



Revista

# IURIS Forum

Julio-diciembre 2021 • Número 2 • ISSN 2811-4949



Escuela de Derecho



# PUCMM

Pontificia Universidad Católica  
Madre y Maestra



# PUCMM

Pontificia Universidad Católica  
Madre y Maestra

## Revista IURIS FORUM

ISSN 2811-4949

Facultad de Ciencias Sociales, Humanidades y Artes  
Escuela de Derecho

© Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2021

### Diseño y diagramación:

Departamento Editorial, PUCMM

### Corrección de estilo:

Lic. Wendy Karina Moronta

### Traducción:

Carmen Luisa Martínez (Artículo de Gilles Paisant)

### Cuidado de edición:

Carmen Pérez Valerio, Departamento Editorial,  
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra  
Santo Domingo, República Dominicana, 2021

Iuris Forum es la revista digital de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, creada con el objetivo de fomentar el estudio crítico del Derecho y la producción escrita de los integrantes de la comunidad jurídica dominicana y extranjera para el enriquecimiento del debate jurídico y, en consecuencia, contribuir al pensamiento jurídico global. Iuris Forum se publica semestralmente, con contenido abierto y contribuciones en español e inglés. Está compuesta de ensayos, artículos, comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones, en el marco de los lineamientos aprobados por el Consejo Editorial de la Revista.





## Comité de asesores IURIS FORUM

**Vicerrector Académico  
de la PUCMM**

Dr. David Álvarez Martín

**Vicerrector de Investigación  
e innovación de la PUCMM**

Dr. Kiero Guerra Peña

**Decano de la Facultad de Ciencias  
Sociales, Humanidades y Artes  
de la PUCMM**

Dr. Mariano Rodríguez Rijo

**Director de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Lic. Héctor Alies Rivas

**Directora de la  
Escuela de Derecho - CSTI**

Licda. Anne Gómez Castillo

**Profesor de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Dr. Flavio Darío Espinal

**Profesor emérito de la Universidad Externado  
de Colombia**

Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



## Consejo Editorial permanente

**Profesora de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Jimena Conde Jiminián

**Profesor de la  
Escuela de Derecho - CSD**

Amaury Reyes-Torres



## CONTENIDO

6

Editorial  
[Comité Editorial Permanente](#)

---

### ARTÍCULOS

8

Líneas definitorias del Torrens title. A propósito de su conexión con la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, de 23 de marzo de 2005  
[Luis Javier Arrieta Sevilla](#)

---

28

A propósito de la seguridad de los consumidores: una mirada desde Francia y la Unión Europea  
[Gilles Paisant](#)

---

36

La responsabilidad contractual. Orígenes  
[Milagros Koteich Khatib](#)

---

45

La publicidad registral como finalidad del Registro Inmobiliario  
[Ariella Adames Rojas](#)

---

54

Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico dominicano  
[Roberto Medina Reyes](#)

---

92

La expropiación forzosa en la República Dominicana  
[Gilbert M. de la Cruz Álvarez](#)



105

El gobierno de los jueces y los límites del juez constitucional: una visión del caso República Dominicana

[Víctor León Morel](#)

---

117

Análisis de la sentencia núm. TC/905/18 del Tribunal Constitucional sobre el caso del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo

[José Augusto Fermín](#)

---

126

La ignorancia deliberada: Su incorporación en el ordenamiento jurídico dominicano a propósito de los delitos de lavado de activos

[Esmeralda Corral Panadero](#)

---

## Editorial IURIS Forum

La Revista *Iuris Forum*, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), ve materializada el segundo número del primer volumen correspondiente al año 2021. Su contenido muestra los nuevos bríos de la producción académica de la República Dominicana, al tiempo que cuenta con la participación de connotados académicos internacionales. En su conjunto enriquece, en esta nueva ocasión, la doctrina jurídica nacional y fomenta la creación, investigación y reflexión a través del abordaje de temas pertenecientes a distintas áreas del saber legal.

En esta oportunidad encontrarán los trabajos sobre derecho inmobiliario y administrativo de la autoría del profesor Dr. Luis Javier Arrieta Sevilla, la abogada de la Jurisdicción Inmobiliaria dominicana, Lic. Ariella Adames Rojas y el joven jurista Gilbert de la Cruz Álvarez intitulados “Líneas definitorias del *Torrens title*. A propósito de su conexión con la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario, de 23 de marzo de 2005”, “La publicidad registral como finalidad del Registro Inmobiliario” y “La expropiación forzosa en la República Dominicana”, respectivamente. Sugerimos acompañar su lectura de la obra colectiva “*Apuntes de derecho inmobiliario registral: a cien años de la Orden Ejecutiva núm. 511 de 1920*”, una reciente publicación de la Escuela de Derecho del Campus de Santo Domingo, con el apoyo -en el cuidado, diagramación y edición- de la Librería Jurídica Internacional.

En cuestiones de Derecho Civil contamos con escritos de los expertos internacionales, Dr. Gilles Paisant y Dra. Milagros Koteich Khatib, quienes desarrollan lo relativo a la seguridad de los consumidores y los orígenes de la responsabilidad contractual en sus contribuciones “A propósito de la seguridad de los consumidores: una mirada desde Francia y la Unión Europea” y “La responsabilidad contractual. Orígenes”. Por su parte, los aspectos constitucionales son desarrollados por el profesor Roberto Medina Reyes y los licenciados Víctor León Morel y José Augusto Fermín en “Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico dominicano”, “El gobierno de los jueces y los límites del juez constitucional: una visión del caso República Dominicana” y “Análisis de la sentencia núm. TC/905/18 del Tribunal Constitucional sobre el caso del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo”. Por último, la Lic. Esmeralda Corral Panadero aborda lo penal en “La ignorancia deliberada: Su incorporación en el ordenamiento jurídico dominicano a propósito de los delitos de lavado de activos”.



En sentido general notarán que el abordaje de esta diversidad de temas jurídicos y las problemáticas en ellos examinