqueza natural, del patrimonio público y del propio futuro del pueblo dominicano (p. 19).

10.32. En este punto, debemos precisar que las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente, al tener un alcance general que traspasa el ámbito nacional, por propugnar, como parte del sostenimiento ecológico del planeta, la protección de los recursos eco sistémicos, hidrológicos y de biodiversidad existentes en cada Estado, la misma deviene en configurar la existencia de un derecho colectivo y difuso que tiene un alcance supranacional, que encierra el compromiso de que cada nación le otorgue preponderancia a la aplicabilidad de la misma en aquellos casos en que una actividad pueda o esté afectando de forma negativa ese sostenimiento, o ponga en riesgo el resguardo ecológico del país.

10.33. Si bien la explotación de los yacimientos mineros puede constituir una importante actividad generadora de riqueza que contribuye con el impulso del desarrollo económico, no es menos

cierto que la necesaria protección del medio ambiente entraña tomar en cuenta los efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad, y cuando los estudios relativos al impacto ambiental de estos arroja resultados de tan alta negatividad, como expresan los informes expuestos por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), capítulo República Dominicana, y por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, es preciso concluir que se ha pretendido la exploración y explotación de yacimientos mineros (recursos naturales no renovables) sin la existencia de un criterio medio ambiental sostenible.

10.34. Resulta evidente al tener las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente un carácter general supranacional que propugna por la protección del bienestar de todos los seres humanos, estas hacen que los derechos de libertad de empresa y de trabajo queden limitados en su aplicación y efectos para permitir la plena ejecución de dicha preservación (p. 20).

TC/0151/16: Expediente núm. TC-07-2015-0084, relativo a la solicitud de suspensión de ejecución de sentencia interpuesta por la sociedad comercial Equipos y Construcciones del Cibao, S. R. L. (ECOCISA) contra la Sentencia de amparo núm. 514-15-00478, dictada por la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago el 23 de septiembre de 2015:

9.10. En este aspecto, corresponde destacar el nivel preponderante en la conservación del medio ambiente y los recursos naturales, situación que fue destacada por este tribunal constitucional en la Sentencia TC/0167/13, donde se indicó:

Este Tribunal considera que el juez de amparo de primer grado hizo una correcta interpretación y aplicación del derecho, toda vez que privilegió la tutela del interés que en el caso resultaba supremo: la protección del medio ambiente. Por otra parte, los daños que procura evitar la parte accionante resultarían ínfimamente menores en relación con la gravedad que generaría la ejecución de un proyecto minero que impactaría negativamente y deterioraría

el ecosistema, los recursos hídricos, la flora y la fauna de una importante zona geográfica del país, ubicada en la cordillera central, entre las provincias La vega y Monseñor Nouel (pp. 13 y 14).

CONCLUSIONES

Al arribo de la entrega de estas ideas que en su conjunto componen este comentario, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- El ser humano necesita el medio ambiente para su alimentación, medio natural de sobrevivencia y hábitat de subsistencia;
- Los organismos internacionales han tomado cartas en el asunto denominado medio ambiente, en atención a la necesidad de compatibilizar el desarrollo de los pueblos con la sostenibilidad, es decir, cuidado, protección y preservación del medio ambiente en cualquiera de sus manifestaciones;
- La República Dominicana cuenta con instrumentos de rango constitucional y legales para la protección del medio ambiente; cualquier ciudadano interesado en el cuidado medioambiental puede interponer denuncias para hacer de conocimiento de las autoridades las infracciones penales que lesionen el medio ambiente, así como la posibilidad de presentar acciones de amparo para procurar de los tribunales nacionales la protección del medio ambiente y el caso puede llegar incluso ante el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, el cual ha dictado sentencias ejemplares tendentes a la protección del medio ambiente.
- Es compromiso de todos estar pendientes para preservar el medio ambiente en nuestro provecho y el de las futuras generaciones.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 68 Y 69

POR DOMINGO GIL

CAPÍTULO II DE LAS GARANTÍAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

Comentario

A diferencia de cualquier otro texto constitucional dominicano, la reforma constitucional de 2010 no solo incluyó un amplio catálogo de derechos fundamentales (artículos 37 a 67), sino que, además, consagró, de manera expresa, varios artículos relativos a las garantías de esos derechos, previstas entre los artículos 68 a 74¹. Estas consisten en principios, reglas e institutos de naturaleza procesal que operan como mecanismos de protección para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Es claro, pues, que esas garantías procesales son, por igual, verdaderos derechos fundamentales.

1 Entre estos artículos está el 73, texto que prescribe la nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional y que, por tanto, no parece estar referido, al menos de manera directa, a las garantías de los derechos fundamentales que reconoce la carta sustantiva. Nos parece que su ubicación lógica debió ser el título I de nuestra carta sustantiva, pues, además de consignar lo concerniente a la nación, el Estado y el Gobierno, establece los principios fundamentales en que descansa la Constitución política de la República, tema más directamente conectado al orden constitucional que a las garantías de los derechos fundamentales.

El primero de esos textos, como puede apreciarse, es el artículo 68², el cual, por tanto, es la puerta de entrada a esas garantías fundamentales. Tres cuestiones básicas, al menos, se plantean a partir del análisis de este texto:

La primera cuestión tiene que ver con la garantía de los derechos fundamentales: la propia Constitución se constituye en garante de la efectividad de esos derechos. Pese a la redacción deficiente del texto³, ha de entenderse que esa garantía la ofrece la carta sustantiva mediante los mecanismos de tutela que ella establece, de donde se concluye que, más que una posibilidad, el constituyente pretende dar seguridad de esa protección.

La segunda cuestión tiene que ver con esos mecanismos de tutela. Aunque la Asamblea Revisora de 2010 no lo haya expresado así, es preciso hacer una distinción entre los distintos mecanismos de tutela: unos son de tipo sustantivo, la *tutela sustantiva*, y otros jurisdiccionales, *tutela jurisdiccional*⁴. La tutela sustantiva está referida a la política puesta en marcha por el Estado para hacer efectivos los derechos fundamentales, como las medidas sobre salud, educación, seguridad social, salarios, medioambiente, libertades públicas, derechos fundamentales, entre muchas otras, con exclusión de los instrumentos dirigidos a la solución de los conflictos de derechos e intereses que se resuelven por la vía jurisdiccional, que corresponde a la tutela jurisdiccional. La obligación del Estado de tutelar los derechos de las personas por la vía jurisdiccional se expresa de la siguiente manera:

- 1) con la creación de los órganos jurisdiccionales que han de conocer las acciones relativas a los conflictos que se generan en procura de la protección y salvaguarda de esos derechos e intereses legítimos.

2 Este artículo 68 no puede ser analizado de manera aislada, sino a la luz de otros textos constitucionales esenciales para la comprensión de los mecanismos de protección o tutela de los derechos fundamentales, de manera específica, o los derechos e intereses jurídicos protegidos, de manera general. Entre estos tienen una importancia capital los artículos 8 y 69 de Ley fundamental de la República.

3 Es impropio establecer que la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales mediante "mecanismos de tutela y protección", pues *tutela* es sinónimo de *protección* o *amparo*, como *tutelar* quiere decir *proteger* o *amparar*. Por tanto, en el texto sobra el término *protección*.

4 La Constitución dominicana de 2010, por influencia de la Constitución española de 1978, emplea en su artículo 69 el término de *tutela judicial efectiva*. Sin embargo, ese término es impropio o inadecuado, ya que, además de la judicial, hay otras vías jurisdiccionales de protección o tutela de los derechos fundamentales, como la disciplinaria y la administrativa, entre otras. Es preciso señalar, asimismo, que, para que la tutela jurisdiccional sea real o verdadera, ha de ser *efectiva*, razón por la cual el propósito no puede ser otro que aplicar mecanismos o instrumentos que no sean de esta naturaleza, pues, de lo contrario, la tutela no sería tal o, al menos, esa efectividad no sería una finalidad. Por tanto, aquí también sobra el calificativo de tutela judicial *efectiva*.

El número creciente de esos órganos (entre los que vale mencionar el Tribunal Constitucional, como guardián de la Constitución y garante presumido del orden constitucional, junto a los órganos jurisdiccionales de derecho común) obedece a ese propósito;

- 2) con el establecimiento de los procedimientos jurisdiccionales necesarios para encausar esas acciones, sean estos de carácter constitucional (como el *habeas corpus*, el *habeas data*, el amparo o los que en el futuro fueren creados con esa misma naturaleza, es decir, como garantías constitucionales del proceso) o los de carácter adjetivo, sean especiales u ordinarios; y
- 3) con el cumplimiento, como etapa final, de las garantías que conforman el debido proceso, de observación obligada en cada proceso de tipo jurisdiccional en que se procure tutelar derechos e intereses legítimos por vía jurisdiccional, como bien concibe el artículo 69 constitucional. Ello implica el respeto de las garantías referidas al acceso a la jurisdicción (el derecho a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial y el derecho a la asistencia letrada), al enjuiciamiento (entre las que es esencial el derecho de defensa, entre otras) y las relativas a la sentencia (que conllevan el derecho a la motivación de la sentencia, el derecho al cuestionamiento de la decisión dada y el derecho a la ejecución de la sentencia obtenida).

La tercera cuestión está referida al mandato dirigido a los poderes públicos, los cuales están vinculados (ello es imperativo) a la obligación asumida por el Estado de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, lo que no puede ser de otro modo, pues el Estado no actúa sino a través de los órganos y poderes públicos. Esta disposición parecería descansar en la concepción tradicional sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, basada en la tesis (extremista) de que estas prerrogativas se dirigen contra el Estado, quien es exclusivamente su garante. Esta tesis tradicional –modernamente abandonada– se contrapone a aquella que considera que los derechos fundamentales son exigibles, también, en el marco de las controversias entre particulares. Este último es el criterio aceptado como válido a partir de la sentencia del caso Lüth, dictada por el

Tribunal Federal alemán el 15 de enero de 1958. En nuestro ordenamiento jurídico no hay controversia al respecto, no solo por una corriente legislativa y jurisprudencial ordinaria y constitucional bien definida, sino por los términos claros del artículo 72 constitucional. De ello se concluye que el Estado no solo debe garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los particulares (individuos o colectividades) frente a los poderes y órganos del Estado, sino, por igual, de los particulares entre sí, lo que ha de entenderse como una función esencial del Estado, de conformidad con los términos claros del artículo 8 de nuestra carta sustantiva.

Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respecto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita.
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley;
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respecto al derecho de defensa;
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;
- 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;
- 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando solo la persona condenada recurra la sentencia;

10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Comentario

Respecto del artículo 69 de la Constitución de la República se presentan, al menos, dos grandes cuestiones de sumo interés para los usuarios y, de manera especial, para los operadores jurídicos a la hora de su estudio o uso para procurar la solución de algún conflicto jurídico; a saber: el vínculo o la conexidad entre la tutela judicial efectiva y el debido proceso, por una parte, y el tratamiento del contenido del debido proceso, por la otra.

El texto tiene una indiscutida doble influencia: la proveniente del derecho anglosajón, con la inclusión en el mencionado artículo del instituto del *debido proceso*, y la incorporación a dicho texto de la *tutela judicial efectiva*, institución que viene del derecho español. El interés que ello presenta es indiscutible, sobre todo si se toma en consideración las grandes diferencias entre ambos derechos, provenientes de familias jurídicas distintas, lo que, en apariencia, debería conducir a la creación de instituciones también distintas, conclusión a la que, en principio, no deberían sustraerse el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Parte I. El problema conceptual entre tutela judicial efectiva y debido proceso

El análisis aislado del debido proceso como garantía procesal no debería presentar más problemas que los propios de la interpretación y aplicación de un instituto jurídico. Desde su origen, en la carta magna de 1215, la acuñación del término, en la versión de la carta magna de 1354, y su incorporación a la Constitución de Estados Unidos, mediante las enmiendas V y XIV, la doctrina y la jurisprudencia tienen claro que el debido proceso está referido, en su original *carácter adjetivo*, a un proceso de garantías mínimas para los justiciables, y al control de la razonabilidad de las normas, en su *carácter sustantivo*, como una derivación de su matiz inicial. No obstante, los conflictos de interpretación adquieren mayor envergadura cuando se

hace la conexión entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva, tal como ocurre con el artículo 69 de la Constitución dominicana.

Para algunos, incluso, la tutela judicial efectiva y el debido proceso son un mismo concepto. Se ha afirmado al respecto, de manera rotunda, que el derecho a la tutela judicial es el equivalente a la institución que en el derecho anglosajón se conoce como el *due process of law*, el derecho al debido proceso de ley⁵. Se ha señalado, de manera vehemente, que sostener lo contrario no es más que incurrir en una distinción artificiosa entre la primera y el segundo, distinción que estaría basada –se afirma– en el desconocimiento y la confusión del fondo de dichos institutos procesales, sobre la base, errada, de que la tutela judicial efectiva se refiere al comportamiento externo del órgano jurisdiccional, mientras que el debido proceso legal concierne al comportamiento del órgano jurisdiccional al interior de cada proceso judicial, como si se tratase de instituciones distintas, cuando, en sustancia, son lo mismo⁶.

Sin embargo, el vínculo entre ambos institutos jurídicos no parece tan claro y sencillo como pretenden posiciones doctrinales tan radicales como la anterior. Esto se pone de manifiesto no solo porque hay otro sector de la doctrina que mantiene una opinión totalmente contraria a la señalada, al punto de considerar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no es más que el derecho a exigir al Estado el cumplimiento de la prestación jurisdiccional que sobre él recae⁷, sino, además, por la variedad de criterios existentes al interior de la primera de dichas corrientes doctrinales. En este sector de la doctrina podemos identificar, al menos, cuatro grupos con posiciones distintas, que van desde los que sostienen que la una y el otro son un mismo instituto procesal, hasta quienes se empeñan en sostener que entre estos hay una relación de género a especie, sea porque el debido proceso esté incluido en la tutela judicial efectiva, sea por exactamente lo contrario, al considerar esta última como parte del primero⁸. Las contradicciones

5 LÓPEZ GUERRA, Luis, et al. *Derecho constitucional*, 7.^a ed.: Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, vol. I, p. 359.

6 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Protección constitucional del debido proceso*: Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009, p. 27.

7 Vid. Luiz Guilherme Marinoni, “La eficacia del derecho fundamental a la tutela efectiva sobre el legislador, el juez y las partes”, en PRIORI POSADA, Giovanni F. (editor). *Proceso y Constitución*: Ara Editores, Lima, 2011, pp. 115-140.

8 Vid. el estudio hecho al respecto por Víctor Roberto Obando Blanco, “El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias”, en Giovanni F. Priori Posada, *ibid.*, pp. 141-188.

son, pues, más que evidentes. Jesús González Pérez lo conceptualiza (en su concepción amplia de *tutela jurisdiccional efectiva*) como “... el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’...”⁹. Así dicho, se entendería que este es, en definitiva y de manera sencilla, el derecho de toda persona a la protección, por la vía jurisdiccional, de sus derechos e intereses cuando no es posible o está en peligro su ejercicio a causa de las actuaciones de otra u otras personas físicas o morales; que, además, tiene un carácter instrumental, por tratarse de la natural herramienta procesal adscrita a los derechos subjetivos de carácter sustantivo que la ley habilita cuando el ejercicio de estos derechos es entorpecido por la actuación de otro u otros.

El tratamiento del tema por algunos autores es, incluso, peor cuando –además de partir de criterios doctrinales que no aceptan, asimilan o, simplemente, no comprenden la diferencia entre tutela judicial efectiva y debido proceso– pretenden analizar (a veces por encargo profesional pagado) el artículo 69 constitucional a la luz de consideraciones que no toman en cuenta la conexidad entre ambos institutos, pese a sus orígenes distintos y a las notables diferencias en torno al tema entre el ordenamiento constitucional dominicano y el de los países de esos autores. Es el caso de Eduardo Espín Templado, quien incurre en el repetido error de reducir la tutela judicial efectiva al debido proceso, pues, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España (órgano que juzga a la luz del artículo 24 de la Constitución de ese país), afirma que la tutela judicial efectiva (y solo ella) tiene por contenido “el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, motivada, razonable y no arbitraria, que, en principio ha de resolver el fondo de la controversia suscitada ante el órgano judicial y sin que se pueda producir indefensión...”¹⁰.

Lo señalado no solo tiene que ver con el contenido de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, sino, además, con la existencia misma del debido proceso y la conexidad entre uno y otro. A continuación, trataré de demostrar (aunque de manera muy escueta, a causa de la extensión impuesta para el comentario del texto constitucional citado) la deficiencia de los criterios antes expuestos.

9 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed.: Madrid, Civitas Ediciones, 2001, p. 33.

10 Eduardo Espín Templado, “Las garantías de los derechos y libertades” (comentario a los Capítulos II y III del Título II), en GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo (directores). *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*: Madrid, La Ley, 2012, t. II, pp. 434-435.

Creemos, en realidad, que en el caso concreto de nuestra ley fundamental, el artículo 69 constitucional establece –pese a su deficiente redacción– una clara distinción entre *tutela judicial efectiva* y *debido proceso*. Tal como lo ha pretendido el constituyente dominicano, la tutela jurisdiccional es el derecho subjetivo de toda persona a acudir ante el órgano jurisdiccional habitado a procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos, mientras que el debido proceso es uno de los instrumentos procesales para lograr aquella. Esta es, en realidad, la conexión existente, en lo fundamental, entre ambos institutos jurídicos. Es por ello que puede sostenerse con propiedad que la tutela jurisdiccional efectiva “... constituye la manifestación constitucional de determinadas instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el real, libre e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo de los órganos competentes del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes o la creación de nuevas situaciones jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad”¹¹.

El otro gran problema que presenta el artículo 69 de la Constitución de la República concierne, como ya se ha anunciado, al tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia han dado al contenido del debido proceso, tornándose complejo al momento de intentar abordar las garantías que lo integran. Es como regresar al debate anterior, pues considerar que la tutela judicial efectiva y el debido proceso son institutos similares, parece conducir a iguales contenidos en uno y otro caso; diferente, obviamente, cuando se considera que ambos son distintos.

Incluso en el sentido apuntado no deja de tener importancia el término mismo (más allá del concepto) de *tutela judicial efectiva*, que ya parece haber sido superado por el mucho más amplio de *tutela jurisdiccional efectiva*, pues este último está referido a todo tipo de proceso (administrativo, disciplinario, policial, militar, además del judicial). No obstante, pese a la

11 DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*: Lima, Cultura del Cuzco Editores, 1995, p. 137.

aparente claridad de lo dicho, este aspecto del asunto tratado parece suscitar algún dilema para los autores que, en lugar de esa diferencia entre una concepción más abarcadora en un caso que en el otro, se empeñan en pretender establecer una distinción conceptual, refiriendo la primera al proceso judicial y la otra a los demás procesos, con exclusión, por tanto, del primero, como si lo jurisdiccional no abarcara también lo judicial. Aquí la tozudez es mayor que la persistente confusión.

A ello se suma que la doctrina no parece tener una idea total o completa de las garantías procesales que comprende el debido proceso, no solo respecto del número o la cantidad de estas, sino, sobre todo, de la organización y de la secuencia que estas siguen en el proceso. Esto explica que, con asombrosa frecuencia, muchos autores se limiten a hacer una especie de catálogo (incompleto, por lo general) de estas garantías, sin clasificarlas o agruparlas según los criterios que se entienda pertinentes para su mejor comprensión. Incluso, más allá de lo anterior, la mayor carencia de los estudios realizados en torno a ese contenido tiene que ver con el orden lógico en que deben presentarse y desarrollarse esas garantías, desconociendo lo que podría llamarse el *procedimiento del debido proceso*.

Aunque parezca innecesario indicarlo, pues en esto la claridad del artículo 69 de la Constitución no parece arrojar duda alguna, este estudio está referido exclusivamente al *debido proceso adjetivo*, no al *debido proceso sustantivo*, que entre nosotros es equivalente al *principio de razonabilidad*.

Parte II. Contenido del debido proceso: sus garantías

El debido proceso es un todo armónico y completo de garantías procesales, organizadas sobre la base del orden procedimental de cada disciplina jurídica. El artículo 69 establece un catálogo de esas garantías que, de conformidad con lo dispuesto por el acápite 10 de ese texto, “se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”¹². Ese catálogo

12 Se ha afirmado sobre ese catálogo lo siguiente: “El conjunto de derechos y garantías que se enumeran en art. 69 presentan [sic] una dicotomía clara. Aunque todo el precepto tiene, como hemos dicho antes, una connotación penal en cuanto a su redacción, hay garantías que predicarse de todo tipo de procedimientos mientras que otras son, por su propio contenido, de naturaleza estrictamente penal o, más en general sancionadora. En algún caso, como el apartado 9), se agrupan garantías de uno y otro tipo” (véase Eduardo Espín Templado, *ob. cit.*, p. 435). Y sobre esa base dicho autor divide las garantías consagradas en el artículo 69 constitucional en “garantías generales para todo proceso”, que son las previstas en los incisos 1, 2, 4, 8, 9 y 10, y “derechos y garantías de naturaleza penal o sancionadora”,

no es limitativo, ya que a este deben sumarse todas aquellas que sean de igual naturaleza a las incluidas en ese catálogo, conforme a lo prescrito por el artículo 74.2 de la Constitución, texto en el que se funda la teoría de los derechos implícitos y se construye el bloque de constitucionalidad¹³. A partir de esta idea y del hecho de que resultaría muy extenso comentar por separado cada una de esas garantías, y a fin de satisfacer los propósitos aquí perseguidos, he considerado necesario y pertinente agrupar esas garantías en dos grandes bloques, referidos a dos etapas o momentos del proceso: las relativas al acceso a la jurisdicción (I) y las concernientes al enjuiciamiento (II).

I. LAS GARANTÍAS DEL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Estas garantías son, a su vez, dos grandes tipos: el derecho de acceso a la Justicia (A) y el derecho a la asistencia letrada (B).

A. El derecho de acceso a la Justicia

Esta prerrogativa comprende el derecho a ser oído (y a una justicia accesible, oportuna y gratuita) y el derecho al juez natural preconstituido.

que son los incluidos en los apartados 3, 5, 6, 7 y 9. Sin embargo, es necesario advertir que este criterio es poco garantista, pues excluye la aplicación del segundo tipo de garantías a los procesos que no son de naturaleza penal o sancionadora, reduciendo así su alcance. Por suerte la actual práctica judicial y constitucional dominicana es contraria a este criterio, lo que se pone de manifiesto en casos de garantías tan relevantes como los principios *non bis in idem* y *non reformatio in peius* (previstos por los acápites 5 y 9, respectivamente, de ese texto), los cuales son de aplicación frecuente en materia laboral, para solo citar un ejemplo de una disciplina jurídica distinta a la penal.

13 Vide Domingo Gil, "Teoría de los derechos implícitos", *Anuario 2015 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, 2016, págs. 149-170. En una visión reductora del catálogo de derechos fundamentales (es el caso de una buena parte de la doctrina jurídica española) esta teoría es de difícil asimilación o comprensión, sobre todo cuando se pretende analizar el artículo 74.1 de la Constitución dominicana con la misma lupa con que se analiza un ordenamiento constitucional que carece de una disposición como esa. Este es el caso, para solo citar un ejemplo, de Eduardo Espín Templado (véase la obra citada, p. 426). Y es evidente que con una visión decimonónica del derecho constitucional tampoco se entenderá o concebirá como válida la *labor de integración* que asumieron los publicistas clásicos del siglo pasado, como Esmein, Hauriou y Jellinek, ni autores más recientes, Bidart Campos, ni se aceptará como jurídicamente válido el llamado *bloque de constitucionalidad* (que los dominicanos hemos derivado del mencionado artículo 74.1 constitucional), como lo demuestran las opiniones de algunos autores españoles dadas con ocasión del Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional organizado por la Universidad de Sevilla, en septiembre de 1990, cuyos trabajos fueron publicados (*vide* FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad*: Madrid, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, 1991).

1. Los derechos a ser oído y a una justicia accesible, oportuna y gratuita

El derecho a ser oído consiste en el derecho de audiencia, es decir, el derecho de acudir ante un juez para que este oiga y conozca la reclamación o la acusación que presenta un justiciable contra alguien o, en sentido inverso, para que oiga los medios de defensa concernientes a esa reclamación o acusación, sin que en ello esté comprometido un resultado previamente determinado en favor de una de las partes en litis. Es más que obvio que la obligación del juez apoderado es la de decir el derecho en el sentido que así lo considere, conforme a los medios de hecho y de derecho presentados por las partes en conflicto. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha precisado:

... Este derecho al debido proceso, no atribuye, como este Tribunal ha tenido ocasión de decir ya en gran número de ocasiones, el derecho a obtener la satisfacción de la pretensión sustantiva o de fondo que en el proceso se deduce, y tampoco comprende un derecho a que en el proceso se observen todos los trámites (incidentes, recursos, etc.), que el litigante desea, ya que lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos es el proceso y las garantías procesales constitucionalizadas¹⁴.

Conforme a esto último, el derecho a ser oído “es un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso haya establecido el legislador, que sin embargo, no puede fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos”¹⁵.

Este derecho ha sido expresamente reconocido por el artículo 69.2 constitucional, el cual dispone que toda persona tiene “el derecho a ser oído, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley”. En ese mismo sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

14 Sentencia STC 22/1982, de 18 de mayo de 1982.

15 Sentencias STC 185/1987, de 18 de noviembre de 1987, y STC 108/2000, de 5 de mayo de 2000.

Toda personal tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...

Asimismo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

Como se aprecia, estos textos consagran, como garantía fundamental del proceso, el derecho de audiencia, que consiste en el derecho, particular y concreto, que tiene todo justiciable a ser oído por el órgano jurisdiccional competente para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, en cualquier materia de carácter jurisdiccional.

De los textos señalados se concluye que el derecho a ser oído comprende una doble prerrogativa: por una parte, el derecho a estar en justicia, es decir, el derecho a comparecer ante un juez y poder postular ante él, y, en segundo lugar, el derecho de audiencia, lo que se traduce en el derecho a que el juez competente conozca de la acusación o de la defensa, según el caso, sea para la acusación o la demanda, sea para la defensa, según el rol que corresponda al justiciable en el proceso.

No basta que se garantice el desarrollo de un juicio de garantías si no hay posibilidad de acceder, de manera real y efectiva, al órgano competente donde ha de hacerse la reclamación de lugar, puesto que no se lograría nada con proteger las garantías procesales por sí solas si el acceso a un tribunal no es posible¹⁶.

16 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Golder vs. Reino Unido, de 21 de febrero de 1975.

El acceso a la justicia bajo estas condiciones tiene tanta importancia como el proceso mismo. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene:

El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial implica no solo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimiento ya instituido; también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo, o en el caso de un proceso penal en el cual se le niega a la parte lesionada la oportunidad de acusar...¹⁷.

Este es, pues, un derecho procesal fundamental y, en tanto que tal, un derecho tutelable, como ha sido juzgado por la Corte Constitucional de Colombia¹⁸.

Debe entenderse como un atentado contra este derecho todo obstáculo que impida o dificulte su ejercicio. Es el caso, por ejemplo, de los impuestos o tasas judiciales cuando van mucho más allá de lo razonable para cubrir los costos de la administración de la justicia y la remuneración del trabajo profesional que se realiza con ocasión de esta. Ello implica dejar al poder discrecional del juzgado la determinación del carácter razonable de las tasas judiciales. Los impuestos, tasas judiciales y costos solo se justifican –a la luz del acceso a la justicia, como garantía del debido proceso– para el mantenimiento de los órganos jurisdiccionales ante los cuales ha de ser ejercido el derecho que se pretende proteger y el pago equitativo de los honorarios profesionales. Por consiguiente, los impuestos, tasas y costos generales que no cumplan con esta finalidad son contrarios al derecho al debido proceso. Sin embargo, muy temprano en su quehacer, el Tribunal Constitucional dominicano siguió el rumbo trazado por la Suprema Corte de Justicia al considerar que “la gratuidad de la justicia no significa en modo alguno que el legislador, dentro de su poder de configuración legislativa de los procedimientos jurisdiccionales, no establezca costas, tasas o impuestos judiciales así como un sistema de garantías económicas orientado a resguardar el cumplimiento de determinadas actuaciones procesales [...]; garantías que

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe no. 10/95, caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995.

18 Sentencia T-257/94, de 15 de julio de 1994, caso Alejandrina Guerrero Ortega.

no tienen por finalidad la remuneración a los jueces por la prestación de servicios judiciales, sino el aseguramiento del cumplimiento de ciertos actos y actuaciones de carácter procedimental, por lo que el establecimiento de fianzas judiciales no constituye una violación al principio de gratuidad de la justicia...”¹⁹, aunque hay que decir que también reconoció la inconstitucionalidad de los artículos 13 y 41 de la ley 2334 por requerir el pago de una suma de dinero desproporcional al servicio que se presta con relación a la ejecución de una sentencia²⁰.

Finalmente, respecto del derecho de acceso a la justicia es importante destacar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos considera que “... el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo al artículo 29, inciso c) de la Convención, según la cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa”²¹.

2. El juez del debido proceso

El artículo 69.2 reconoce el derecho a ser oído por una *jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley*. En doctrina y jurisprudencia se habla del *derecho al juez natural pre-constituido*, con todo lo que ello implica.

En primer lugar, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe entenderse por juez natural –de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención– aquel propio de la justicia ordinaria, competente, independiente e imparcial que, además, actúa “... con arreglo a procedimientos legalmente establecidos...”²². Por eso las garantías deben ser judiciales, lo que implica, de manera obvia, la existencia del órgano judicial apto para conocer el caso de que se trate, lo cual excluye los tribunales de excepción (como los militares, por ser dependientes de las fuerzas armadas, órganos inmersos

19 Tribunal Constitucional dominicano, sentencia TC/0050/12, de 16 de octubre de 2012.

20 Tribunal Constitucional dominicano, sentencia TC/0339/14, de 22 de diciembre de 2014.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH), caso Blake vs. Guatemala, de 24 de enero de 1998, Serie C, no. 36.

22 *Ibid*, párrafos 129 a 131.

en el propio combate de la actuación de los justiciables, pues serían juez y parte a la vez) o los jueces “sin rostro”, ya que, si son tales, el justiciable no podría conocer su identidad y, por ende, valorar su competencia²³.

En segundo lugar, el referido texto constitucional prescribe que el juez del debido proceso debe ser el juez competente, lo que significa que este ha de ser el *predeterminado por la ley*. Pero este criterio general no es suficiente. En efecto, debido a muchos casos de “arbitrariedad legal” es necesario que sea completado con criterios de competencia determinados por la materia, el territorio y, a veces, por la condición o la calidad de las personas en litis. A ello debe agregarse el criterio clásico del juez ordinario, entendido como el juez de “derecho común”, es decir, aquel a quien corresponde el conocimiento de todos los casos que no son atribuidos de manera especial a otro juez. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha negado la condición de juez del debido proceso a los llamados *tribunales transitorios* creados para responder a hechos ya ocurridos²⁴; a los *tribunales militares y policiales*, ya que esta jurisdicción no es la natural para juzgar asuntos de la justicia ordinaria²⁵, además de que “... en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”²⁶; y a los *jueces sin rostro*, los cuales afectan la garantía del tribunal, pues el procesado no puede conocer la identidad del juzgador y, por tanto, no puede valorar su competencia y, con ello, la posibilidad de recusación, lo que atenta contra el derecho de defensa²⁷, además de la posibilidad de determinar si este reúne las condiciones legales para desempeñar esa función.

El juez del debido proceso ha de ser, por igual, independiente e imparcial. A estos fines ha de tomarse en consideración la forma de designación de los miembros del órgano, la duración de su mandato, la existencia o no

23 *Ibid.*, párrafos 130 a 133.

24 Caso Ivcher, de 6 de febrero de 2001, párrafos 114-115.

25 Casos Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 30 de mayo de 1999, párrafo 128; Cantoral Benavides vs. Perú, 18 de agosto de 2000, párrafo. 112; Masacre de la Rochela vs. Colombia, 11 de mayo de 2007, párrafo 200.

26 Casos Durand y Ugarte vs. Perú, 16 de agosto de 2000, párrafo 117; y Cantoral Benavides vs. Perú, prec., pár. 113.

27 Casos Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, prec., párrafo 113; y Cantoral Benavides vs. Perú, prec., párrafo 127.

de presiones externas y la mera apariencia de independencia o no del órgano judicial de que se trate²⁸. En este sentido es pertinente señalar, a modo de ejemplo, que la condición de los jueces que integran una corte de seguridad del Estado les quita independencia frente al Poder Ejecutivo²⁹, al que, por lo general, están constitucional y legalmente sometidos. En cuanto a la imparcialidad, debe entenderse como juez o tribunal imparcial el que juzga de manera libre o en ausencia de prejuicio y favoritismo³⁰. Es obvio, pues, que prejuicio e imparcialidad son incompatibles para el debido proceso. En razón de ello, ha de considerarse como perjudicado y, por tanto, carente de imparcialidad, al juez que conoce un caso que ya había conocido en otra instancia o en otro procedimiento o en otro caso cuya solución influya, de manera decisiva, en el presente³¹.

B. El derecho a la asistencia letrada

Los derechos anteriores han de ser completados con el derecho a tener consejero profesional calificado (abogado, en principio)³², pues solo de esta manera puede entenderse como un ejercicio real y efectivo del derecho de acceso a la justicia, debido a los beneficios ordinarios que conlleva una asistencia letrada. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que este derecho no ha sido suficientemente garantizado cuando a un justiciable no se le proporciona asistencia letrada. En su opinión consultiva 10/89 la Corte afirmó: "...los literales d y e del artículo 8.2 expresan que el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna"³³. Por su parte, la Comisión también sostiene que se viola esta prerrogativa cuando el dere-

28 TEDH, sentencia de 28 de junio de 1984, caso Campbell y Fell vs. Reino Unido, serie A, No. 80.

29 TEDH, caso Incal vs. Turquía, de 9 de junio de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV, y caso Ócalan vs. Turquía, no. 46221/99, 2005-IV.

30 TEDH, caso Piersack vs. Bélgica, de 1o de octubre de 1982, serie A, no. 53.

31 En el caso Palamara Iribarne la Corte Interamericana juzgó que el juez imparcial es aquel que no tiene interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentra involucrado en la controversia (sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, párrafo 135).

32 Es pertinente aclarar que el derecho a tener consejero profesional (o asistencia letrada) es también –ello parece obvio– un derecho a ser invocado con ocasión del desarrollo del proceso, razón por la cual algunas consideraciones que aquí se hacen son válidas para el proceso en su desarrollo.

33 En nuestro país este derecho ha sido constitucionalmente reconocido en materia penal mediante los artículos 176 y 177 de la Carta Sustantiva.

cho interno no dispone de asistencia letrada para las acciones constitucionales al amparo del artículo 25 de la Convención, en correspondencia con el artículo 25.f de su reglamento³⁴. También se viola este derecho cuando el procesado no puede contar con asistencia legal desde la fecha de su detención, se le nombra un abogado de oficio contra su voluntad de escoger, no se le nombra de manera oportuna (dentro o fuera del proceso) o su abogado encuentra obstáculos para realizar su labor³⁵.

Para que la asistencia letrada sea válida, debe ser efectiva, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebida. Deja de serlo cuando el abogado apoderado incurre en errores de tal magnitud que podría considerarse que el justiciable que lo ha apoderado está siendo privado de un juicio justo³⁶. También ha de ser independiente, lo que significa que "... las actuaciones de los abogados estén encaminadas, única y exclusivamente, a defender los intereses de su representado"³⁷. Por tanto, un abogado no puede representar a partes distintas con intereses contrarios en un mismo proceso. A ello se suma el derecho del justiciable a que el letrado que lo asista cuente con el tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa, además a que el letrado que lo representa se exprese libremente en juicio, siempre que su defensa no exceda los límites de lo razonable, lo que plantea la cuestión de qué debe entenderse como tal³⁸. En este sentido, lo razonable debe estar determinado por la utilización de todos los medios instrumentales útiles para el ejercicio del derecho a la defensa (en los aspectos positivo, es decir, de ataque, como en el negativo, o sea, en la defensa y el contraataque). Ello implica, asimismo, que el letrado pueda comunicarse libremente con su patrocinado. Para ello es necesario que cuente con un intérprete para comunicarse con él, en caso de que ambos hablen lenguas distintas.

34 Informe 56/02, caso 12.158, Jacob Benedict vs. Grenada.

35 Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, prec., párrafos 146-148.

36 COIDH, 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 66

37 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*: Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 64.

38 Es importante destacar que el Tribunal Constitucional de España ha reconocido que el letrado goza de una libertad de expresión reforzada y amparada "... cuando en el marco de la misma efectúa afirmaciones y juicios instrumentales ordenados a la argumentación necesaria para impetrar a los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tanto más cuanto se trata de la reparación de un derecho fundamental que se entiende conculcado" (sentencia STC 117/2003, de 16 de junio de 2003, fundamento jurídico 2). Aunque ese derecho está limitado: de esa libertad de expresión deben excluirse el insulto y la descalificación (*ibid.*).

II. LAS GARANTÍAS DEL JUICIO

Estas garantías comprenden el derecho de defensa; el derecho a un juicio público, oral y contradictorio; el derecho al plazo razonable; el principio *non bis in idem*, el derecho a no declarar contra sí, el principio de legalidad, el derecho a la motivación de la sentencia, el derecho al recurso y el derecho a la ejecución de la sentencia.

A. El derecho de defensa

El derecho de defensa es la prerrogativa general, de carácter fundamental, que tiene todo litigante para disponer de todos los medios de hecho y de derecho permitidos por la norma jurídica para la defensa de sus pretensiones con ocasión de un litigio en que estén en juego derechos e intereses jurídicamente protegidos. Por consiguiente, habrá violación de este derecho y, por tanto, sus titulares se encontrarán en estado de indefensión, siempre que se vean imposibilitados de ejercer, de manera efectiva los medios legales suficientes para la defensa³⁹. Como el derecho de defensa está integrado por otros derechos -como se verá más adelante-, esta imposibilidad podrá ser total o parcial, es decir, podrá estar referida a uno, varios o todos los “atributos” (la garantías) que integran el derecho general de defensa.

Pero el derecho de defensa no se ejerce libremente, sino de la manera en que ha sido regulado por la norma sustantiva y por la ley adjetiva. En ello se ha apoyado el Tribunal Constitucional de España para sostener que el derecho de defensa no es un derecho de libertad, sino un derecho de prestación y, por ende, no es de libre ejercicio, sino de ejercicio regulado por la ley⁴⁰. Ello no quiere decir que el legislador tenga el poder de regular-

39 STC 38/1981, de 23 de noviembre de 1981, FJ 8.

40 El Tribunal Constitucional español sostiene que el derecho de defensa “... sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece...” (STC 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, FJ 4; 206/1987, de 21 de diciembre de 1987, FJ 5). Estas afirmaciones se sustentan en el criterio de que el derecho mismo a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, sino de prestación. Al respecto ha afirmado el Tribunal Constitucional de España: “... siendo el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal, pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 de la C. E.), ni nadie que sea el legislador puede crear impedimento o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio ‘sólo por ley’ puede regular” (STC 99/1985 y STC 206/1997, prec.). Es necesario apuntar

lo a niveles que desfiguren el derecho mismo y, por tanto, faciliten el estado de indefensión de los justiciables.

Es importante advertir que, por argumento a contrario, no podría alegarse violación del derecho de defensa cuando, por negligencia, impericia, desconocimiento o cualquier falta similar, no se haga uso de los medios de ley en el tiempo y en la forma dispuestos por esta. ¿Qué quiero ello decir? Que, en definitiva, ejercer el derecho de defensa se traduce en el uso de los medios (cauces, vías) establecidos por la ley para su ejercicio. Estos medios deben respetar, como también ha sido apuntado, el *contenido esencial* del derecho⁴¹ y el *principio de razonabilidad*⁴², a la luz de lo prescrito por el artículo 74.2 de la norma fundamental, texto que establece las reglas para la regulación de los derechos fundamentales, las que, por tanto, se imponen al legislador.

Al derecho de defensa sirve de sustento un derecho procesal de carácter general, el derecho de igualdad procesal⁴³, el cual opera como una espe-

que ello no quiere decir que la tutela judicial, en el caso español, no sea, como recipiente del derecho de defensa, un derecho fundamental, sino que su ejercicio debe ser regulado por la ley adjetiva (una ley llamada orgánica), la cual, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho.

41 El concepto de *contenido esencial* a que se refiere el artículo 74.2 de la Constitución de la República ha sido tomado del artículo 53 de la Constitución española, la cual, a su vez, lo tomó del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Alemania. El Tribunal Constitucional de España ha tomado dos posibles caminos para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales subjetivos. Un primer camino está referido a "... aquellas facultades o posibilidades de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible [sic] como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por así decirlo. Todo referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales". Un segundo camino está referido a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. En este sentido, el contenido esencial puede definirse como "... aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (STC 11/1981, de fecha 8 de abril de 1981, FJ 8).

42 En el caso dominicano el principio de razonabilidad se expresa en el mandato constitucional que prescribe que la ley "... sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica" (art. 40.15). A fin de determinar ese carácter "útil y justo" de la ley para la comunidad, sirve de herramienta el *test de razonabilidad*, el cual da origen al *principio de proporcionalidad*, sustentado, según la doctrina y la jurisprudencia españolas, en tres "subprincipios" que actúan como condiciones o controles a la limitación de los derechos fundamentales: el de *idoneidad*, conforme al cual la limitación de un derecho debe sustentarse en un fin constitucionalmente legítimo; el de *necesidad*, el cual exige que la limitación de un derecho ha de ser la menos lesiva para el ejercicio de ese derecho, y el de *proporcionalidad* en sentido estricto, el cual postula que las ventajas que conllevan la limitación de un derecho sean superiores al sacrificio que para los beneficiarios implica la limitación. Vid. DE ASÍS ROIG, Rafael. *El juez y la motivación en el derecho*: Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De las Casas de la Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, 2005, pp. 110 a 113; STC 14/2003, de 28 de enero de 2003, FJ 9.

43 En verdad, este derecho es la expresión, en el plano procesal, del principio general de igualdad consagrado por el artículo 39 de la Constitución y, sobre todo, reconocido como derecho inherente a la dignidad humana por el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando prescribe: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...". La igualdad, más

cie de velo que cubre todo el proceso a manera de garantía general fundamental establecida por el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este convenio se declara: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”. En razón de ello, pues, el derecho de defensa y, con él, el principio de igualdad procesal, estarán presentes en todas las etapas del debido proceso para que este sea considerado como tal. En consecuencia, la igualdad procesal ha de ser reclamada como una prerrogativa fundamental tanto respecto de los derechos de acceso a la justicia, como de los derechos relativos al enjuiciamiento. Un tratamiento desigual en estos dos momentos constituiría colocar en estado de indefensión a la persona tratada de manera desigual, con lo cual se produce una violación a su derecho al debido proceso⁴⁴.

Otros principios y reglas van aparejados al derecho de defensa, tales como el principio de legalidad, el principio *non bis in idem*⁴⁵ (o, en su lugar o además, la regla *res judicata*), el principio de razonabilidad de la ley, el principio de la personalidad de la persecución y de la personalidad de la pena y el principio de la presunción de inocencia.

Con relación al derecho de defensa nacen otros que no son más que la materialización de su ejercicio. En este sentido, el derecho de defensa funciona como un vehículo o instrumento para invocar, alegar y defender los derechos y las situaciones jurídicas que justifican la presencia del justiciable en el proceso.

que distinta de la dignidad, es fruto de esta última, es decir, es un atributo de la dignidad humana. En consecuencia, ella es intrínseca e inalienable de todo ser humano, quien la lleva aparejada por su sola condición, y, como tal, basta con ser declarada, no atribuida. Por ello la Constitución dominicana declara así: “La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable...” (art. 38).

44 Cfr. STC 13/1981, de 22 de abril de 1981, FJ 1.

45 Respecto de este principio es preciso señalar la diferencia existente entre el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe juzgar y sancionar una segunda vez a una persona por “el mismo delito”, y el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe juzgar una segunda vez a una persona por “los mismos hechos”, mucho más amplio (en términos de garantía) que el anterior, en beneficio del justiciable. Esta diferencia la puso de manifiesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Refiriéndose al principio *non bis in idem*, consideró la Corte: “Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, art. 14.7, que se refiere al mismo ‘delito’), la Convención americana utiliza la expresión ‘los mismos hechos’, que es un término más amplio en beneficio de la víctima” (COIDH, caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 66, serie A, No. 34).

Entre los derechos relativos al derecho de defensa tenemos:

1. El **derecho de contradicción**, entendido como el derecho a debatir o rebatir y contradecir los medios de hecho y de derecho de la parte adversa en igualdad de condiciones. De este derecho se deriva el derecho a la bilateralidad de la audiencia⁴⁶, que, en realidad, más que un derecho distinto, debe ser entendido como una característica o un elemento intrínseco del derecho de defensa⁴⁷.
2. El **derecho a la asistencia letrada**, como garantía, ya dentro del proceso, ante la posible (casi segura) carencia, por parte de los justiciables, de los conocimientos técnicos necesarios para una defensa eficaz.
3. El **derecho a ser informado** (como es debido y en tiempo razonable) de los hechos y del derecho relativos al caso.
4. El **derecho a la no alteración de los hechos, la causa o el objeto del proceso**. Este derecho trae consigo el principio de la inmutabilidad del proceso como un elemento esencial del derecho de defensa, pues la alteración de los hechos, la causa y el objeto en que el demandante sustentó inicialmente su reclamación desarticularía indebidamente el andamiaje defensivo que su adversario construyó para responderle. Lo que se procura con ello, además del derecho a ser informado, es que cualquiera de las partes caiga en estado de indefensión. Al respecto el Tribunal Constitucional de España ha afirmado:

Al proscribirse la indefensión, lo que se está haciendo es excluir toda posibilidad de reforma de la situación jurídica definida en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión frente a la cual, aquel en cuyo daño se produce tal reforma, no haya tenido ocasión de defenderse, salvo claro está, el daño que eventualmente resulte como consecuencia de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del juez, con independencia de que sea o no pedido por las partes⁴⁸.

46 HOYOS, Arturo. *El debido proceso*: Bogotá, Editorial Themis, 2004, p. 32.

47 Cfr. STC 4/1982, de 8 de febrero de 1982, fundamento jurídico 5.

48 Sentencia STC 222/1990, de 24 de junio de 1990, fundamento jurídico 4.

5. La **no alteración de las formalidades procesales**. La parte *in fine* del artículo 69.7 impone que toda persona ha de ser juzgada “con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio”. La Suprema Corte de Justicia ha juzgado que las formalidades sustanciales son parte del derecho de defensa⁴⁹, criterio cercano al sustentado por el Tribunal Constitucional dominicano, para quien “... el formalismo ha constituido un aspecto de gran relevancia y es una garantía indispensable de cualquier procedimiento, puesto que presupone las reglas de juego impuestas al juez, a los sujetos procesales y a los terceros, delimitando el camino y el discurrir del proceso, en miras de que sus fines sean concretados por una vía ordenada”⁵⁰.
6. El **derecho de prueba**, que incluye el derecho a producir los medios de prueba admisibles, la igualdad de armas, la discusión o contestación de los elementos de prueba del contrario y la valoración por el juzgador de los elementos de prueba producidos, así como a la irrenunciabilidad del derecho a la prueba. No solo se trata del derecho a probar (constituyendo, por ejemplo, una violación a este derecho el hecho de no poder aportar determinado medio de prueba válido, o tener escasas o limitadas vías para hacerlo), sino, además, a tener la oportunidad de acceder a todos los medios de prueba permitidos (como hacer oír testigos) y, sobre todo, a la legalidad de la prueba⁵¹, lo que implica la inadmisibilidad de todo medio de prueba irregular, ya sea porque ha sido producido de manera ilegítima (en cuanto a la forma o al tiempo) o porque esté afectada de algún vicio, como la prueba obtenida mediante la manipulación de la voluntad del deponente (ocurre, por ejemplo, cuando el propio juez conmina al justiciable a decir la verdad bajo amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa⁵²). Sobre la prueba ilícita la tendencia constitucional moderna es la inclusión de disposiciones expresas o implícitas rechazando la prueba obtenida de manera contraria a la ley o, de manera más amplia, a las reglas y principios del debido proceso. Es el caso de la carta sustantiva dominicana, la cual dispone en su artículo 69.8: “Es nula toda prueba obtenida en

49 Tercera Sala de la SCJ, sentencia 615, de 2 de octubre de 2013.

50 Sentencia TC/0202/18, de 19 de julio de 2018, párrafo 9.11.

51 El artículo 69.8 de la CDR dispone: “Es nula toda prueba obtenida en violación de la ley”.

52 COIDH, caso Castillo Petruzzi y otro vs. Perú, prec., párrafo 167.

violación de la ley”. Ocurre también con la Constitución de Colombia, que establece en su artículo 29: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En muchos otros casos, la jurisprudencia local ha creado reglas para excluir las pruebas obtenidas de manera ilegal o ilícita. En Alemania, por ejemplo, la jurisprudencia excluye la prueba obtenida por medios ilícitos para preservar “la pureza del proceso judicial”, aunque también aplica lo que denomina “el principio de proporcionalidad, según el cual debe sopesarse el derecho a la intimidad de las personas en cada caso en relación con la importancia de la prueba obtenida y la gravedad de la violación de la ley que se imputa a la persona”⁵³, dando paso así a la posibilidad de la violación del derecho a la intimidad de las personas, situación que, en realidad, constituye la vulneración de este derecho fundamental con la sola finalidad de la obtención de una prueba.

7. **El derecho a no declarar contra sí mismo.** Este derecho, que tiene su sustento primario en la máxima latina *nemo tenetur se detegere* (“nadie está obligado a autoincriminarse”), ha sido consagrado por el artículo 69.6 constitucional, que dispone: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo”. Es necesario señalar que esta garantía procesal es propia de toda materia. Ello es obvio al amparo de lo prescrito por el artículo 69.10. Ahora bien, esta especie de *fuero de inimputabilidad* no quiere decir que esté prohibido que alguien pueda declarar contra sí mismo y, por tanto, autoincriminarse, siempre que lo haga de manera voluntaria y sin coacción externa.

B. El derecho a un juicio público, oral y contradictorio

Consiste en el **derecho a la publicidad del juicio**. Se viola este derecho (enunciado por el artículo 69.4 de la CDR) cuando las diligencias del proceso (el desarrollo general de este) se realizan en circunstancias de secreto y aislamiento⁵⁴. Sin embargo, circunstancias singulares podrían imponer que el juicio se celebre a puertas cerradas, como los casos de intimidad (divorcios, asuntos empresariales o sindicales), de preservación de

53 A. Hoyos, *ob. cit.*, p. 29.

54 CIDH, caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, prec., párrafo 172.

determinados intereses (como el de los menores de edad), la preservación del orden público, entre otros.

C. El derecho al plazo razonable

Es a partir del reconocimiento de este derecho (artículo 69.2 de la Constitución), como parte de las garantías procesales fundamentales, que la doctrina y la jurisprudencia han acudido a la teoría de una duración razonable para todo proceso que pretenda respetar esa prerrogativa procesal. Nadie, sin embargo, puede precisar cuál es el plazo razonable para la duración de un proceso, puesto que es imposible hacerlo matemáticamente. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos juzgó (con relación a un proceso penal) que para determinar si la duración de un proceso ha sido o no razonable es necesario tener en cuenta la complejidad del caso, el comportamiento del actor y la manera en que el asunto fue llevado ante las autoridades⁵⁵. Posteriormente dicho órgano puntualizó que los criterios tomados en consideración para el proceso penal son también aplicables en los procesos civiles.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos asumió estos mismos criterios:

Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable. En todo caso, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y el desinterés, entre otros factores, la duración global del proceso litigioso no revestiría la importancia necesaria para declarar la violación de los artículos que protegen el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales...⁵⁶.

55 Caso König vs. Alemania, 26 de junio de 1978, serie A, No. 27. La Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-230, de 18 de marzo de 2013) y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (sentencia TC/0303/20, de 21 de diciembre de 2020) también han adoptado este criterio.

56 Caso Cantos, 28 de noviembre de 2002. En doctrina se ha criticado que la Corte haya empleado el término “otros factores” en esta sentencia, sin aclarar cuáles son esos “otros factores”, “para enturbiar más la cuestión” que se produce por la indefinición de la duración del “plazo razonable” (cfr. P. A. Giochini, *ob. cit.*, p. 190).

Como puede apreciarse en estas dos decisiones, con relación al tiempo a considerar para determinar si el caso de que se trata ha sido conocido en un plazo razonable, se toma en consideración las actuaciones dilatorias imputables a las partes (no solo a las autoridades judiciales), entre las que se ha mencionado las siguientes: las solicitudes de prórrogas o plazos injustificados, frecuentes cambios de abogados, la multiplicidad de incidentes procesales, la no comparecencia al tribunal a pesar de haber recibido la debida notificación y el no ejercicio de manera diligente de los derechos procesales, entre otros factores.

A estos fines, además, debe tomarse en consideración todo el tiempo de duración del proceso, desde el inicio de la primera instancia hasta que intervenga sentencia firme (con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada), incluyendo el tiempo que, durante el conocimiento del caso, haya consumido el tribunal supremo⁵⁷.

El conocimiento de todo caso judicial en un plazo razonable es sustancial a la existencia del proceso sencillo y rápido establecido por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este proceso, conforme al criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe estar previsto en la ley y, por igual, ser capaz de demostrar, en la realidad práctica, que es idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos, además de prever lo necesario para remediar esa violación⁵⁸.

D. La presunción de inocencia

El mismo artículo 69.3 de la Constitución, que consagra este principio, establece lo esencial respecto de su alcance: esta presunción ha de mantenerse hasta que no sea declarada la culpabilidad mediante sentencia con el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada. Ello significa, en principio, que el inculpado tenga "... el derecho a conservar su libertad durante el proceso, puesto que su privación implica, prima facie, un juicio anticipado

57 En el caso *Abdoella*, 25 de noviembre de 1992, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos juzgó que "El período a considerar ha comenzado el 18 de enero de 1983, con el arresto del recurrente, para concluir el 19 de mayo de 1987, con el rechazo del segundo recurso de casación...", es decir, el período a considerar es el comprendido entre el apresamiento (inicio del proceso) y el pronunciamiento de una decisión firme, es decir, definitiva, que ponga término al proceso.

58 *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, prec., párrafo 185.

de culpabilidad que entraña un tratamiento incompatible con el indicado mandato de ser tratado como inocente...”⁵⁹.

La consecuencia lógica de la observancia del artículo 69.3 es, en principio, que contra el inculpado pueda tomarse cualquier medida que contradiga su mandato, lo que constituye, en este sentido, un límite a la potestad legislativa⁶⁰. Es por ello que, aunque se trate de una presunción *juris tantum*, cualquier medida de coerción que pueda ser dictada en contra de un imputado ha de tener, absolutamente, un carácter excepcional, como lo establecen de manera expresa la propia Constitución, en su artículo 40.9⁶¹, y el Código Procesal Penal, en su artículo 222, texto que debe ser entendido como una aplicación adjetiva del primero. Con base en este criterio, deben ser censuradas las medidas adoptadas por muchos jueces penales en sentido contrario, desconociendo el mandato constitucional al establecer como principio lo que es excepcional.

En cuanto a otro aspecto de la aplicación práctica de este principio, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “... el principio de presunción de inocencia es una presunción *iuris tantus* [*sic*], lo que equivale a decir que es una presunción que admite prueba en contrario; por vía de consecuencia, se infringe la presunción de inocencia cuando se condena a un imputado sin existir prueba de cargo. La presunción de inocencia es un postulado del ordenamiento jurídico que impone como obligación la práctica del debido proceso constitucional y de los procedimientos constitucionales para desvirtuar su alcance”⁶².

E. El principio *non bis in idem*

Este principio (también denominado *ne bis in idem*), que consiste en el derecho a no ser juzgado ni sancionado dos o más veces por un mismo hecho, está consagrado como una garantía del debido proceso por el artículo

59 RODRÍGUEZ GÓMEZ, Cristóbal. “El derecho fundamental a un juicio en libertad”, *Diario Libre*, Santo Domingo, edición de 4 de agosto de 2021, p. 14.

60 PICÓ i JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*: Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 155.

61 El artículo 40.9 de la Constitución prescribe: “Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar”.

62 TC/0296/14, de 19 de diciembre de 2014.

69.5 de la Constitución⁶³, cuya redacción es deficiente, ya que el texto prohíbe el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo *hecho*, cuando en realidad lo que se prohíbe es el hecho de ser juzgado dos o más veces por la misma *causa*. De ahí la necesidad de precisar el alcance de esta prerrogativa procesal. Al respecto el Tribunal Constitucional dominicano ha establecido que en este derecho “...se reconocen dos perspectivas o fórmulas diferentes: una sustantiva (o material) y otra de índole procesal. En sentido material el principio prohíbe la doble –o múltiple– imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción o delito. Desde una perspectiva procesal el principio prohíbe reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento con base en los hechos respecto de los cuales ha recaído sentencia firme”⁶⁴. También precisó que este principio “... veda la imposición de doble sanción en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos. Con respecto al tercer elemento constitutivo de este principio es necesario precisar que el mismo no suele reconducirse a la naturaleza de la sanción sino a la semejanza de los bienes jurídicos protegidos...”⁶⁵.

Sin embargo, la situación es diferente cuando hay pluralidad de lesiones de bienes jurídicos, como, por ejemplo, cuando un funcionario comete una infracción que conlleva sanción disciplinaria: 1) en lo penal, porque la pena atiende a la sanción del interés general; 2) en lo disciplinario la sanción disciplinaria procura sancionar el ataque a la relación de confianza y servicio que media entre el Estado y el funcionario (o entre el trabajador y su empleador), confianza que ha defraudado el funcionario; y 3) en lo civil, cuando el mismo hecho es generador de responsabilidad civil por causar un daño a un tercero.

Como puede apreciarse, el asunto es mucho más complejo de lo que parece⁶⁶.

63 También está contenido como una garantía procesal en los artículos 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

64 TC/0381/14, de 30 de diciembre de 2014.

65 TC/183/14, de 14 de agosto de 2014.

66 Como ejemplos de esta complejidad, *vide* la sentencia de la COIDH en el caso María Elena Loayza Tamayo vs. Perú, de 17 de septiembre de 1997, y la sentencia del Tribunal Constitucional de España STC 177/1999, de 11 de octubre de 1999, y el voto disidente de ambas decisiones.

F. El principio de legalidad

Este principio descansa en el artículo 69.7, según el cual “ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este texto tiene, al menos, dos dimensiones de una importancia capital, sobre todo en derecho penal: (i) obliga al juez a juzgar conforme al derecho ya existente; ello impide que los actos puedan ser juzgados por normas posteriores a su comisión (aplicación del *principio de irretroactividad de la ley*⁶⁷, que en derecho penal se expresa en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) y que se valore en su justa dimensión el *principio de taxatividad*, que conduce a la necesidad de precisión del contenido de las normas; y (ii) somete al juzgado al derecho preexistente y a no pretender ser legislador. Lo dicho plantea, sin embargo, el problema “existencial” del derecho: ¿qué es el derecho?⁶⁸ Para los operadores jurídicos la cuestión sería ¿cuál es el derecho válido o, más precisamente, cuál es o cuáles son las normas que dan solución al asunto jurídico planteado?

G. El derecho a la motivación de la sentencia

Las constituciones francesas de 1793 (art. 93) y 1795 (art. 208) consagraron el derecho a la motivación de la sentencia como una garantía procesal con rango constitucional, como una probable secuela de la desconfianza de los revolucionarios de 1789 hacia los jueces del *ancien régime*. Quizás el mejor ejemplo moderno lo constituye la Constitución española de 1978, cuyo artículo 120.3 prescribe: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. En ese país, pues, la no motivación de las sentencias constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español⁶⁹. Además, una sentencia suficientemente motivada pone de manifiesto “... el

67 Previsto por el artículo 110 de la Constitución.

68 Resulta obvio que la respuesta a esta pregunta desborda los límites de este trabajo.

69 STC 41/1984, de 21 de marzo de 1984, FJ 4. En esa ocasión apuntó el Tribunal Constitucional de España: “La motivación puede ser expresa, mediante la exposición y valoración de los elementos de hecho que conducen a la conformación de la decisión judicial, en el correspondiente considerando de la Sentencia, o desprenderse racionalmente de la lectura de la Sentencia de forma que las partes o, en el supuesto en que cupiera recurso, el órgano superior puedan conocer las razones que han conducido a su imposición [...]. Tal falta de motivación, en las muy específicas y concretas circunstancias en que las sanciones se produjeron, conduce a estimarlas como vulneradoras del derecho a la tutela obligando al otorgamiento del amparo”.

sometimiento del juez al imperio de la Ley..., con lo que, al tiempo que se fortalece la confianza de los ciudadanos en los órganos judiciales, se hace patente que la resolución del conflicto no es un mero acto de voluntad sino, muy al contrario, ejercicio de la razón...⁷⁰.

Por ello, en la motivación no solo descansa el fundamento de la sentencia, sino, además, su validez. Es lo que la explica y la justifica. Pero esa validez debe estar sustentada en el carácter razonable y equitativo de la sentencia, privando así de discrecionalidad y arbitrariedad la decisión del tribunal, como se ha indicado. En este sentido se sostiene que “la motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos...⁷¹.”

El peligro de la arbitrariedad y del abuso de poder, que privan de validez las decisiones de los órganos judiciales y administrativos, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a proponer herramientas para la motivación, fundamentación o argumentación de las resoluciones judiciales o administrativas que pretenden sujetarse al debido proceso. En primer término, la decisión debe estar fundamentada en derecho⁷², razón por la cual no puede estar sustentada en valores éticos o morales del juzgador. Por ello, en segundo término, se ha indicado lo siguiente:

La motivación puede ser expresa, mediante la exposición y valoración de los elementos de hecho que conducen a la conformación de la decisión judicial, en el correspondiente considerando de la Sentencia, o desprenderse racionalmente de la lectura de la sentencia de forma que las partes o, en el supuesto en que cupiera recurso, el órgano superior puedan conocer las razones que han conducido a su imposición...⁷³.

Esas herramientas de control de la motivación de la sentencia no son únicas: unas tienen que ver con la estructuración material de la decisión; otras, con su contenido lógico y racional. El Tribunal Constitucional dominicano acude al llamado *test de la debida motivación* como ejercicio de

70 STC 75/1998, de 31 de marzo de 1998, FJ 4.

71 RUIZ LANCINA, M. J. *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, citada por GOZAÍNI, *ob. cit.*, p. 436.

72 *Vid.* STC 13/1981, de 22 de abril de 1981, fundamento jurídico 1.

73 STC 41/1984, prec.

control de las decisiones jurisdiccionales que le llegan en virtud del recurso de revisión. Mediante la sentencia TC/0009/13, del 11 de febrero de 2013, este órgano estableció los criterios que sustentan el precedente en la materia. En esta afirmó:

... el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales del orden judicial requiere: a. Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; b. Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c. Manifestarlas consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; d. Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y e. Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, el *test de la debida motivación* no parece ser suficiente para evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad del juzgador. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan procurado crear otros instrumentos para ejercer mayores niveles de control de la actividad jurisdiccional, sin que ello constituya, en modo alguno, una transgresión a la independencia del juez. Unos instrumentos están referidos a los planos y a las partes de la sentencia y a las condiciones y mecanismos de fundamentación de la decisión jurisdiccional, a fin de verificar el carácter objetivo e imparcial de la decisión (en cuanto a los hechos y al derecho), así como para comprobar si esta es congruente y razonable⁷⁴, lo que obliga al juzgador a seguir un camino lógico y razonable para motivar debidamente su decisión, el *iter lógico de la motivación*. Otro instrumento es el precedente, al que está su-

74 Además de la citada sentencia TC/009/13, del 11 de febrero de 2013, véase la TC/0045/13, de la misma fecha, y la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 142/1999, del 22 de julio de 1999. Sobre esa obligación se ha construido el *principio de razón suficiente*, conforme al cual el juzgador está conminado a fundamentar, explicar o dar las razones suficientes de su decisión.

jeto el juzgador por razones de seguridad jurídica de los justiciables. Este obliga al juzgador a justificar, en buen derecho, los cambios relativos a su jurisprudencia de principio.

H. El derecho al recurso

El derecho a recurrir funciona como una garantía procesal contra la decisión jurisdiccional viciada por haber vulnerado un derecho sustantivo o procesal en el curso de una litis. Esta es la nueva *visión garantista* del derecho al recurso. Esta corriente ha sido adoptada por el constituyente dominicano luego de la reforma constitucional de 2010. Con esta reforma se incluyó el derecho a recurrir dentro de las garantías que conforman el debido proceso, según lo previsto por el artículo 69.9 constitucional.

Debe resaltarse, en primer lugar, que, en términos generales, el ejercicio del derecho a recurrir –como ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de fecha 2 de julio de 2004– “es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indudablemente a los intereses de una persona”.

En este punto de la cuestión se vuelve a los planteamientos que justifican el derecho al recurso desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto se afirma en doctrina: “Se ha dicho que los jueces son los principales encargados de proteger los derechos fundamentales. Ahora bien, cuando son ellos mismos quienes los vulneran en el seno de un proceso, su actuación debe ser susceptible de recurso ante otro juez o tribunal”⁷⁵.

Asignar al derecho a recurrir esa naturaleza fundamental tiene como resultado el cuestionamiento y la contestación de toda figura, instituto o

⁷⁵ CARMONA CUENCA, Encarna. *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*: Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2005, p. 109.

instrumento jurídico que obstaculice o pretenda obstaculizar su ejercicio, como la fianza *judicatum solvi*⁷⁶ y la regla del *solve et repete*⁷⁷.

Sin embargo, el derecho al recurso es de configuración legal, es decir, su ejercicio está regulado por la ley. Se señala, en este sentido: “con una precisión inexistente hasta entonces en el texto constitucional, el artículo 69.9 establece, entre las garantías mínimas relativas al debido proceso, el derecho a que toda sentencia pueda ser recurrida ‘de conformidad con la ley’, lo cual significa, en una rotundidad que parece liquidar de manera definitiva la discusión doctrinal, que el derecho al recurso se ejercerá conforme a lo que disponga la ley adjetiva, la cual, como resultado de ese poder constitucional reconocido, podrá imponer límites al ejercicio del derecho al recurso”⁷⁸. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional dominicano: “... nuestra Carta Magna ha dejado al legislador la posibilidad de regular, limitar e, incluso, restringir el derecho a un recurso mediante una disposición de tipo adjetivo”⁷⁹.

En apoyo de esta última posición es preciso indicar que el referido artículo 69.9 constitucional no puede interpretarse al margen de las disposiciones relativas al derecho al recurso. Así, constituye un grave error de interpretación analizar dicho texto sin tomar en consideración lo previsto, de forma amplia, pero más concisa en cuanto a este derecho, por el párrafo III del artículo 149 de la Constitución. Esta es la conclusión a la que debe llegarse si se analiza la fórmula general (válida, por tanto, para todo tipo de recurso y de materia) de este texto. En efecto, este artículo prescribe, de manera precisa, que el ejercicio del derecho al recurso está sujeto a las condiciones y *excepciones* que establezcan las leyes. Con ello se otorga al legislador, de manera clara y palmaria, la facultad de regular el derecho a recurrir, disponiendo las condiciones o requisitos pertinentes para su ejercicio. Esta conclusión parece fortalecida por el hecho de que todos los demás artículos (69.9, 154.2 y 159.1) disponen, de manera expresa, que cada recurso se ejercerá de conformidad con la ley, dejando, por consiguiente, a la discrecionalidad (racional) del legislador establecer las condiciones, requisitos y restricciones que considere pertinentes para el ejercicio de este

76 Cfr. Tercera Sala SCJ, 17 de septiembre de 1997.

77 Cfr. Pleno SCJ, 23 de noviembre de 2005.

78 GIL, Domingo. *El proceso laboral a la luz del debido proceso*: Santiago, Impresos Cro, 2010, p. 131.

79 Sentencia TC/007/12, de 22 de marzo de 2012. Véase, también, como ejemplo, las sentencias TC/0059/12, TC/0150/13, TC/0155/13, TC/0001/14 y TC/0141/14.

recurso, pudiendo cerrar la doble instancia en los casos que entendiere de lugar, lo que no es posible, sin embargo, en materia penal, al amparo de la visión garantista que en esta disciplina sentó la sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

Como puede verse, si bien el derecho al recurso ha sido constitucionalmente reconocido en la República Dominicana, el propio constituyente ha otorgado al legislador la facultad de regular su ejercicio. En consecuencia, al legislador corresponde establecer las reglas generales en ese sentido (tipos de recursos, personas habilitadas para su ejercicio, formas y plazos procesales, etc.), así como las condiciones, restricciones, limitaciones o excepciones racionalmente necesarias, lo que comprende, obviamente, las excepciones (incluidas las nulidades) e inadmisibilidades de ley. Consecuentemente, la imposibilidad de excluir la doble instancia mediante leyes adjetivas solo es posible en materia penal.

Siempre habrá, no obstante, la posibilidad de la excepcional acción de revisión ante el Tribunal Constitucional contra las dediciones que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada dentro de la jurisdicción ordinaria. Esta acción extraordinaria, prevista por el artículo 277 de la Constitución de la República y regulada por el artículo 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, la núm. 137-11, del 13 de junio de 2011, no debe ser entendida como una tercera o cuarta instancia contra las sentencias viciadas de los órganos judiciales (no es, por tanto, un recurso más), sino como un mecanismo de control de las decisiones de dichos órganos para someterlos al control constitucional ejercido por el Tribunal Constitucional como guardián supremo de la carta sustantiva.

Es preciso recalcar que esta acción no es un recurso propiamente dicho, sino una vía excepcional y extraordinaria de control constitucional de las decisiones de los tribunales judiciales que han adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Por consiguiente, tomando como válidas las consideraciones generales hechas a propósito del debido proceso sustantivo respecto del ejercicio del derecho a recurrir, los únicos límites que se imponen al legislador en este sentido son los concernientes al carácter razonable de la regulación. Ello significa, como ya se ha indicado, que al momento de someter a juicio la regulación legislativa del derecho al recurso habrá

que determinar si la regulación enjuiciada constitucionalmente es justa y necesaria, tomando en consideración los perjuicios y los beneficios que ella ocasiona a los justiciables y la comunidad en su conjunto. Esta exigencia fue incluso planteada por la jurisprudencia bajo el amparo de la Constitución de 1966, cuando, mediante sentencia de 15 de junio de 1973, la Suprema Corte de Justicia juzgó que “conforme a la Constitución de la República en su reforma de 1966, toda ley debe ser justa y útil, lo que confiere a los tribunales la facultad de exigir la condición de razonabilidad en la aplicación de toda ley por los funcionarios públicos, condición que debe alcanzar sobre todo, a aquellos que impongan cargos y sanciones de toda índole”.

Siendo así, procede analizar los grandes trazos de la regulación del derecho al recurso por el derecho adjetivo dominicano a la luz del debido proceso sustantivo. Se procurará, por tanto, determinar, únicamente, el carácter razonable de los fundamentos generales de dicha regulación.

El análisis de la legislación adjetiva dominicana concerniente a la regulación del derecho al recurso revela, en cuanto a esos fundamentos generales, lo siguiente:

En primer lugar, la ley reconoce una cantidad limitada de recursos contra las sentencias presumiblemente afectadas de vicios. Unos son ordinarios (la apelación, la oposición y el *contredit*); otros son extraordinarios (la terceraía, la revisión civil ordinaria, la revisión por causa de fraude, la oposición por causa de error material y la casación).

En segundo lugar, la ley somete el ejercicio de los recursos a racionales condiciones o requisitos generales de fondo y de forma, concernientes a la calidad para recurrir, la necesidad de tener un interés jurídico referido a la sentencia impugnada, la forma procesal y el tiempo hábil para incoar el recurso, así como la cuantía envuelta en la demanda introductiva de instancia o en el recurso. A esas condiciones generales se agregan otras particulares, relativas, obviamente, a la naturaleza y características particulares de cada recurso. El no cumplimiento de esas condiciones, tanto las generales como las particulares, conlleva, como sanción, la inadmisibilidad del recurso, lo cual es muy lógico sobre la base de necesarias reglas de economía procesal, que tienen singular importancia en todo proceso y, de manera evidente, en el proceso civil, por ser esta la más farragosa y lenta, donde los recursos son, con frecuencia, una vía desleal para retardar el proceso y, por tanto, una sentencia condenatoria.

Es preciso advertir, sin embargo, que la prohibición de la vía recursiva por la inadmisibilidad del recurso no siempre cierra la puerta de impugnación de la sentencia viciada. Debe recordarse que mediante sentencia del 10 de septiembre de 1997⁸⁰ la Suprema Corte de Justicia abrió una vía razonable para atacar válidamente sentencias legalmente no recurribles cuando la decisión impugnada estuviese afectada de nulidad evidente, cuando el juez que la pronunció haya incurrido en exceso de poder o cometido un error grosero o manifiesto o se haya verificado una violación al derecho de defensa. Estos criterios han sido tomados como parámetro general para dar continuidad a una jurisprudencia que ha tomado como norte la posibilidad de impugnación de toda sentencia que afecte derechos fundamentales, esencialmente el derecho de defensa. Este celebrado criterio de la Suprema Corte de Justicia se consolidó con el paso del tiempo⁸¹. En esta situación se considera que la decisión judicial está afectada de inconstitucionalidad, pues viola derechos fundamentales, lo que debe ser tomado como criterio para permitir su impugnación, aun cuando la ley adjetiva prescriba lo contrario.

Resulta más que obvio que la violación al principio de razonabilidad puede sumarse a los anteriores criterios como causa de impugnación de una decisión viciada, sobre todo a partir de lo que sobre este principio dispone el artículo 74.2 de la Constitución de la República, que prescribe: “Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”.

En tercer lugar, la lógica existencia de reglas procesales propias de la materia recursiva. Unas son generales; otras, particulares. Entre estas reglas es pertinente destacar las relativas a:

- a) la prohibición de establecer demandas nuevas en grado de apelación, contenida en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil;
- b) la posibilidad de resolver el fondo (en determinadas condiciones) en caso de apelación contra una sentencia interlocutoria, contenida en el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil;

80 SCJ, 1.ª Cámara, 10 de septiembre de 1997, núm. 1, BJ 1042, pp. 39.

81 *Vide*, solo a modo de ejemplo, las siguientes sentencias de la Suprema Corte de Justicia: Primera Cámara, 29 de enero de 2003, núm. 10, BJ 1106, p. 82; Segunda Cámara, 12 de marzo de 2003, núm. 21, BJ 1108, p. 387; y Tercera Cámara, 30 de diciembre de 1998, núm. 82, BJ 1057, p. 755.

- c) la regla *res devolvitur ad iudicem superiorem*, concerniente al carácter devolutivo del recurso de apelación, conforme al cual la cosa juzgada pasa íntegramente a ser conocida por el tribunal superior. Esta regla tiene, no obstante, como límite de excepción, la regla *tantum devolutum quantum appellatum*, según la cual el órgano de la apelación solo puede decidir respecto de lo que ha sido devuelto, es decir, de lo que ha sido objeto de recurso, y le está vedado decidir sobre lo no recurrido;
- d) el trascendental principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, aplicable en los casos de un único recurrente. Este principio tiene rango constitucional, ya que lo establece, de manera expresa, la segunda parte del artículo 69.9 de la Constitución de la República, que dispone: “El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando solo la persona condenada recurra la sentencia”. Es pertinente aclarar que este texto no solo es aplicable a la materia penal, sino también a todas las demás, lo que significa que el término “sanción” está referido a la propia de otras disciplinas jurídicas, como, por ejemplo, las condenaciones resultantes de una demanda en cobro de pesos o en reparación de daños y perjuicios, propias de la materia procesal civil. Respecto de este la Corte Constitucional de Colombia afirmó: “... este principio se encuentra íntimamente ligado a las reglas generales del recurso, pues aquel supone que se recurra únicamente lo perjudicial, y es precisamente, ese agravio, el que determina el interés para recurrir”⁸².

I. El derecho a la ejecución de la sentencia

La ejecución de las sentencias (con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada) completa el catálogo de las garantías del debido proceso como mecanismo o instrumento de la tutela jurisdiccional. Esta garantía se cumple normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial. Es obvio, pues, que el incumplimiento de esa obligación por parte de los poderes públicos y, de manera precisa, de los tribunales, constituya un grave atentado a esa garantía fundamental. Y es que “... el derecho a la protección

82 Sentencia T-291/06, de 6 de abril de 2006, párrafo 5.

judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de las partes”⁸³. Por ello, la ejecución de la sentencia es parte del contenido esencial del debido proceso y, por ende, del derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁴.

En la República Dominicana, teniendo como fundamento, de manera general, las anteriores consideraciones, existe, en lo concerniente a las relaciones entre particulares, un andamiaje completo sobre la normativa adjetiva en materia de ejecución, a partir, de manera principal, del artículo 545 del Código de Procedimiento Civil, como derecho común, aunque no general. Sin embargo, la Constitución de la República no contiene ninguna disposición que establezca un derecho fundamental a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales. Ha correspondido al Tribunal Constitucional asignar al derecho a la ejecución de la sentencia la naturaleza de garantía del debido proceso. En efecto, en su sentencia TC/0148/14, del 14 de julio de 2014, este órgano constitucional afirmó que “... el debido proceso y la tutela judicial efectiva previstos en el artículo 69 de la Constitución no se agotan ni se concretiza su finalidad con lo obtención de la sentencia, sino con la ejecución de la misma en un plazo razonable”. También señaló que “... la ejecución de la sentencia constituye una garantía del debido proceso a favor de quien ha obtenido ganancia de causa por sentencia definitiva e irrevocable, derecho que debe ser resguardado. De ahí que la solicitud de suspensión de la ejecución de una tal decisión solo puede ser acogida en casos excepcionales...”⁸⁵, lo que explica que el Tribunal Constitucional dominicano rechaza, casi de manera sistemática, las solicitudes que, en virtud del artículo 54 de la ley 137-11, se presentan ante ese órgano⁸⁶ y solo las acoja de manera excepcional⁸⁷, como en los casos de las sentencias viciadas.

83 COIDH, sentencia del caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, de 7 de febrero de 2006, párrafo 219.

84 *Cfr.* la sentencia del Tribunal Constitucional de España STC 67/1984, de 7 de junio de 1984. En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el cual la ejecución de la sentencia debe ser considerada parte integrante de las garantías del proceso equitativo (equivalente nuestro del debido proceso) a que se refiere el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Vide* al respecto las sentencias sobre los casos Cocchiarella vs. Italia, de 29 de marzo de 2006, párrafo 89, y Gaglianes vs. Italia, de 21 de diciembre de 2010, párrafo 34.

85 TC/0583/19, de 17 de diciembre de 2019.

86 *Vide*, solo como ejemplo, las sentencias TC/0216/13, TC/0255/13, TC/0032/14, de 24 de febrero de 2014; TC/0040, de 3 de marzo de 2014; y TC/0503, de 29 de diciembre de 2020.

87 *Vide* TC/0449/20, de 29 de diciembre de 2020.

El derecho a la ejecución de la sentencia descansa, en cuanto a su alcance, en el *principio de eficacia de la cosa juzgada*, el cual trae consigo:

1. *El derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*. Éste consiste en el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, el cual los jueces y tribunales están conminados a proteger para hacer valer los derechos reconocidos por la decisión dada. En caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna⁸⁸.
2. *El derecho a que las resoluciones judiciales sean ejecutadas incluso contra la voluntad de la parte condenada*. Este derecho no solo significa que la ejecución de una sentencia contra la parte condenada en un proceso no deba entenderse como una violación o vulneración de derechos, pues ella resulta de las facultades constitucionalmente reconocidas al juez para decir el derecho (la *jurisdictio*) y hacer ejecutar lo decidido (el *imperium*)⁸⁹, sino que, además, la ejecución debe estar liberada de obstáculos que impidan u obstaculicen su ejecución, como el establecimiento de costos desproporcionados, como ha juzgado el Tribunal Constitucional⁹⁰.
3. *El derecho a la ejecución de la sentencia en un plazo razonable*⁹¹. En el caso *Hornsby vs. Grecia* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó respecto de esta garantía: “Un retraso en la ejecución de una decisión puede ser justificado en circunstancias particulares. Sin embargo, en ningún caso este retraso podrá comprometer la esencia del derecho protegido por el artículo 6”⁹².

Finalmente, es pertinente indicar que el Tribunal Constitucional dominicano ha empleado, respecto de este derecho, los términos “pronta ejecución”⁹³ y “ejecución oportuna”⁹⁴.

88 *Vide* la sentencia STC 167/1987, de 28 de octubre de 1987, del Tribunal Constitucional de España.

89 Véase al respecto el párrafo I del artículo 149 de la Constitución.

90 *Vide* la sentencia TC/0339/14, de 22 de diciembre de 2014, ya citada.

91 Al respecto véase la sentencia TC/0148/14, de 14 de junio de 2014.

92 Sentencia de 19 de marzo de 1997.

93 TC/0105/14, de 10-6-14

94 TC/0148/14, precitada.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 70 Y 71

POR MIGUELINA UREÑA NÚÑEZ

Artículo 70.- Hábeas data. Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Comentario

En la actualidad el manejo de la información personal se ha convertido en una fuente de comercialización. Los datos personales se intercambian en las redes informáticas, muy especialmente en las relaciones interbancarias con las sociedades de información crediticia. Una información negativa puede impedir el progreso económico y afectar la solvencia moral de una persona con solo un clic en una base de dato digital. Son medios por los que fácilmente se puede vulnerar la intimidad, el honor y reputación de una persona y, también, afectar el desarrollo de su personalidad, los cuales son derechos fundamentales personalísimos. Entre sus objetivos, el *habeas data* ofrece una herramienta procesal constitucional para impedir que los registros de datos puedan ser utilizados sin derecho o bien se divulguen datos incorrectos con los que se pudieran afectar los derechos de intimidad y el honor personal¹. El citado artículo 70 reconoce el derecho que se tiene de acceder a la información personal que se encuentre en registros oficiales

1 Artículo 44. 2 de la Constitución: “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos”.

o privados e, igualmente, el derecho a la actualización, rectificación o eliminación de datos inexactos.

La acción de *habeas data* tiene su esencia en la autodeterminación informativa, la cual, a decir del Tribunal Constitucional, extrae su fuente en el derecho a la intimidad, mismo que trasciende al derecho de estar informado sobre el procesamiento de los datos; por tanto, implica el derecho de acceso, actualización, rectificación o eliminación de datos, en caso de que a la persona se le ocasione un perjuicio ilegítimo². El Tribunal Constitucional nacional cita una jurisprudencia de Perú, que, en cuanto a la autodeterminación informativa, hace la precisión de que está ligada al control de la información como parte de la intimidad, en que se busca proteger al titular de la información de los posibles abusos derivados de sus datos³. El desarrollo de la tecnología facilita los perfiles de las personas; se le hace una radiografía que no siempre ha sido consentida, en la que el uso de la informática sirve de medio para el abuso de la intimidad y al derecho de imagen.

La doctrina extranjera explica que el *habeas data* tiene cinco objetivos principales: garantizar el derecho de acceso a la información sobre los datos, actualizar los datos, rectificar los datos inexactos, asegurar la confidencialidad de ciertas informaciones frente a terceros y eliminar la llamada ‘información sensible’, relativa a la vida íntima, las ideas políticas y religiosas y otros⁴; de lo antes enunciado se extrae la denominación de *habeas data informativo*, *habeas data aditivo* para agregar datos, *habeas data rectificador* de datos falsos, *habeas data cancelatorio* con el propósito de que se elimine información y el *habeas data reservador* para asegurar la confidencialidad⁵. Estos son, precisamente, cada uno de los objetivos que consagra el texto constitucional nacional del *habeas data*.

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sus datos y saber el destino y uso que le pueda dar cualquier entidad pública o privada, a las que se le impone la obligación de darle un lícito destino, en estricto apego a los principios de calidad, exactitud, seguridad y finalidad, conforme al uso para el que se han obtenido⁶, los que constituyen princi-

2 TC/0240/17.

3 Tribunal Constitucional de Perú, en la STC 04739-2007-PHD/TC, del 15 de octubre del 20.

4 BASTERRA, Marcela I. (coord. Pablo Luis Manili). “El *habeas data*”. En *Derecho Procesal Constitucional*: Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005. ISBN 950-679-361-1, pp. 145.

5 *Ibidem*, pp 147.

6 Lo establecen el citado artículo 44.2 de la Constitución y también, el artículo 1 y 4 de la Ley 172-13

prios de orden público tendentes a proteger la intimidad, el honor y buena imagen de la persona. Para optimizar su protección, la Ley núm. 172-13 de fecha 15 de diciembre de 2013 organiza y regula el acceso a la información y dispone que los datos deben ser almacenados de modo que permitan el acceso de su titular; cuando no sean exactos, veraces o estén incompletos, deben ser suprimidos, modificados o eliminados. El derecho fundamental al *habeas data* también otorga la facultad de limitar la divulgación o cesión de los datos⁷.

El *habeas data* es una garantía constitucional con igual alcance para las personas jurídicas, las que, desde su matriculación o registro oficial, gozan de personería propia y, por tanto, con información y datos particulares por los cuales proyectan una imagen y credibilidad ante la sociedad, por lo que, igualmente, tienen interés en el acceso a sus datos y el derecho a la actualización, rectificación o eliminación. El Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho al *habeas data* a las personas jurídicas⁸ como la vía correcta para determinar la veracidad y legitimidad de la información que se pretende rectificar.

Esta acción constitucional tiene su propia autonomía procesal, aunque es conexas a otros derechos igualmente fundamentales. El derecho protegido por el *habeas data* es fácilmente confundido con el derecho al libre acceso a la información consagrado en la Ley núm. 200-04 de fecha 28 de julio de 2004, a pesar de que representan derechos y asuntos distintos en el alcance de su protección. El derecho al libre acceso a la información pública refiere a datos públicos, y no personales, relativos a recibir información de cualquier órgano del Estado y de las sociedades con participación estatal, contenidas en actas y expedientes de la Administración pública, con las limitaciones establecidas por la ley⁹. Su finalidad es el control de los servicios públicos¹⁰ en un ejercicio de transparencia institucional estatal. La vía judicial para requerir la información de datos públicos es la acción de amparo ordinario que tiene por finalidad restablecer, garantizar o hacer cesar

que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados.

7 Sentencia C-748/11, 6 de octubre, 2011.

8 TC/0404/16.

9 Artículos 1 y 2 de la Ley núm. 200-04, General de Libre Acceso a la Información Pública.

10 TC/0042/12.

la violación o amenaza arbitraria de un derecho fundamental¹¹, o bien un amparo de cumplimiento¹². En cambio, el *habeas data* es la garantía constitucional especializada para requerir, rectificar o eliminar datos personales ante la resistencia de la autoridad a la que se le requiere, por lo que es una acción estrictamente directa del titular de la información, sea una persona física o jurídica. El *habeas data* es la vía para requerir la subsanación de un dato erróneo o falso que resulte perjudicial al titular de la información¹³. Cuando el archivo de datos sea de una persona fallecida, podrán requerirlos los familiares justificando la necesidad de la información¹⁴.

Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional, el *habeas data* ha sido previsto para garantizar la obtención de informaciones propias, y no de terceros¹⁵. Ha sido categórico en que por esta acción no se puede impugnar o pretender rectificar los documentos públicos y oficiales del Estado¹⁶, lo que debe hacerse por las vías judiciales ordinarias, y que el derecho al libre acceso a la información pública procede siempre que la información solicitada no tenga por objeto la revelación de datos personales. En ese sentido, ha aclarado:

... el objeto de la protección de este derecho no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino, además, a cualquier tipo de datos personales, íntimos o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar derechos subjetivos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. (...) no está diseñado para proveer documentos particulares ni pruebas tendentes a un determinado proceso, el tribunal *a quo* incurrió en una violación a los citados precedentes, así como al derecho a la autodeterminación informativa, ya que la acción de *habeas data* constituye, en su esencia, el mecanismo de garantía judicial, de carácter fundamental, para tutelar este derecho de manera efectiva y, como consecuencia de ello, para procurar la entrega de informaciones personales, así como para la recti-

11 Artículo 72 de la Constitución y 65 de la Ley núm. 137-11, LOTCPC.

12 Artículo 104.

13 TC/0027/13.

14 Artículo 4 de la Ley núm. 172-13.

15 TC/0478/15.

16 TC/0276/18.

ficación y eliminación de datos asentados en registros o bancos de datos, públicos o privados, que afecten a las personas¹⁷.

Por mandato del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”; este es parte del bloque de constitucionalidad de la República Dominicana¹⁸ y, por tanto, esos derechos son de aplicación directa a través de las garantías constitucionales. Ante un caso de una persona con una ficha policial por antecedentes penales sin haber sido sometido a la justicia, sino que fue un registro por error y en violación a la honra y dignidad de esa persona, el Tribunal Constitucional fijó el criterio de que ninguna persona “aun tratándose de un condenado a penas privativas de libertad, puede ser mantenido soportando de por vida el fardo de antecedentes penales destacados en registros de acceso público, lo que constituye un serio obstáculo para el ejercicio de importantes prerrogativas ciudadanas, en especial el derecho a no ser discriminado pudiendo, en determinados casos, generar daños irreparables” y debía bastar la subsanación con la sola solicitud, sin ningún otro procedimiento para su eliminación del sistema de información pública¹⁹, lo que hace pensar en la fundación del derecho al olvido.

Los derechos fundamentales envueltos en estos procesos de *habeas data* y los datos objeto de revisión no dejan de ser asuntos sensibles porque afectan derechos personalísimos, como lo son la honra y el buen nombre de la persona; por supuesto, bajo la idea de que se trata de datos negativos o inexactos, es decir, una información que afecta el honor de la persona y que no es correcta, lo que constituye un riesgo y un grave perjuicio en la forma de su utilización. No hay dudas de que la vía más expedita y garantista es el *habeas data*, dada su naturaleza constitucional que se rige por principios rectores proteccionistas de derechos fundamentales, pues goza del beneficio de la ejecución provisional y es un procedimiento no sujeto a formalidades excesivas que debe resolverse sin dilación, aunque limitada a

17 TC/0175/20.

18 Ar. 74.3 de la Constitución dominicana reconoce que los pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

19 TC/0027/13.

la eliminación o rectificación del dato que se arguye arbitrario e ilegítimo, o bien a la entrega de la información personal. No es la acción para procurar resarcir los daños y perjuicios que se derivan de su mal uso, lo cual deberá perseguirse ante el juez civil de derecho común o, excepcionalmente, ante el Tribunal Superior Administrativo en caso de responsabilidad patrimonial del Estado. A propósito, es útil subrayar que la Suprema Corte de Justicia lo ha reconocido como un daño presumido con derecho a una compensación moral, y ha indicado que la sola publicación de informaciones erróneas y de connotación negativa en dichos registros “es constitutiva en sí misma de una afectación a la reputación, honor e imagen del afectado, no requiriéndose entonces ninguna prueba adicional a la evidencia de su inexactitud”²⁰.

Cabe destacar que para la acción de *habeas data* no se requiere ninguna justificación y, más importante aún, que cuando se trate de rectificar o eliminar datos inexactos, el juez goza de amplios poderes para disponer medidas de instrucción y recabar por sí mismo los datos, informaciones o documentos que sirvan de prueba²¹. Naturalmente, cuando se trate de modificar una información, como es el caso de una deuda pagada, la parte accionante debe aportar la prueba que acredite el pago²². En tal virtud, ha establecido el Tribunal Constitucional que “para eliminar, corregir, actualizar, aclarar o rectificar los datos negativos que consten sobre una persona en algún registro –ya sea público o privado–, el juez de *habeas data* debe asegurarse de que tal información, al momento en que fue establecida o en que se hayan ratificado los motivos por los que fue implantada, provenga de una fuente ilegítima o carente de verosimilitud, para así, *ipso facto*, comprobar que su mantenimiento se traduce en una violación al derecho fundamental de autodeterminación informativa”²³. En este mismo sentido, ha explicado que la ilegitimidad se materializa cuando exista falsedad, discriminación, error o inexactitud; también cuando se inobservan los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad de su tratamiento²⁴.

Debido a que la acción constitucional de *habeas data* no deja de ser una subespecie del amparo, puede confundirse el accionante y acudir en amparo en vez de *habeas data*, y viceversa. Cabe mencionar que el procedi-

20 SCJ, 1.ª Sala, 22 de junio de 2016, núm. 530, B. J. 1267; 29 de marzo de 2017, núm. 667.

21 Artículo 87 de la Ley núm. 137-11.

22 TC/0411/17.

23 TC/0404/16.

24 TC/0690/18.

miento constitucional es el mismo. La acción de *habeas data* se rige por el régimen procesal común del amparo²⁵. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha instituido que el juez de amparo está en la obligación de recalificar la acción y darle su verdadera fisonomía cuando sea evidente la violación a derechos fundamentales²⁶; esto, por supuesto, en aplicación del principio *iura novit curia* y del principio de oficiosidad que impone al juez de los procesos constitucionales optar por las medidas que sean necesarias para el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque hayan sido utilizados erróneamente. El Tribunal Constitucional cambió su precedente en un caso de información y de documentos sobre un procedimiento disciplinario en sede militar; inicialmente había establecido que se caracterizaba una acción de *habeas data*, y posteriormente rectificó en que era una acción de amparo en acceso a la información, y señaló que “en función de las informaciones solicitadas por la accionante, aun se refieran a su persona, sus pretensiones no se enmarcan o vinculan con el derecho a la autodeterminación informativa [...], sino más bien al derecho a la libertad de información contenido en el artículo 49.1 de la Constitución dominicana y al ámbito de aplicación de la Ley núm. 200-04, General de Libre Acceso a la Información Pública”²⁷.

El Tribunal Constitucional destaca que el *habeas data* es una garantía constitucional a disposición de las personas para acceder “a cualquier banco de información, registro de datos y referencias sobre sí mismo, sin necesidad de explicar razones”²⁸, es decir, que basta con ser el titular de la información, pues, cabe repetir, esta es una acción *intuitu personae*. El acceso a la información, a la seguridad de la exactitud y veracidad de los datos personales son derechos vinculados al desarrollo y autonomía de la personalidad. Son aspectos de la autodeterminación del individuo de forma que goce de una protección constitucional para las decisiones que estime importantes en su propia vida²⁹.

En cada oportunidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que se trata de una garantía constitucional con dos caracteres importantes: una manifestación sustancial, consistente en el derecho de la información, y un

25 Artículo 64 de la Ley núm. 137-11, LOTCPC

26 TC/0388/18; TC/0057/16 y TC/0050/14.

27 TC/0240/17.

28 TC/0204/13; TC/0475/18 y TC/0175/20.

29 Sentencia Colombia T-542/92 25/9/92.

carácter instrumental, para que “a través de su ejercicio, proteja otros derechos relacionados a la información, tales como el derecho a la intimidad, a la defensa de la privacidad, a la dignidad humana, la información personal, el honor, la propia imagen, la identidad, la autodeterminación informativa, entre otros. Desde esta óptica, opera como un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales”³⁰. En estos aspectos ha mantenido inmutable su línea jurisprudencial.

Con la consagración constitucional del artículo 70 sobre *habeas data* también se protege el secreto de las fuentes de información periodística, en su parte *in fine*. Se cuestiona si la intención e interpretación debe ser en el sentido del secreto de la fuente o si la interpretación debe ser restringida a la fuente periodística. No hay dudas de que existe un mandato de protección al periodismo, debido a sus funciones y la necesidad de proteger la prensa en el acceso a la información para evitar la censura previa y en el sano interés social y democrático de un Estado de derecho, en el cual el periodista tiene un rol social incuestionable. El secreto de la fuente no puede tener aplicación cuando se trata de las informaciones crediticias, especialmente en las que provienen de las instituciones financieras, ni en los casos en que se vulneren registros oficiales que lesionen derechos fundamentales personalísimos sobre el honor de las personas. En todo caso, cuando no se trate de la fuente de información periodística, la interpretación debe ser en el sentido más favorable para el accionante en *habeas data*, por el que se persigue presentar los datos que vulneren los principios de exactitud y certeza.

En suma, el *habeas data* es el procedimiento constitucional para hacer prevalecer el derecho a la verdad sobre la información y en garantía a la exactitud y calidad de los datos personales, que es una protección concreta a los derechos fundamentales de la intimidad, el honor y la buena imagen, o, lo que es lo mismo, a la dignidad humana.

30 TC/0024/12; TC/0204/13, TC/0402/15, TC/0523/15, 240/16, TC/0411/17 y TC/0175/20.

Artículo 71.- Acción de hábeas corpus. Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.

Comentario

Los derechos fundamentales se quedan en el papel si no se tutelan de forma realmente efectiva mediante los remedios procesales que se han establecido como método de protección contra las actuaciones arbitrarias de las autoridades y de los particulares; por ello, el acceso a las garantías constitucionales tiene un valor significativo para la consolidación de un Estado social de derecho, cuya misión esencial es la protección de la dignidad humana, con especial atención al derecho a la vida, la integridad física y la libertad. Con los procesos constitucionales, se ha arraigado paulatinamente que los particulares procuren la protección efectiva de los derechos fundamentales y se pueda obtener una segura prestación de justicia:

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros³¹.

La Constitución instituye el derecho a la tutela judicial en provecho de la persona que actúa en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, lo que se determina por la calidad de la víctima de la lesión³². Entre las garantías jurisdiccionales, la Constitución prevé la vía del *habeas corpus*

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-8/87, del 30 de enero de 1987. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Microsoft Word - seriea_08_esp.doc (corteidh.or.cr) Consulta en línea.

32 MORENILLA ALLARD, Pablo. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*: Madrid, Leyes, 2007, pp. 657, *in fine*.

cuando se trate de la protección efectiva del derecho fundamental de la libertad personal, menoscabada en ocasión de una detención ilegítima y abuso de poder de las autoridades. La libertad es un derecho subjetivo de extraordinaria trascendencia para la dignidad de la persona y para el desarrollo de su personalidad; también es un derecho objetivo para la consolidación de un Estado social, democrático y de derecho, visto como un presupuesto indispensable para la seguridad del ejercicio de otros derechos fundamentales de los que se desprenden derechos conexos³³; por ejemplo, una persona podría ser privada de libertad para impedirle el derecho de huelga, la libertad de expresión, entre otros, por tanto, se requiere de un procedimiento idóneo para remediar la conculcación a este derecho de libertad individual³⁴.

La tutela del *habeas corpus* es una garantía contra la autoridad que usa la fuerza y se excede en el ejercicio de sus atribuciones legales o en la inobservancia de los plazos y cuando, sin razón alguna, mantenga la privación de libertad³⁵. La finalidad de la acción es evitar que se viole el derecho a la libertad de la persona o restituírsela rectificando el abuso, pero también ante la prolongación ilegal de la condena cumplida, de modo que es un proceso reivindicatorio y también preventivo de la libertad de la persona seriamente amenazada. Por libertad personal se entiende la libertad física; la privación de libertad se refiere a la reclusión, detención, prisión o encierro, incluso por la comisión de un delito. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que se incluye no solo lo relacionado con un delito, sino también lo relativo al encierro por enfermedades mentales, vagancia, toxicomanías, control de migración, es decir, toda forma en que la persona esté impedida de salir libremente³⁶.

El *habeas corpus* ha sido la primera acción con el propósito de proteger efectivamente un derecho fundamental. Se remonta a la carta magna del 26 de mayo de 1679, en la que se dicta la Habeas Corpus Amendment Act inglesa. Su antecedente más antiguo de tutela se encuentra en el interdicto de *homine libero exhibendo*, que no era más que una “acción popular” para reclamar la libertad. “Esta concepción ha sido catalogada como la percep-

33 Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú. STC 00019-2005-PI/TC. 00019-2005-AI.pdf (tc.gob.pe).

34 BREWER-CARIÁS, Allan R. *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*: Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica venezolana, 2021, ISBN:978-1-63625-519-4, pp. 118.

35 *Ibidem*, pp. 686.

36 Observación General número 8 del Comité de Derechos Humanos.

ción clásica de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*³⁷. Es tanta su importancia y trascendencia en la vida de las personas, que ha sido un tema capital en el ámbito del derecho convencional³⁸, parte del bloque de constitucionalidad con aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado³⁹.

No es extraño que el *habeas corpus* haya sido una de las primeras y más significativas garantías al respeto de la libertad, de la dignidad humana y al libre desarrollo de la persona, puesto que la libertad ha sido el derecho del que más se ha abusado en todos los tiempos y sistemas políticos. Consiste en el derecho a presentar el cuerpo ante el juez para que determine si la privación de libertad es contraria al ordenamiento jurídico. La historiografía reseña que viene desde el Digesto romano⁴⁰. El respeto a la dignidad humana conlleva garantizar la libertad como un derecho fundamental personalísimo de especial trascendencia individual y social. Si tuviéramos que dar supremacía a un derecho fundamental sobre otro, es muy natural que se seleccione el derecho de libertad como un bien jurídico prioritario, pues de este depende la realización de otros derechos. El Tribunal Constitucional ha señalado que, en la época moderna, la libertad individual involucra tres niveles: la libertad de pensamiento y de opinión, la libertad política y de asociación, y la libertad de trabajo e iniciativa económica⁴¹; pero esas libertades quedan limitadas o impedidas sin la libertad física.

El *habeas corpus* es una vía jurisdiccional para tutelar el sagrado derecho de libertad y procede contra toda autoridad. El detenido debe ser presentado ante el juez para que verifique la condición en que se encuentra en relación con su integridad física y sobre la legalidad de la detención o amenaza. Es una acción por la que se procura la protección y defensa de la libertad contra actos u omisiones ilícitas; no es una defensa contra

37 STC N° 3509-2009-PHC/TC, f. j. 2.

38 Artículo 9 numeral 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 7, numerales 1, 3 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

39 Artículo 74 de la Constitución dominicana.

40 ETO CRUZ, Gerardo. "Procedencia del hábeas corpus contra irregularidades cometidas por el Ministerio Público en la Investigación preliminar". *Revista Actualidad Procesal Constitucional*, pp.198.

41 TC/0391/18.

una norma, sino contra una actuación manifiestamente ilegítima⁴²; es una situación de hecho, de modo que lo que se cuestiona es la acción ejercida y no las reglas procesales⁴³. No tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, sino hacer cesar los efectos lesivos en la libertad individual⁴⁴, sin que se produzca indefensión.

Para la garantía de este derecho fundamental de libertad, el citado texto constitucional sobre el *habeas corpus* ha establecido una tutela diferenciada, en la cual es aconsejable cierta autonomía⁴⁵. Esta limita al legislador para que en lo procesal no pueda fijar obstáculos o trabas⁴⁶ que restrinjan la efectividad de la garantía que se procura. De una parte, el mandato constitucional permite que otra persona pueda actuar en nombre de aquel del que se procura la libertad; con esa autorización se avala que la misma detención no sea lo que le impida acudir al juez y, también, se flexibiliza el principio de que nadie puede actuar en procuración por otro. Por otra parte, se impone al legislador instituir un procedimiento exento de formalismos ordinarios y excesivos, debido a que el procedimiento debe ser sumario, sencillo y, sobre todo, rápido, sin demora innecesaria, que son los principios procesales para las acciones constitucionales. Cabe aclarar que el *habeas corpus* no deja de ser una forma de amparo, conocido como “amparo de libertad”, solo que se ha limitado al derecho fundamental de libertad y la Constitución quiso mantener su individualidad con relación al amparo general de todos los demás derechos fundamentales, con excepción, también, del *habeas data*. En el mismo texto del artículo 72 sobre el amparo se especifica que es la vía de protección a derechos fundamentales no protegidos por el *habeas corpus*. Al mantener individualizadas las garantías del *habeas corpus* y el *habeas data* respecto del amparo general se destaca la importancia de los derechos que se procura proteger y la particularidad de su naturaleza jurídica, lo cual no es para menos, puesto que se trata del derecho *plus ultra* el hecho de ser un ente libre.

42 ETO CRUZ, Gerardo. *Constitución y procesos constitucionales*, t. I: Perú, Adrus D&L Editores, 2013, p. 643.

43 ETO CRUZ, Gerardo. “El hábeas corpus como mecanismo excepcional para cuestionar procesos ordinarios y constitucionales”. *Revista Análisis Constitucional y Procesal Constitucional*. *Gaceta Constitucional* núm. 52, pp. 17.

44 STC Exp. N° 05211-2006-HC/TC, fundamento 2.

45 Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*: Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006, ISBN 978-950-727-716-0, p.159.

46 Sentencia 228/2006 de fecha 17 de julio de 2006. Consulta en línea <http://hj.tribunalconstitucional.es>.

En este sentido se ha referido el Tribunal Constitucional cuando expone que “el constituyente como el legislador ha instituido un mecanismo propio para la protección de la libertad individual y no pueden confundirse con las características de una y otra entidades jurídicas al momento de administrar justicia, pues, en caso contrario, se estaría incurriendo en una inobservancia a un mandato de orden constitucional”⁴⁷. Aclara que, cuando se trata de tutelar el derecho de libertad, el amparo deviene en inadmisibles por notoriamente improcedente, debido a que el *habeas corpus* es una acción especializada y particularizada. Ahora bien, si el juez de amparo es a su vez el competente para el *habeas corpus*, puede corregir la calificación, para garantizar la protección efectiva del derecho a la libertad personal⁴⁸. A pesar de que son figuras constitucionales individualizadas, comparten la aplicación de los principios rectores del proceso constitucional indicados en el artículo 7 de la Ley núm. 137-11 de fecha 15 de junio de 2011, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, como principios de optimización.

Esta acción procesal constitucional tiene por objeto que se expida un mandamiento de *habeas corpus*, es decir, mandar a liberar el cuerpo, dejarlo en libertad, si se verifica que la detención ha sido verdaderamente arbitraria e ilegítima. Su finalidad primordial es el bienestar y la dignidad de la persona como se espera en un Estado social y democrático de derecho, en el que la función esencial del Estado es la protección efectiva de los derechos de la persona dentro de un marco de libertad individual y de justicia social⁴⁹, lo que exige que la Administración pública actúe conforme a los principios de legalidad e igualdad⁵⁰. Se entiende que arbitrariedad e ilegalidad no es lo mismo; la primera es más amplia, puesto que puede incluir injusticia en aparente legalidad.

Siguiendo la letra del texto constitucional, la acción de *habeas corpus* está restringida a la amenaza inminente de la detención o a la privación arbitraria e ilegal de la persona, es decir, es una vía reparadora y preventiva. El Tribunal Constitucional ha establecido que se viola la seguridad personal y el valor de la dignidad humana cuando se traslada a un interno

47 TC/0310/15.

48 TC/0015/14.

49 Artículo 8 de la Constitución dominicana.

50 TC/0203/13.

sin una orden motivada y escrita que justifique el traslado⁵¹; pero aclaró que el traslado de un interno sin que lo ordenara una autoridad competente viola el derecho a la seguridad personal, pero no vulnera el derecho de libertad, puesto que se trata de un ciudadano que está sometido al control del Estado, por haber dispuesto su encarcelamiento un tribunal competente⁵². Con ese precedente cierra la acción de *habeas corpus* ante dificultades cancelarias porque existen otras vías efectivas. En cambio, en legislaciones foráneas se ha extendido la tipología como correctivo por actuaciones ilegales y arbitrarias respecto de las condiciones en que una persona cumple una pena privativa de libertad; se le reconoce como la vía para ubicar a una persona desaparecida y un *habeas corpus* innovativo por el cual se toman medidas tendentes a evitar que se produzca la amenaza de la privación de libertad futura y por derechos conexos⁵³, como la vida, la integridad física, protección contra la tortura o penas crueles⁵⁴. Igualmente, es la vía para asegurar condiciones carcelarias justas y apropiadas, o para resolver cualquier situación relacionada con las personas privadas de libertad⁵⁵; es decir que amplía la protección aun se trate de una privación legal.

En palabras de Gozáini:

La orden de respetar el ‘derecho a la libertad’ corporal se dirige a la autoridad pública y a los particulares; mientras que el ‘derecho de libertad’, es la forma técnica como se desplaza el garantismo, de manera que constituye, asimismo, un derecho a la seguridad, a la vida y a la integridad corporal⁵⁶.

Es bueno aclarar que el hecho de que la acción de *habeas corpus* se limite a la privación de libertad ilegal, arbitraria o irrazonable, no significa que las conculcaciones a derechos fundamentales no encuentren una garantía igualmente constitucional, puesto que, en este caso, se cuenta con la acción de amparo ordinario, aunque lo ideal hubiera sido la concentración por el *habeas corpus*.

51 TC/0086/16.

52 TC/0233/13.

53 STC Exp. N° 02663-2003-HC/TC. Marzo No. 256. Tribunal Constitucional de Perú.

54 RTC 3200-2009-PHC/TC, f. j. 2.

55 GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *ob. cit.*, p.160.

56 *Ibidem*, p.162

Con relación a las vías de recursos, el Tribunal Constitucional se ha declarado incompetente para conocer el recurso de revisión constitucional contra sentencias de *habeas corpus* que rechazan la petición de libertad. Este determinó que debe ser recurrida en apelación, como lo estipula el artículo 386 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley núm. 10-15 de fecha 10 de febrero de 2015, en atención a que su competencia se encuentra limitada a los casos establecidos en la mencionada Ley núm. 137-11, como son los recursos de revisión de sentencias irrevocables y las dictadas en materia de amparo⁵⁷. En otro aspecto, aclara que las decisiones que se dictan en materia de *habeas corpus* no adquieren la autoridad irrevocable de cosa juzgada, de manera que a la persona que se le rechaza la acción puede incoarla de nuevo⁵⁸.

Naturalmente, se reconoce que los derechos fundamentales, aun personalísimos, no son absolutos. La libertad individual encuentra su límite en la facultad punitiva en protección y seguridad de todos los ciudadanos⁵⁹, como ocurre ante la declaratoria en estado de excepción; pero, cabe resaltar que aun en estado de emergencia puede accionarse en *habeas corpus*. Si bien en tiempo de excepción se limitan algunos derechos, no puede llegarse al extremo de la indefensión ni de la detención absolutamente arbitraria, por lo que se impone que debe haber proporcionalidad y legalidad⁶⁰ entre el medio empleado y la finalidad.

La Constitución claramente dispone los estados de excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo⁶¹; no obstante, presenta la posibilidad de suspender el *habeas corpus* cuando se haya decretado la declaratoria de estados de conmoción interior y de emergencia⁶², que proceden en casos de grave perturbación del orden público atentatorios de la estabilidad y seguridad del Estado o la convivencia ciudadana o bien, cuando se perturbe el orden económico y social, el medioambiental o se enfrente una calamidad pública, lo cual es respaldado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27. Sin embargo, en la opinión

57 TC/0427/18.

58 TC/0707/16.

59 TC/0075/16.

60 ETO CRUZ, Gerardo. *Derecho constitucional*, ob. cit., pp. 264.

61 Párrafo del artículo 72 de la Constitución.

62 Artículo 266 numeral 6 letra f.

consultiva de enero de 1987, dada con la finalidad de determinar si el *habeas corpus* puede suspenderse en caso de peligro público y emergencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que la interpretación de la norma que permite la suspensión debe hacerse de buena fe, sin dar lugar a abusos, y subraya que, “dentro de los principios que conforman el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”. La Corte fija el criterio de que “todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia” y concluye que los procedimientos de amparo y *habeas corpus* no pueden suspenderse “porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades”⁶³.

No es lo mismo suspender los derechos que suspender las garantías. Parece razonable que en atención al estado de excepción se puedan limitar o suspender algunos derechos, pero no deberían nunca suspenderse las garantías, pues es con esta acción con la que se puede comprobar si la causa de la detención entra en la esfera de la necesidad del estado de emergencia y calamidad, así como determinar si es razonable o es arbitraria e injustificada; es que, sin el acceso a los tribunales, la persona queda en un estado de indefensión. Al respecto, el principio de inderogabilidad dispone que los procesos constitucionales no se suspenden durante los estados de excepción y los derechos fundamentales están sujetos al control jurisdiccional⁶⁴.

La protección efectiva para tutelar el derecho de libertad exige del juez un rol activo y guiado por los principios rectores de accesibilidad, oficiosidad, celeridad, favorabilidad y efectividad⁶⁵, de forma que se asegure de conocer las circunstancias en que la persona ha sido arrestada o encerra-

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. pp.7-9 y 9-13. Consultada en línea. Microsoft Word - seriea_08_esp.doc (cortheidh.or.cr).

64 Artículo 7 numeral 8 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales.

65 Definidos en el artículo 7 de la Ley 137-11.

da y determine si ha habido ilegalidad y arbitrariedad y, de comprobarlo, disponga la libertad inmediata, confirmando su cumplimiento y con ella garantizando el respeto a la dignidad humana y el bien jurídico más apreciado, que es la libertad.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 72

POR MANUEL A. RAMÍREZ SUZAÑA

Artículo 72.- Acción de amparo. Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

Párrafo.- Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.

Comentario

La tutela de los derechos fundamentales de las personas constituye un compromiso ineludible de los poderes públicos, cuyo objetivo es afianzar los derechos mediante las garantías de protecciones oportunas ordinarias y especiales, como el debido proceso, principal garantía ordinaria. La acción de amparo se enmarca en las garantías especiales contempladas en el artículo 72 de la Constitución de la República Dominicana, el cual se considera el mecanismo de control de derechos fundamentales más importante para salvaguardar los derechos de las personas; por consiguiente, este contribuye al fortalecimiento del Estado social y democrático de derecho.

La referida disposición constitucional viabiliza el acceso como garantía de la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas

a través de la acción de amparo y deja abierta la posibilidad de que pueda actuar otra persona en nombre del afectado, lo que demuestra una real tutela de derecho. En nuestro caso, la Constitución prevé en su artículo 68 la salvaguarda de los derechos por parte de los poderes públicos, y en ese tenor el rol del Poder Judicial es garantizar la integridad de esta acción constitucional, tomando en cuenta que dicha acción no pueda resolverse por otra vía, como es el caso del *habeas corpus*.

Es importante destacar la naturaleza del procedimiento, el cual por tratarse de derechos fundamentales, está investido de la garantía de la justicia oportuna consagrada en el artículo 69.1 de la Constitución, destacándose su naturaleza sumaria y oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades, lo cual entendemos es un punto a mejorar (la última parte).

La no sujeción a las formalidades está estrechamente relacionada con el artículo 69.1 de la Constitución, que consagra la tutela judicial efectiva, plasmada en el acceso, la justicia oportuna y la gratuidad; así las cosas, cuando los derechos fundamentales de una persona resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública —se aplica también en casos de transgresión de particulares con la obligación o facultad de accionar—, la acción de amparo es un medio para acceder a los tribunales con el objetivo de protegerlos, haciendo efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, procedimiento que debe estar investido de celeridad y sencillez, en consonancia con el artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹.

Es importante destacar que los tribunales deben garantizar los derechos fundamentales a través de los recursos y acciones ordinarios establecidos en el marco normativo que regula lo civil, comercial, laboral, penal y administrativo. El juez de la acción de amparo tiene la responsabilidad de controlar las arbitrariedades de los demás poderes del Estado, y de las derivadas de las actuaciones de los demás individuos, ofreciendo así a los ciudadanos una protección jurisdiccional denominada amparo judicial.

Existe un conjunto de garantías que sirven de vía para proteger y garantizar efectivamente los derechos del justiciable, no importa su naturaleza. La protección jurisdiccional del debido proceso es un acto de continencia. El Tribunal Constitucional, como órgano extrapoder debe garantizar

1 Artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

la supremacía de la Constitución, la defensa constitucional y la protección de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 184 de la Constitución. Es en ese orden de ideas que el Tribunal Constitucional debe tutelar el cumplimiento de la acción y garantizar que esos derechos fundamentales sean protegidos de forma efectiva y oportuna. Cabe destacar que las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocable y constituyen un precedente vinculante para los poderes públicos, lo cual afianza la seguridad jurídica.

La sustentación de la acción constitucional de amparo está consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al igual que la garantía del debido proceso, no solo es un conjunto de garantías, sino también un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, cabe resaltar que cuando este derecho es conculcado se abre la vía del amparo constitucional para el justiciable, el cual constituye la vía más expedita y sencilla, de acuerdo al artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para proteger efectivamente los derechos.

La acción de amparo le da validez al derecho como garantía fundamental. Así las cosas, el proceso es instrumento del derecho y no viceversa; como no hay derecho sin acción ni acción sin derecho, cada vez que la Constitución consagra un derecho hay que presuponer, si no se quiere adscribir a una concepción descriptiva de la Constitución, que existe una garantía procesal de ese derecho.

En referencia a los derechos fundamentales, Landa indica lo siguiente:

En efecto, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias².

En este contexto la acción de amparo desempeña un papel fundamental, ya que se extiende al control de la autoridad administrativa.

En ese sentido, se requiere de una estructura organizada, fundamentada en el debido proceso y las garantías constitucionales, que favorezca las

2 LANDA, César. "Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional" en *Pensamiento Constitucional*. Año VIII, núm. 8, p. 2.

condiciones para que sean efectivos los instrumentos dirigidos a tutelar los derechos de aquellos que los reclaman.

La Ley núm. 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales —la cual tiene como objetivo asegurar el efectivo respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales estableciendo mecanismos jurisdiccionales que garanticen la coherencia de las acciones de protección de derecho— regula la acción de amparo para hacerla compatible con el ordenamiento constitucional y, por consiguiente, más efectiva. En su capítulo 6.º, sección uno, prescribe la admisibilidad y legitimación para la interposición de la acción de amparo y señala en el artículo 65 los actos impugnables para que dicha acción sea admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública o de cualquier particular que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, lesione restrinja, altere o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, con excepción de los derechos protegidos con el *habeas corpus* y el *habeas data*, esto último para dar mayor garantía a la persona accionante en cumplimiento del principio de especialidad.

Un aspecto importante que debemos destacar es la gratuidad de la acción consagrada en el artículo 66 de la mencionada ley, además de que el proceso es libre de costas, así como de toda carga de impuestos, contribución o tasa, y no habrá lugar a prestación de fianza del extranjero transeúnte. Con esto se garantiza un real y efectivo acceso a dicha acción por parte de las personas accionantes. También es un elemento a destacar la apertura que contempla la ley en su artículo 67 para la interposición de la acción de amparo, que confiere de calidades a toda persona física o moral, sin distinción de ninguna especie para reclamar la protección de sus derechos fundamentales.

Cuando se trata de la salvaguarda de los derechos de las personas y los intereses colectivos y difusos, el artículo 68 le da calidad al defensor del pueblo para accionar en acción de amparo, al igual que a todas las personas físicas o morales, de acuerdo al artículo 69, siempre y cuando se afecten estos derechos. Cabe destacar la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos que se visibiliza en dicho artículo, lo cual es relevante para protección de derechos medioambientales y otros derechos que requieren una protección efectiva por parte del Estado.

En relación al artículo 70 de la Ley 131-11, este regula las circunstancias en que puede producirse la inadmisibilidad por estar de una u otra forma limitado el accionar del juez de amparo. Esto es así porque la garantía del acceso debe ser general, y sobre todo cuando existe un plazo —en este caso de 60 días— o cuando resulte notoriamente improcedente, esta última condición cae en el ámbito de la subjetividad, lo que resulta inconcebible para el ejercicio de una acción que debe ser rápida y sencilla. En ese sentido, la inadmisibilidad de la acción de amparo se convierte en un obstáculo para la garantía constitucional del acceso a la justicia oportuna, cuestión esta que debe replantearse a partir del contenido del artículo 72 de la Constitución y propiciar la acción de amparo como una vía asequible a todas las personas de forma independiente; existiría así una verdadera garantía de los derechos de las personas.

Es oportuno resaltar que el artículo 70 de la Ley núm. 137-11 establece en sus numerales 1, 2 y 3 la inadmisibilidad de esta acción en los siguientes casos:

A) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener protección del derecho fundamental invocado; B) Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que siguen a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental; C) Cuando la petición de acción de amparo resulte notoriamente improcedente. La rigurosidad de esta disposición resulta ser una limitante para la acción de amparo, si tomamos en cuenta que ha de priorizarse el acceso como garantía de los derechos de las personas, priorizando la justicia oportuna, razones por las cuales cuando se hace resaltar estas condiciones de inadmisibilidad y plazos se burocratiza dicha acción y se constriñe el acceso lo cual ha sido una constante en nuestra doctrina, que debe subsanarse para no desnaturalizar la esencia de dicha acción que esta transversalizada por la ausencia de formalismo, a fin de fortalecerlo como mecanismo especial de tutela.

El Tribunal Constitucional, en apego al principio de legalidad, en su sentencia TC/0634/19, emitió una decisión referente a la inadmisibilidad de la acción de amparo conforme al contenido del artículo 70.1 de la Ley núm. 131-11:

Lo anterior se traduciría en un desconocimiento del artículo 69 de la Constitución, en el cual se consagran las garantías del debido proceso. En aras de remediar esta situación se impone que el precedente desarrollado en la Sentencia TC/0358/17 sea modificado, en lo que concierne, de manera específica, a su aplicación temporal. En este orden, la interrupción civil operará en todos los casos que la acción de amparo haya sido declarada inadmisibile porque existe otra vía efectiva, independientemente de la fecha en que la acción de amparo haya sido incoada;

El TC entendió que existía otra vía judicial abierta para reclamar el derecho, lo que, como hemos dicho, a nuestro entender atenta contra la justicia oportuna y, por lo tanto, contra la protección especial efectiva de los derechos fundamentales.

Otra decisión relevante del Tribunal Constitucional en cuanto al vencimiento del plazo de 60 días o inadmisibilidad por extemporaneidad lo es la decisión TC/0090/20, en la que declara inadmisibile la acción de amparo interpuesta por haber sido incoada fuera del referido plazo conforme al artículo 70.2 de la Ley núm. 131-11:

La indicada cronología procesal revela, en consecuencia, que el sometimiento de la acción de amparo del referido excabo tuvo lugar con posterioridad al vencimiento del mencionado plazo de sesenta (60) días que exige el aludido artículo 70.2 de la Ley núm. 137-11, sin que [...] el accionante haya reclamado o producido alguna comunicación que evidenciara alguna diligencia orientada a reclamar la solución de la situación que se generó en su perjuicio, que la misma produjera la interrupción de cualquier tipo de prescripción[...] (TC/0036/16). Por tanto, en virtud de la argumentación expuesta, este colegiado procederá a admitir, en cuanto a la forma,

el recurso de revisión que nos ocupa, al tiempo de revocar la sentencia recurrida y declarar la inadmisión de la acción de amparo de la especie por extemporánea, con base en lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley núm. 137-11.

La imposición de un plazo restringe la tutela de los derechos fundamentales y por lo tanto limita el acceso a la justicia de aquellas personas a las que se les han lacerado sus esos derechos, lo que en cierta forma desnaturaliza la misión esencial de la acción de amparo, que es garantizar su eficacia.

Enmarcado dentro de lo estipulado en el artículo 70.3 de la misma Ley sobre notoria improcedencia, el TC establece mediante sentencia TC 0699/16:

Al analizar el proceder de la recurrente desde el momento de la interposición del amparo hasta la fecha que fue decidido por el tribunal apoderado, partiendo de que tanto la solicitud de no antecedentes judiciales como la constancia emitida por la Fiscalía fueron realizadas el veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014), comenzando a correr en esa misma fecha el plazo de cinco (5) días para dar respuesta a la indicada solicitud, plazo que concluyó el treinta (30) de septiembre del mismo año, fecha esta última en que también fue decidida la acción por medio al auto recurrido, este tribunal ha podido comprobar que la constancia emitida por el Ministerio Público no constituyó una respuesta negativa de la información solicitada, sino que dicha respuesta estuvo condicionada a un plazo, dentro del cual la recurrente erróneamente accionó en amparo sin haberse generado la vulneración ni amenaza a sus derechos fundamentales, por lo que el carácter actual o inminente de la alegada vulneración tampoco existió al momento de interponer la acción sobre lo que es notoriamente improcedente el TC estableció que al subsanarse la vulneración del derecho por parte del ministerio público dicha revisión de acción de amparo carecía de objeto.

En el caso ocurrente se sigue una línea de interpretación exegética que más bien no debería de estar enmarcada dentro de la inadmisibilidad, sino en el rechazo de la acción, lo que indiscutiblemente conllevaría una modificación de la legislación existente.

En lo concerniente a la competencia para conocer la acción de amparo, el artículo 72 de la Ley 137-11 lo limita al juez de primera instancia del lugar donde se haya manifestado el acto u omisión cuestionados, sin tomar en cuenta a los jueces de paz, lo cual restringe el acceso a dicha acción, ya que el espíritu de la ley es que el juez que va a tutelar el derecho tenga afinidad. Hay muchos casos en los que la especialidad es propia del juez de paz. En relación a la recusación del juez apoderado para el conocimiento de la acción de amparo, consagrada en el artículo 73 a fin de la celeridad de dicha acción, este debería ser irrecusable, ya que el plazo de tres días para el conocimiento de esta es contrario a la garantía de justicia oportuna.

Un aspecto importante es la acción de amparo contra actos y omisiones administrativas consagrada en el artículo 75, cuya competencia corresponde a la jurisdicción contenciosa y administrativa porque marca una aplicación concretizada del derecho administrativo y sobre todo del control de la Administración por parte de los administrados. Se parte de que el derecho administrativo como derecho constitucional concretizado es el derecho del siglo XXI. El procedimiento de la acción de amparo estipulado en el artículo 76, como hemos señalado, no facilita el acceso y contraviene del espíritu de la Convención Americana de Derechos Humanos de que debe ser una acción rápida y sencilla, sin burocracia procesal, por lo que la indicación del órgano jurisdiccional, los datos del accionante, su abogado constituido, su cita de los actos u omisiones, la indicación clara y precisa del derecho fundamental, la fecha de la redacción de la instancia, la firma del solicitante de protección o de su mandatario son, afines al principio de escrituración y contrarias al principio de oralidad, que es el que garantiza de forma concreta los derechos fundamentales.

El doctrinario dominicano Eduardo Jorge Prats señala de manera asertiva, en relación a la eficacia de la ejecución de las decisiones de acción de amparo, un punto a mejorar en nuestro ordenamiento jurídico:

A un derecho corresponde siempre un proceso y un proceso supone siempre un derecho. Toda persona tiene derecho a acceder a un proceso con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde amparo judicial efectivo. Este amparo judicial incluye la posibilidad de dictar medidas necesarias para garantizar la eficacia o ejecución de las decisiones que se dicten y lograr que estas sean atacadas. En todo caso, debe tratarse de un amparo adecuado para solucionar o prevenir la vulneración de derechos. El derecho al proceso, sin embargo, no es el derecho a cualquier proceso sino el derecho a un debido proceso, a un proceso justo, con todas las debidas garantías³.

La figura del amparo la estableció por primera vez en nuestro entorno la honorable Suprema Corte de Justicia, que dio competencia de forma pretoriana a los juzgados de primera instancia de la jurisdicción civil, lo que limitaba la garantía del amparo.

El amparo, como mecanismo de garantía, debe dejar atrás los mecanismos de burocratización que aún le atan. Esto solo será posible con la proactividad del juez, que debe ser de atención permanente, para proteger de forma proactiva y eficaz los derechos de las personas, lo que no ha ocurrido hasta ahora en nuestro entorno; solo así el amparo será una garantía rápida y sencilla.

Es necesario acotar que, en su artículo 25, numeral 1, la Convención Americana sobre Derechos Humanos aborda el derecho de las personas a recurrir ante jueces y tribunales competentes por medio del amparo contra actos que vulneran sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución; como hemos señalado anteriormente, dicha acción está regulada por la Ley 137-11, la cual contempla la garantía de recurrir en el marco del debido proceso; en nuestro caso, esa prerrogativa se le da al Tribunal Constitucional.

El amparo es un mecanismo de protección jurisdiccional tanto de derechos fundamentales como para hacer efectiva la judiciabilidad de los derechos sociales, lo cual se aplica a los casos en que el Estado viola obli-

3 JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*: Santo Domingo, Editora Judicial, 2005, vol. II, pp. 281-282.

gaciones negativas vinculadas a esos derechos, como son las de daños y perjuicios. Sobre esto, la doctrina indica lo siguiente:

La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la manifestación viciada de voluntad del Estado, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado⁴.

La acción de amparo garantiza los derechos constitucionales con excepción de la libertad física y se da no solo contra el Estado, sino también contra los particulares.

Cuando de forma ilegal o arbitraria una autoridad pública o un particular accionan vulnerando derechos, aquella persona a quien le son transgredidos puede iniciar una acción de amparo, siempre que no exista otra vía para hacerlos valer. En ese orden, procede igualmente la acción de amparo ante la existencia de un derecho reconocido por la Constitución que esté siendo amenazado o se le impida ejercer, o haya sido alterado en forma inminente por un acto o una omisión de una autoridad pública o hasta de un particular. Es importante resaltar que la defensa libertad física o ambulatoria no está incluida en el amparo, ya que esta es protegida por el *habeas corpus*. Además, como se ha señalado anteriormente, para iniciar la acción de amparo no debe existir otra vía que regule la defensa de los derechos que se pretende salvaguardar.

Häberle, sobre la finalidad de la acción de amparo de tutelar los derechos fundamentales, expresa lo siguiente: “Los derechos fundamentales se presentan con su ‘doble carácter’: como derechos subjetivos y como elementos de un ordenamiento objetivo”⁵. Esto implica la concepción del objeto de protección desde diferentes ángulos en virtud de que se vislumbra el sistema como un todo, incluyente de las normativas que abarcan los

4 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Cristian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*: Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 42.

5 HÄBERLE, Peter. “El recurso de Amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*: Madrid, Dykinson, 1997, p. 256.

derechos fundamentales además de los constitucionales, desde una perspectiva internacional.

En el amparo, el juez tiene la facultad de pronunciar *astreintes*, con lo que promueve los efectos de un proceso rápido, breve y expedito; por demás, es un procedimiento libre de costas y no requiere de fianza para su ejecución.

En ese orden de ideas, la aplicación correcta de la acción de amparo contribuye de manera decisiva a redimensionar el derecho constitucional, como expresa el doctrinario español Javier Pérez Royo, “sea el derecho de los derechos”, por lo que no podría hablarse de un real y efectivo derecho si no existen las garantías para proteger los derechos de las personas. El amparo es un mecanismo para darle validez y concretizar la aspiración de las personas accionantes, sobre todo cuando se trata de vulneración de sus derechos por parte del Estado; esto conlleva que exista una mayor legitimidad de los órganos del Estado porque afianza la democracia participativa.

La legitimidad de los órganos democráticos está sustentada en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, los cuales se deben extrapolar de la teoría a la práctica, en lo que incide la proactividad de los actores del sistema de administración de justicia. Es obvio que el amparo, como acción constitucional cimera de protección especial de estos derechos, desempeña un rol esencial para la tutela de los derechos de las personas. Esto debe hacerse de una forma expedita, a fin de que prime la eficacia de la garantía oportuna, para lo cual debe estar presente la voluntad de quienes tienen la facultad de su aplicación; solo así se puede hablar de la justicia como un bien común.

COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 73 Y 74

POR ALBA LUISA BEARD MARCOS

Artículo 73.- Nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional. Son nulos de pleno derecho los actos emanados de autoridad usurpada, las acciones o decisiones de los poderes públicos, instituciones o personas que alteren o subviertan el orden constitucional y toda decisión acordada por requisición de fuerza armada.

Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

Comentario

Índice: Introducción. I. Aspectos preliminares: a) orden constitucional; b) fuerza normativa de la Constitución. II. Nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional. III. De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales: a) principio de interpretación extensiva de los derechos fundamentales; b) principio de razonabilidad y armonización de derechos humanos; c) reconocimiento del derecho internacional y del bloque de constitucionalidad; y d) principio in dubio *pro-homine*. IV. Reflexiones finales.

Introducción

La Constitución dominicana, como norma fundamental, irradia y dicta directrices a todo el ordenamiento jurídico; es la fuente común de validez de todas las normas inferiores a ella, y crea, bajo la construcción kelseniana, un único orden. Se encuentra compuesta por un amplio catálogo de derechos, garantías, libertades y principios fundamentales que, por su naturaleza, no refieren a una concepción unívoca, sino que requieren de un análisis diferenciado, pero a la vez integrado que permita valorar su contenido, sus límites y su apreciación al caso concreto.

En la presente exposición a propósito de los principios y derechos fundamentales, realizaremos breves comentarios a los artículos 73 y 74 de nuestra carta magna, que abordan la nulidad de los actos que subviertan el orden constitucional, entendiendo la Constitución como norma fundamental que se impone en jerarquía y fuerza normativa a cualquier disposición de menor rango dentro del ordenamiento jurídico, y, por otro lado, tocaremos los principios de reglamentación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales, entendiendo que la regulación y aplicación adoptada por los poderes públicos en materia de derechos y garantías fundamentales podrá incidir en su materialización y efectividad en la realidad social.

En ese sentido, antes de analizar la subversión al orden constitucional iniciaremos con pinceladas relativas a qué constituye un orden constitucional, y por qué la Constitución como norma de rango superior determina la

validez de las normas inferiores a esta, siendo el cometido de la interpretación hallar el resultado constitucionalmente [correcto]¹.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

a. Concepto orden constitucional

El concepto de orden constitucional se ha erigido sobre la expresión de equilibrio que alienta los cambios e inhibe las rupturas, en tanto que solo hay orden constitucional cuando existen libertades públicas, equidad social, responsabilidad en el desempeño de las funciones públicas y garantías para la defensa eficaz de los derechos subjetivos². Busca que el ordenamiento no solo sea formal, sino que se encuentre dotado de eficacia material.

Para ello, este orden debe corresponderse a un sistema de normas fundamentadas en objetivos comunes que permitan la adherencia y coherencia entre ellas, de suerte que las cuestiones puedan ser resueltas mediante la aplicación de una disposición jurídica, y no así que su criterio sea de tal heterogeneidad, que su aplicación resulte materialmente imposible.

Señala Valadés³ que un sistema normativo debe contar con una base identificable, razonable, inteligible, válida y positiva, a la que se le suele llamar norma fundamental (en nuestro caso, Constitución); reconocida por su jerarquía, emanada de la voluntad popular y referente común de los procedimientos, y cuyas disposiciones sean de imperativa observancia y cumplimiento.

Por ende, la Constitución no puede ser concebida como un catálogo, sino que debe responder a la fuerza relativa de cada negociación, dimensionando sus efectos en el sistema y permitiendo que sea previsiva y aplicable a las cuestiones puestas en relieve.

De allí que, una vez votada una Constitución —salvo por el proceso de reforma que ella misma contempla—, esta reviste un carácter “indestructible” que asegura su supremacía y la protección horizontal de los derechos fundamentales.

1 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*: Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, capítulo 2, vol. 1, p. 58.

2 VALADÉS, Diego. *El orden constitucional: Reformas y rupturas*. Obra parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 522. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2734/33.pdf>.

3 *Ibid.*, p. 523.

Mas aun, la mayoría de las constituciones consagran el principio de inviolabilidad, cuya fuerza normativa consiste en que nadie tiene derecho de revocar la Constitución ni desconocer o modificar el orden jurídico y político que regula, sino con los procedimientos y formalidades que ella misma permite⁴.

De acuerdo con Guastini, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos consiste en “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”⁵.

Por esto, la fuerza normativa de dichas normas o dispositivos constitucionales se despliega en la vida social, albergando el conjunto de valores y principios que logran equilibrar los intereses de diversos sectores sociales. Desde esta perspectiva, el Estado constitucional se presenta como una superación del Estado de derecho, pues conserva muchos de los elementos de este, pero, además, involucra nuevos matices que lo hacen más omnicompreensivo, dado que su derecho constitucional ha pasado a ser más un derecho de principios que de reglas⁶.

Este efecto omnicompreensivo viene dado precisamente de que la posición jerárquica superior del texto constitucional conmina, disciplina y enmarca el lineamiento a seguir para la formación de normas infraconstitucionales, encontrándose su contenido e interpretación condicionado a la disposición constitucional. Es decir que existe una relación de adecuación y subordinación entre la Constitución y las normas inferiores que se encuentren en el ordenamiento.

El Estado constitucional se inscribe, entonces, también en el ideal racionalista del ejercicio limitado del poder y la protección de las personas, porque sus acciones sobre las propias personas, las relaciones entre ellas y aquellas que se producen entre los órganos del Estado deberán orientarse por la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, y no por la arbitrariedad⁷.

4 MADERO ESTRADA, José Miguel. *Inviolabilidad y reformas de las constituciones estatales. Nayarit y su Constitución*. Obra parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p. 247. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/8/21.pdf>.

5 GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En M. Carbonell (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*: Madrid, Trotta, 2009, p. 49.

6 CABO de, C. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*: México, UNAM, 1997, p. 304.

7 ALMITES, Elena. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso”. *Derecho* no. 80 Lima jun./nov. 2018. Versión en línea, ISSN 2305-2546. Disponible en:

b. Fuerza normativa de la Constitución

La Constitución, a tales efectos, como norma suprema, tiene vocación de mantenerse incompleta e inacabada, en virtud de que su función esencial solo puede ser lograda si mantiene un marco abierto de interpretación que permita su adecuación a la realidad latente, dotándola a su vez de permanencia.

Dicha permanencia o estabilidad permitirá su eficacia, claridad y certeza, pero indudablemente causará tensiones a medida que se presenten transformaciones sociales y políticas en el marco del Estado, de donde se deberá diferenciar la debida interpretación de la producción forzosa del significado de sus normas por la conjetura inminente. Para esto deberá entenderse que el significado que se le otorgue a cualquier disposición constitucional directamente radiará en las disposiciones de las normas jurídicas de menor rango.

La Constitución tiene una fuerza activa que hace que todas las demás leyes e instituciones sean lo que son⁸. Esta fuerza activa, o normatividad, se nutre de la evolución y actualización del Estado, y muta para mantener el equilibrio necesario entre derecho y realidad constitucional; cuando no es posible dicha mutación, entonces, se habla de la necesidad de reforma constitucional.

Para ello la normatividad no implica regular todos los supuestos posibles, sino más bien los de mayor relevancia, dejando marcos abiertos para la aplicación conforme a los lineamientos que la misma Constitución establece. Al respecto señala Huerta⁹ que una regulación excesiva de derechos fundamentales los limita, por lo que se precisa más bien una amplia gama de significaciones aplicadas a los casos en concreto.

La fuerza normativa se sustenta en la pretensión de vigencia de la Constitución, que la capacita para adaptarse a las circunstancias y, a la vez, para regular su propia modificación. Igualmente, la normatividad implica sujeción, esfera competencial delimitada, proscripción de la arbitrariedad y una requerida debida motivación de las decisiones.

http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202018000100010.

8 LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*: México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 45.

9 HUERTA, Carla. *La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional*. Obra parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2001, p. 44. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3845/5.pdf>.

En esa misma línea de ideas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sobre la fuerza imperante de la Constitución ha establecido lo siguiente:

La fuerza normativa tiene dos manifestaciones muy acentuadas en la Constitución: por un lado, su fuerza jurídica activa, que significa la capacidad de las disposiciones constitucionales para intervenir en el ordenamiento jurídico creando Derecho o modificando el ya existente; y, por el otro, la fuerza jurídica pasiva, que implica la capacidad de resistirse a las modificaciones pretendidas por normas infra constitucionales. De este modo, cualquier expresión de los órganos constituidos que contradiga el contenido de la Constitución puede ser invalidada, independientemente de su naturaleza –concreta o abstracta– y de su origen normativo –interno o externo–, cuando se oponga a los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la norma fundamental (sentencia de 14-XI-2016, Inc. 67-2014)¹⁰.

Así las cosas, la Constitución como norma de normas disciplina las fuentes del derecho y las subordina en los sentidos siguientes:

... uno formal y otro material o de contenido. El primero consiste en que la producción de una fuente se haga por los órganos competentes y por medio del procedimiento que la Constitución determina. El segundo alude a que la Ley Suprema prefigura el contenido de las normas jurídicas. Entonces, la Constitución prevé una doble limitante para los órganos encargados de la producción normativa: éstos sólo pueden producir Derecho de acuerdo con los procedimientos constitucionales establecidos para tal efecto y, además, las únicas normas que pueden formar parte del ordenamiento jurídico son las que sean compatibles con las normas constitucionales (sentencia de 30-VI-1999, Inc. 8-96, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

10 Sentencia 67-2014 Inconstitucionalidad. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador. Disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/11/BD3C2.PDF>

Por consiguiente, la afirmación de la fuerza normativa de la Constitución se asocia a la idea de la Constitución como fuente de derecho directamente aplicable, que quiere decir que, incluso en aquellos casos en que se precisa de la actividad legislativa, la Constitución puede ser aplicada como fuente para determinar la correspondiente omisión y activar los mecanismos de control asociados¹¹.

De manera que todo acto contrario a la Constitución es pasible de ser anulable o nulo de pleno derecho.

II. NULIDAD DE LOS ACTOS QUE SUBVIERTAN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

La subversión al orden constitucional implica una subordinación, un deber de observancia a la norma superior, so pena del efecto anulador que atañe a cualquier disposición que le contravenga.

Sirve de complemento al principio de supremacía de la Constitución, el cual coloca al pacto fundamental en la cúspide del ordenamiento jurídico, en una relación jerárquica en la que cada regla guarda un orden de prelación, siguiéndole en orden aquellas normas jurídicas que, según el valor que se les haya otorgado, poseen un rango gradualmente menor¹².

Este principio de supremacía consagrado en el artículo 6 de nuestra carta magna dispone:

Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

Esta disposición ordena a los poderes públicos a observar lo preceptuado por la Constitución, y limita el ejercicio de su poder y condiciona la validez de sus actuaciones a su conformidad o no con la Constitución.

11 ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII (Valparaíso, Chile, 1er. semestre de 2009) [pp. 443 - 484]. Versión en línea ISSN 0718-6851. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100013&script=sci_arttext.

12 GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo*: Barcelona, Gedisa, 1999, p. 376.

Así las cosas, el artículo 73 de la Constitución refuerza dicho mandato y asienta de manera expresa la subversión al orden constitucional cuando manifiesta que son “nulos de pleno derecho los actos emanados de autoridad usurpada, las acciones o decisiones de los poderes públicos, instituciones o personas que alteren o subviertan el orden constitucional y toda decisión acordada por requisición de fuerza armada”.

Esto significa que de la “norma fundamente emana la validez de todo acto jurídico y, por consecuencia, existe una adecuación connatural —formalmente hablando— de dichos actos hacia ella, ya que estos se encuentran vigentes como consecuencia de los principios de validez [...], de lo contrario, cualquier norma jurídica que no cumpla con las formalidades previstas a nivel constitucional para su creación será considerada como inválida”¹³.

Por ende, la constitucionalidad de cualquier acto debe ser evaluada tanto en el sentido material como formal, formal en cuanto al procedimiento de elaboración que incluye la competencia del órgano emisor a tal fin, y el aspecto material, que va ligado a su contenido, valorando principios, garantías y derechos.

La subversión, por igual, se encuentra asentada por la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, en su artículo 7 numeral 7, que dispone el principio de inconvalecibilidad, en el sentido de que “la infracción de los valores, principios y reglas constitucionales está sancionada con la nulidad y se prohíbe su subsanación o convalidación”.

De esta forma, la nulidad de los actos contrarios a la Constitución o subversión al orden constitucional, parte de esta idea¹⁴:

Si se acepta que hay lugar para la existencia de normas que no procedan de los parámetros establecidos constitucionalmente para la validez de las normas jurídicas, conceptualizar jerárquicamente a la Constitución como fuente “suprema” única, es un tanto incierto, pues debilita de forma directa su eficacia.

Al permitir la coexistencia de normas que no proceden integralmente de la norma suprema se rompe la idea del sistema jerárquico

13 DEL ROSARIO-RODRÍGUEZ, Marcos Francisco. *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*. Dikaion, ISSN 0120-8942, Año 25 - vol. 20, núm. 1 - 97-117 - Chía, Colombia - junio 2011, p. 104.

14 *Ibid.*

superior, pues el solo hecho de que existan normas que se apliquen dentro del sistema jurídico sin haber surgido del proceso formal de creación, demuestra que la Constitución no se erige como fuente absoluta y única de validez, sino que la unidad y coherencia del sistema se integra a partir de las normas externas que son reconocidas como válidas al ser aplicadas por las autoridades¹⁵.

La efectiva garantía de la supremacía de la Constitución es que los actos que colidan con la Constitución son, en efecto, nulos, y como tales tienen que ser considerados por los tribunales, los cuales son, precisamente, los órganos estatales llamados a aplicar las leyes¹⁶.

La declaración como nulo de un acto estatal significa considerar que jurídicamente no existe, porque es irregular, en el sentido de que no se corresponde con las condiciones establecidas para su emisión por una norma de rango superior. Esto fue lo que Hans Kelsen denominó la “garantía objetiva de la Constitución”¹⁷, que sugiere que un acto nulo no produce efectos, salvo en los casos en que se trate de aspectos corregibles, para los cuales entonces se habla de anulabilidad.

De allí se pudiera entender que, al considerar la Constitución suprema, y todo acto contrario nulo de pleno derecho, cualquier autoridad o particular podrían declarar de facto la nulidad de la disposición. No obstante, el constituyente y el legislador han desarrollado mecanismos propios para ello, de forma que la nulidad de la norma sea guiada por el debido proceso, y no por un acto meramente apreciativo de la autoridad o el particular en concreto.

Consecuentemente, retener los supuestos de nulidad o verificar infracciones en casos concretos, además de un procedimiento o una vía recursiva preestablecida, requiere de un estudio minucioso de los derechos y garantías invocados, toda vez que de su alcance, delimitación o interpretación se deriva 1) la solución al conflicto dado; 2) la producción de un cambio normativo; o 3) se mantiene el *statu quo*, comprobada la conformidad con la Constitución.

15 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*, 2.^a ed.: Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 119.

16 BREWER CARIAS, Allan R. *Tratado de derecho constitucional*, tomo XII: *Justicia constitucional*: Fundación de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana, 2017, p. 411. Disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-XII-9789803652975-txt.pdf>.

17 KELSEN, Hans. “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, vol. XLV, 1928, p. 214, citado por BREWER CARIAS, *ob. cit.*, p. 412.

A estos fines, la misma Constitución contempla una serie de reglas para la regulación e interpretación de los derechos fundamentales, que estaremos abordando en nuestro segundo eje.

III. DE LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

Como habíamos mencionado anteriormente, la protección y garantía de los derechos fundamentales constituye uno de los pilares del Estado social democrático y de derecho, en tanto que la Constitución es portadora del sustrato de valores y principios fundantes de una comunidad política¹⁸.

Estos principios y valores no pueden ser aplicados en forma efectiva ni representar garantía alguna si son analizados desde la taxatividad, es decir, de la lectura literal del texto que, en muchos casos, no se basta por sí mismo y que no puede prever todas las situaciones *de facto* que pueda suscitar un mismo hecho.

En virtud de ello, la tendencia moderna gira en torno al estudio del derecho desde su materialización, labor que principalmente es realizada desde la actividad pretoriana, donde el juez en la administración de justicia interpreta los valores que se encuentran reconocidos en el sistema constitucional.

Señala Aguilar Cavallo, profesor de derecho del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, que desde la perspectiva de los derechos de las personas se han ido desarrollando varios principios de interpretación propios de los derechos fundamentales, y estos se aplicarían con independencia de si se encuentran reconocidos en un texto legal, en un texto constitucional o en uno convencional¹⁹. De allí que se conciba la regla de la autonomía de los principios de interpretación de derechos.

Dicha regla de autonomía deriva de la trascendencia adquirida por los diferentes criterios de interpretación existentes de los derechos fundamentales, que los sitúan en una categoría superior dentro del ordenamiento ju-

18 ARIAS RUELAS, Salvador Felipe. "La reforma constitucional de derechos humanos y la transversalización de los derechos", *Revista IUS*, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 68-84, especialmente, p. 70.

19 AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional". *Bol. Mex. Der. Comp.* vol.49 no.146 Ciudad de México may./ago. 2016. Versión en línea, ISSN 2448-4873; versión impresa, ISSN 0041-8633. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000200013#fn10.

rídico; son normas básicas materiales y transversales a cualquier accionar, por constituirse en disposiciones abiertas, abstractas, generales y de alto contenido valorativo.

Peces Barba, citado por Carpio Marcos, indica al respecto que los derechos fundamentales aparecen normalmente enumerados en las constituciones sin que se especifique cuál es su significado concreto²⁰, de manera que, para dotar de significado a dichas figuras, la interpretación, es sin duda, la clave²¹. Aclara que la interpretación debe ser cautelosa, porque de ella podrían sobrevenir otros problemas jurídicos derivados de los alcances y límites a los cuales se quiere someter los derechos esenciales.

Puede decirse que la interpretación jurídica de los derechos fundamentales es, principalmente, la “interpretación judicial de los derechos fundamentales”²², que no es más que:

... una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor ángulo; es decir, desarrollar al máximo los valores propios de su género. La actividad interpretativa implica llevar a cabo un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por ese Derecho y se determine qué interpretación los desarrolla en mayor medida (...) ²³.

O lo que es igual, en un sentido metodológico, “interpretar las normas jurídicas significa desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación constituye una tarea técnica que tiende a investigar la inteligencia que debe darse en una norma, determinando su campo de aplicación²⁴”.

Para la interpretación el Tribunal Constitucional tendrá posición hegemónica y privilegiada como órgano jurisdiccional supremo, máximo intérprete de la Constitución y guardián último de los derechos fundamentales.

20 CARPIOS MARCOS, Edgar. “La interpretación de los derechos fundamentales”. Pontificia Universidad Católica del Perú. *Derecho PUCP*, núm. 56 (2003), p. 466. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10587>.

21 RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder*: Madrid, CEPC, 1997, p. 466.

22 *Ibid.*, p. 455.

23 LIFANTE VIDAL, Isabel. “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, p. 277.

24 MOUCHET, Carlos y ZORRAQUIN BECU, RICARDO, *Introducción al derecho*: 12.ª ed.: Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, p. 250.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional o cualquier juez que pretenda proteger los derechos fundamentales deberán proceder “en su actuación interpretadora a una definición de su contenido, resolviendo los conflictos que su observancia pueda implicar en cada caso concreto”²⁵.

Para el caso particular, Peces-Barba indica que los derechos fundamentales son de particular interpretación, ya que poseen rasgos distintivos que hacen que su interpretación se realice de forma diferente a cualquier otra norma jurídica. Se tiene por una parte el lenguaje utilizado al constitucionalizarlos, y por otra, una fuerte carga emotiva que condiciona e influye su interpretación.

El artículo 74 de la Constitución dominicana establece los principios de reglamentación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales según los supuestos siguientes:

La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

En virtud de lo anterior, podemos colegir la presencia de cuatro principios básicos de interpretación en nuestra norma suprema, a saber: 1)

25 SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, Madrid, 1999, p. 27.

principio de interpretación expansiva de los derechos fundamentales (art.74.1); 2) principio de razonabilidad y armonización de los derechos humanos (ponderación de derechos) (art.74.2); 3) reconocimiento del derecho internacional-bloque constitucionalidad (art.74.3); y 4) principio *in dubio pro-homine* (art.74.4), los cuales desarrollaremos en lo adelante.

a) Principio de interpretación expansiva de los derechos fundamentales (art. 74.1 CD):

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;

El principio de fuerza o interpretación expansiva de los derechos fundamentales supone que todas aquellas normas que constituyan un límite a tales derechos deben ser interpretadas de forma restrictiva en cuanto a los derechos que se encuentran reconocidos o enumerados.

Por igual, la fuerza expansiva busca desarrollar un catálogo de derechos insertos en derechos reconocidos, pero que por la fluctuación o cambios de los tiempos no eran taxativos pero por igual requieren de valor y protección. A esta categoría se le llama derechos no enumerados o derechos implícitos.

El numeral 1 antes citado es claro cuando establece que “no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza”, desprendiéndose de esta disposición dos particularidades principales: 1) la visualización de los derechos fundamentales desde un sentido amplio y proteccionista, donde se plantean reglas mínimas de observancia no negociable para su contenido, siendo una obligación para el operador constitucional velar porque las restricciones o limitaciones al derecho sean lo más reducidas posibles, es decir, “una tendencia no reduccionista”, que deriva en 2) la presencia de una serie de derechos que aún no se encuentren enumerados en la Constitución pero que merecen igual reconocimiento y protección.

El artículo 5.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su apartado 2, en ese sentido, establece:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

De forma que estos derechos, denominados implícitos o no enumerados serán “aquellos derechos no expresados clara y determinantemente en una norma jurídica positiva, sino que se incluyen en ella sin que ésta lo manifieste”.

También se les define como “aquellos atributos fundamentales de la persona que, al margen de que no se encuentren objetivamente incorporados en el contenido de la Constitución, su existencia se desprende de aquellos principios esenciales que el ordenamiento constitucional reconoce como cláusulas abiertas²⁶”.

Se parte de la idea de que todo derecho comprenderá un bien humano, y el bien humano una realidad concreta o una necesidad/exigencia inminente, que podrá variar en el tiempo y que igual requieren de protección, ya sea por la aparición de nuevos bienes humanos, por la presencia de nuevas circunstancias sobre necesidades existentes o por la necesidad de redimensionar bienes humanos ya reconocidos.

En aplicación a este principio, el Tribunal Constitucional dominicano ha tutelado derechos, garantías y principios fundamentales que no se encuentran de forma expresa en la norma, pero cuyo uso en el caso en concreto permite efectivizar otros derechos que sí se encuentran contemplados. Un ejemplo de esto podemos verlo en el precedente TC/0204/13, que dictamina lo siguiente:

t) Los principios de economía procesal, aunque no se encuentran señalados expresamente en la Constitución de la República, se encuentran señalados indirectamente en esta, cuando en su artículo 68, establece: La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la

26 SAENZ DÁVALOS, Luis. “La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, núm. 13, 2002, p. XXV.

satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la Ley y en el artículo 69.1 de la Carta Magna, cuando establece: Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita, por lo que, por las razones indicadas el juez de hábeas data debe conocer la acción de la cual se encuentra apoderado sin observar el agotamiento de los recursos administrativos.

De esto se desprende que un derecho implícito se encuentra dotado de la misma protección y garantías que un derecho expresamente reconocido, en tanto que procederá su tutela tanto por vía principal como su reconocimiento al encontrarse vinculado a otro derecho.

Sumado al principio de interpretación extensiva, este apartado (74.1) se encuentra ligado al *principio de progresividad*, en cuanto a que los derechos no pueden disminuir, sino que progresan gradualmente, en tanto que las interpretaciones dadas a un derecho deben tomar como referencias las dadas anteriormente, a fin de no ser injustificadamente más restrictivas.

El principio de progresividad sirve como complemento de la interpretación jurídica porque establece un estándar de interpretación y al mismo tiempo es un límite competencial del intérprete²⁷.

Es decir que, por un lado, establece un estándar mínimo de protección, y, por el otro lado, y una vez determinado el alcance, manda a una ampliación del contenido mínimo. Entonces la ampliación de los derechos constitucionales por vía jurisprudencial o por normativas infraconstitucionales no puede ser disminuida por actos posteriores en aplicación de este principio.

Esta combinación de principios, en consecuencia, justifica la tutela de derechos que no estén taxativamente reconocidos.

27 MANCILLA CASTRO, Roberto Gustavo. "El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano". Cuest. Const. núm. 33 Ciudad de México jul./dic. 2015. Fecha de dictamen: 20 de marzo de 2015. Versión en línea disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200004.

b) Principio de razonabilidad y armonización de los derechos humanos (ponderación de derechos) (art.74.2):

- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;

Continúa la glosa del artículo 74, con las disposiciones de su numeral 2, que hacen reconocimiento al denominado principio de razonabilidad. El principio de razonabilidad haya su origen en el derecho anglosajón y se vincula con el denominado *due process of law*, o debido proceso de ley, que refiere principalmente a que, para que sean considerados válidos los actos de los poderes públicos, deben observarse ciertas reglas y procedimientos. Alude el Tribunal Constitucional de Bolivia mediante precedente SC 1846/2004-R lo siguiente:

FJ. III.7.1. Ahora bien, respecto al principio de razonabilidad, debe entenderse el mismo, como la facultad de los órganos jurisdiccionales, de limitar el ejercicio del poder del Estado frente a los administrados, esto es, que, cuando exista una norma que únicamente mande o prohíba de acuerdo su reglas y mecanismos instituidos por ella misma, en aplicación del principio de razonabilidad, deberá cuidarse que dicha norma sea constitucional; es decir, que respete el valor justicia, reconocido, entre otros, en el art. 8.II de la CPE, lo cual permite que dicho principio se constituya en la base del proceso sustantivo; en ese sentido, cuando el principio de razonabilidad es vulnerado, se entiende la existencia de lesión al debido proceso (...); pues como, se expuso precedentemente, la razonabilidad, emana de la norma y se constituye en el límite de la actuación de los poderes públicos, cuando éstos con sus decisiones y/o acciones, afectan directa o indirectamente derechos y garantías constitucionales contenidas y reconocidas por la Constitución Política del Estado.

Señala el doctrinario argentino Miguel M. Padilla²⁸, en su obra *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, que los derechos se limitan como única manera de poder vivir en sociedad y las restricciones que dispongan en cuanto a su goce no deben exceder de lo indispensable para ese fin, esto es, hacer compatible la libertad de cada uno con la de los demás.

La norma debe ser justa en su aspecto material y formal; debe desarrollarse sobre la base de un fin social sin destruir ningún derecho amparado en la Constitución y las leyes, y el medio utilizado para lograr tal fin debe corresponderse con el resultado menos gravoso. Los medios deben tener una razonable adecuación con ellos.

La razonabilidad, según Juan Francisco Linares²⁹, es la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear derecho: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido común jurídico (el plexo de valores que lo integran) y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos).

En el derecho alemán este principio es conocido como *fairen verfahren* o derecho a un procedimiento honesto y justo, el cual exige que los procesos jurisdiccionales se encuentren erigidos en la justicia y la equidad, presuponiendo la existencia de la garantía del juez natural, derecho al contradictorio, publicidad, presunción de inocencia, entre otros.

Dicha doctrina analiza la razonabilidad en atención a criterios como estos: 1) adecuación: conformidad entre medios y fines; 2) necesidad: el medio debe alcanzar el objetivo buscado con la menor restricción posible; 3) proporcionalidad en sentido estricto: los fines de la norma deben ser legítimos y tener correspondencia entre lo restringido y lo que se busca lograr.

Lo arbitrario es inconstitucional. Por esto, una de las figuras principales en que se ve reflejada la aplicación directa de este principio es en la acción de amparo, puesto que es a través de esta vía que quien sea vulnerado o esté en peligro de conculcación podrá acudir en justicia de forma expedita, para precisamente lograr la tutela contra los actos arbitrarios o ilegales de las autoridades.

Diversos tratados lo contemplan, pero, en resumidas cuentas, haremos acopio de algunas de las disposiciones principales sobre este aspecto. En

28 PADILLA, Miguel. *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*: Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. II, 1996.

29 LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*, 2.ª ed.: Buenos Aires, Astrea, 2002.

la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9, se refleja que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, y en su artículo 15.2 “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.1 expresa que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Así como disposiciones que se replican en innumerables artículos de nuestro pacto fundamental:

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto: 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito [...].

Artículo 71.- Acción de hábeas corpus. Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.

Artículo 72. [...] Párrafo: Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.

Con relación al principio de razonabilidad, el Tribunal Constitucional dominicano, en semejantes términos que la doctrina estadounidense y alemana estableció criterios para evaluar si una norma es considerada razonable o no, a partir del denominado “test de razonabilidad”, el cual supone el análisis del fin buscado, el análisis del medio empleado y, finalmente, el análisis de la relación entre el medio y el fin³⁰.

30 Véase sentencia TC/0044/12, del 21 de septiembre de 2012.

Por consiguiente, el fin no justifica los medios, sino que los medios deben ser proporcionales al fin —o más bien ajustados al objetivo—, de forma que el derecho fundamental limitado no se vea afectado desde el punto de vista de su contenido esencial.

A su vez, la proporcionalidad es un principio consustancial de la razonabilidad, ya que exige un juicio de valoración o ponderación de la necesidad e idoneidad de la medida tomada, según la consideración de que esta —la medida— sea lo menos restrictiva posible.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) inicia el abordaje de los criterios de la proporcionalidad de la norma en la conocida sentencia del caso *Apothekenurteil*³¹ (del 11 de junio de 1958), criterios estos que han sido asumidos por la jurisprudencia constitucional a nivel internacional, que son los siguientes³²:

<ul style="list-style-type: none">• Debe perseguir una finalidad legítima.
<ul style="list-style-type: none">• Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (<i>geeignetheit</i> o adecuación).
<ul style="list-style-type: none">• Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos los derechos involucrados (mínimo de intervención).

31 Sentencia *Apothekenurteil* (11 de junio de 1958) del Tribunal Constitucional Federal Alemán. En este caso un farmacéutico interpuso un recurso de queja contra una decisión del gobierno de Alta Baviera, Alemania, la cual negaba la apertura de nuevas farmacias, en atención al art. 3.1 de una ley de 1952 sobre regulación de farmacias, que establecía para la apertura de nuevas farmacias, exigencias de calificación del solicitante en cuanto a condiciones económicas, y competencia comercial con otros establecimientos. El accionante alegaba violación a la libertad de empresa y libertad profesional. El gobierno estimaba que el interés público no requería de otra farmacia. El Tribunal Constitucional, al respecto, declaró la norma inconstitucional por no ser proporcional, y estableció que cuanto mayor sea la afectación individual mayor debería ser el interés público que lo justifique.

32 Sentencia *Apothekenurteil* (11 de junio de 1958) del Tribunal Constitucional Federal Alemán, comentada por Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 1, 2012, pp. 65-116. ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. *Versión en línea*, ISSN 0718-5200. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003#n2.

- Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcional a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si estos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad (relación *zweck-mittel*). Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho.

Ahora bien, este examen de proporcionalidad puede acarrear la colisión de derechos, que nos lleva a una segunda necesidad: determinar cuál derecho habrá de prevalecer en caso de confrontaciones en cada caso concreto. A dicho proceso se le denomina “ponderación”, que encuentra su base en que, si bien para toda medida que afecte derechos fundamentales existirá un principio que lo justifica, en contraste a ello, habrá otro principio que resulte afectado con dicha medida.

Ponderar supone que “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”; analizando su contenido y límites aplicados al caso concreto, “esos conflictos [...] no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás; sino del modo que de mejor forma resulten ambos optimizados”³³.

De allí que la ponderación parte de la premisa de que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, por cuanto se mide en abstracto el peso de la disposición al caso concreto y la carga de argumentación aplicable.

33 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*: España, Editorial Marcial Pons, 2000, p. 29.

c) Reconocimiento del derecho internacional-bloque constitucionalidad (art. 74.3):

- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

Este apartado señala un deber de observancia del derecho internacional, cuando de derechos humanos se trata; puesto que un tratado o convenio internacional tendrá igual jerarquía que la disposición constitucional interna. Esto es así para garantizar qué aspectos no configurados en la ley interna pueden ser optimizados en atención a las mejores prácticas a nivel internacional.

Este principio consagrado en el artículo 26 de nuestra carta magna cuando dispone que la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional.

Así se contempla en los numerales 1, 2, 3 y 4 del antes referido artículo 26:

1. Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado; 2. Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial; 3. Las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional; 4. En igualdad de condiciones con otros Estados, la República Dominicana acepta un ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia, y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones. Se compromete a actuar en el plano internacional, regional y nacional de modo compatible con los intereses nacionales, la convivencia pacífica entre los pueblos y los deberes de solidaridad con todas las naciones [...].

Los tratados sobre derechos humanos, debidamente ratificados por el Congreso Nacional, adquieren jerarquía constitucional, lo que los dota de un posicionamiento privilegiado en el ordenamiento jurídico en lo relativo a la ley, y respecto de la Constitución una posición igual o inmediatamente inferior; este último punto es causa de amplia divergencia dentro de la doctrina.

Por tanto, las disposiciones contenidas en la Constitución, al igual que las normas que integran el bloque de constitucionalidad —refiriéndose a los tratados, pactos y convenios sobre derechos fundamentales— constituyen el parámetro de constitucionalidad de todas las normas, actos y actuaciones producidos y realizados por todas las personas, instituciones privadas y órganos de los poderes públicos (TC/0150/13 del 12 de septiembre de 2013).

Sin embargo, y a pesar de que los tratados forman parte del derecho interno y el Estado no podrá invocar la legislación interna como causa de su incumplimiento (sentencia TC/0099/12), un tratado o convenio internacional que sea contrario a la Constitución debe ser declarado nulo (TC/0230/13):

La defensa de la Constitución supone que las leyes deben ser cónsonas con el contenido de la Carta Magna, de tal manera que una ley, decreto, resolución, tratado o convenio internacional que sea contraria no debe aplicarse, debiendo ser declarada la nulidad, o la no aplicación de aquellas que vulneren el texto constitucional, y declaradas conforme aquellas que no lo contradigan. Es bien sabido que la Constitución es la norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. En ese tenor, se proclama como principio fundamental del Estado en nuestra Carta Magna, la supremacía de la Constitución.

En los términos de nuestro Tribunal Constitucional, la Constitución es suprema y los tratados o convenios internacionales contrarios a esta deberán ser declarados nulos, en la medida en que sus disposiciones sean contrarias a derechos y garantías reconocidas por ella. Los tratados serán inaplicables cuando lo dispuesto en ellos sea menos favorable que la legis-

lación interna sobre la materia. Ello significa, de manera positiva, que en la medida en que efectivicen derechos y garantías fundamentales su reconocimiento es tal que gozan de rango constitucional (por ser conforme a esta).

Es por ello que se habla de bloque de constitucionalidad, el cual integra “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución³⁴”.

Con la salvedad de que no todos los tratados y convenios internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, solo lo constituirán aquellos que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción. Esto se aplica en especial a los tratados de derecho internacional humanitario, que son reconocidos como normas *ius cogens*, que son aquellas que se caracterizan por ser de obligatorio cumplimiento sin admitir acuerdos en contrario por parte de los Estados.

d) Principio *in dubio pro homine* (art. 74.4):

- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

El principio *pro personae* o *in dubio pro homine*, en palabras del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rodolfo E. Piza Escalante, es “un criterio fundamental (que) (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. (De esta forma, el principio *pro-persona*) (...) conduce a la conclusión de que (la) exigibilidad inmediata e incondicional (de los derechos humanos) es la regla y su condicionamiento la excepción³⁵”.

34 Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

35 Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante en CteIDH, “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, nro. 7, párr. 36.

Este principio ha sido asimilado como una guía interpretativa prevalente para la aplicación de los derechos humanos, se encuentre escrita o no, por tratarse de una regla primaria inherente al derecho internacional de los derechos humanos, que es un polo catalizador del orden público.

Por esto es una “regla que está en la cúspide del complejo corpus iuris de los derechos humanos que prioriza a la persona humana frente a otros sujetos internacionales, punto de apoyo de la formación de un *ius commune*³⁶ transnacional, regla amalgamadora del derecho interno e internacional de los derechos humanos, base de un nuevo *ius gentium*”³⁷.

Al interpretarse normas que consagran o reconocen derechos fundamentales se ha considerado que es válido, aceptado y necesario “tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano”³⁸.

Lo anterior ha sido reconocido en diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, a fin de que se interpreten los derechos fundamentales de forma extensiva. Dentro de estas normativas convencionales, sin ser limitativos, encontramos las siguientes:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 5:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o cos-

36 Término que hace referencia a un tipo de derecho que se puede aplicar en todos los casos, contrario al derecho particular o especial —derecho común—.

37 PINTO, Mónica. “International Institutions and the Rule of Law”, Panel 5 Supranational institutions and the rule of law, vol. 137 (consulta de 25/1/2014 obtenible en www.law.yale.edu/documents/pdf/Pinto_International_Institutions_and_the_rule_of_law.pdf).

38 HENDERSON, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 39, San José Costa Rica, 2005, p. 87.

tumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Además cabe mencionar otros como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 1.1) y la Convención de los Derechos del Niño.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al explicar el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro legítimo del objetivo”³⁹.

³⁹ Corte IDH, opinión consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas” (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, pfo. 46.

Este principio se caracteriza por su naturaleza *sui generis*, aplicable a cualquier materia que pretenda afectar o colidir con derechos humanos, y es connatural a la existencia misma de la protección o tutela de un derecho. Radia de forma integral el ordenamiento jurídico nacional e internacional, actuando en forma autonómica, a pesar de su aplicación con otros principios.

Su aplicabilidad es exigible e incondicional, de forma que no admite excepciones y es irreversible, en tanto que rige todas las técnicas o criterios de ponderación de derechos fundamentales, deviniendo a su vez en atemporal por no interesar una norma anterior o posterior.

Señala la profesora Zlata Drnas de Clément, en “La complejidad del principio *pro homine*”⁴⁰, que el rol de este principio varía según su aplicación:

- 1) principio de interpretación de normas;
- 2) principio de determinación de la norma aplicable (se aplica la norma más favorable);
- 3) principio rector entre derecho nacional e internacional (no aplicable a las normas de jerarquía). Establece que en caso de enfrentarse una disposición de una ley con una disposición de un tratado o aún frente a una norma de la Constitución, si la ley tuviese un contenido de mayor protección o menos restrictivo para el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, el artículo de la ley sería el que se utilizaría en aplicación del principio *pro persona*⁴¹.
- 4) principio articulador del sistema normativo.

La manifestación del principio *pro persona* puede darse en otros sub-principios que optimizan el ejercicio de los derechos humanos, como lo son:

- 1) *In dubio pro reo*: en caso de duda, se favorecerá al imputado o acusado.
- 2) *Favor libertatis*: busca asegurar que el mayor número de supuestos sea ponderado a fin de que prevalezca la libertad de la persona ante cualquier tipo de detención.

40 ZLATA DRNAS de Clément. “La complejidad del principio *pro homine*”. Marzo 25 de 2015 - JA 2015-I, fascículo núm. 12. Buenos Aires, pp. 98-111. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>.

41 CASTILLO, Karlos. “El principio *pro persona* en la administración de justicia”. Cuest. Const. núm. 20 Ciudad de México ene./jun. 2009. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000100002.

- 3) *Favor rei*: en favor del reo; en materia de recursos, el tribunal de alzada puede dictar una sentencia más favorable o una absolución *favor rei*, aunque aquel hubiera consentido la condena.
- 4) *Favor debilis*: en favor de las víctimas, a favor del más débil.
- 5) *In dubio pro operario*: refiere a aplicar la norma más favorable al trabajador.
- 6) *In dubio pro libertate*: en caso de duda, prevalece la disposición a favor de la libertad.
- 7) *In dubio pro actione*: en aplicación de este, se busca suprimir cualquier condición o limitación al acceso a recurso o a la justicia.

Dichos principio (*pro homine*) y subprincipios han sido ampliamente aplicados por nuestro Tribunal Constitucional dominicano en diversos precedentes, como lo son las sentencias TC/0199/13, TC/369/15, TC/261/16, TC/178/17, y TC/0247/18, entre otros.

Al respecto, en la sentencia TC/247/18 estableció:

Ciertamente, el principio *pro actione* o *favor actionis*—concreción procesal del principio *in dubio pro homine* estatuido en el artículo 74.4 de la Constitución— supone que, ante dudas fundadas sobre la observancia por parte del recurrente de un requisito objetivo de admisibilidad en particular, el Tribunal Constitucional debe presumir la sujeción del recurrente a dicho requisito para garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-978, del 1.º de diciembre de 2010, asentó el criterio que se transcribe a continuación:

[...] también ha resultado, con base en el principio de *pro actione* que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial

efectivo ante la Corte. [...] el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando el fondo.

De lo anterior se puede inferir que en materia de derechos humanos la regla general es la no admisión de restricciones a derechos fundamentales, salvo que estas se encuentren debidamente fundamentadas. No obstante, siempre se deberá adoptar la posición más favorable al interesado.

IV. REFLEXIONES FINALES

La constitucionalización del ordenamiento jurídico nos enmarca en un proceso de indeterminación de la norma constitucional, derivada del carácter abstracto de los principios, valores, derechos y garantías que la forman; labor del operador jurídico a los efectos es determinar, o más bien aproximar, el valor de estos preceptos a su contenido esencial.

Apoyándonos en la tesis de Herbert L. A. Hart, uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX, podemos afirmar que la labor interpretativa se aleja de la posición hermética del derecho; parte de una textura abierta a los conceptos jurídicos indeterminados, que permiten al operador jurídico —generalmente el juez— aplicar el derecho al caso en concreto sobre la base de diferentes soluciones posibles y en el marco de criterios o reglas básicas preestablecidas. Bajo esta posición asentamos nuestra línea de pensamiento hacia un constitucionalismo de principios.

Tales principios, como hemos venido desarrollando a lo largo de nuestra exposición, surgen de la necesidad de dotar al operador jurídico de herramientas que le permitan concretar las normas, es decir, dotarlas de un significado correcto al caso que se estudia. Esta vaguedad⁴² es fuente de la indeterminación jurídica.

Tal indeterminación se hace necesaria, pues la existencia de normas con extrema precisión las hace inoperantes o inefectivas, toda vez que resulta

42 La vaguedad es explicada por Timothy A. O. Endicott en su libro *La vaguedad en el derecho* (2007), donde explica cómo el contenido no lineal del derecho, o la indeterminación de ciertos conceptos, es lo que permite que los jueces puedan aplicar una misma ley a diferentes casos, o, en sentido contrario, que en casos similares no puedan aplicar la ley de igual manera.

imposible, dentro de un sistema jurídico, poder regular en su totalidad la cambiante actividad humana. Es por ello que los métodos de interpretación deben ser cada vez más dinámicos, abiertos e inacabados, cercenando la posibilidad de que un poder constituido pueda disponer de los derechos y garantías individuales por encima de lo dispuesto por la Constitución.

La Constitución, y por consiguiente los derechos fundamentales, han de ser interpretados de manera sistemática, a fin de lograr una correcta armonización, considerando que ningún derecho se superpone sobre el otro —no se anulan entre sí, sino que se potencian— y que cualquier restricción o limitación aplicada de forma aislada puede devenir en irracional o podría ocasionar que un derecho no sea ejercible, pues su contenido esencial habría sido vulnerado.

En materia de derechos fundamentales la Constitución se erige como un marco auxiliar, de ahí que el significado correcto de la interpretación estará más ligado al contenido mismo del derecho que al texto que lo contenga. He ahí donde yace la importancia de una verdadera actividad pretoriana, que es donde el derecho se encuentra vivo.



Esta obra está disponible en formato digital y de manera gratuita en la Biblioteca Virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura (<https://biblioteca.enj.org>), como parte del legado de esta plataforma concebida para la búsqueda bibliográfica en línea de jurisprudencia, legislación y doctrina.

Si desea recibir información periódica sobre las novedades de la Escuela Nacional de la Judicatura, escríbanos a: biblioteca@enj.org.

Obra disponible en la Biblioteca Virtual
de la Escuela Nacional de la Judicatura.
Utilice este código para acceder.



ISBN: 978-9945-425-79-6





REPÚBLICA DOMINICANA
**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**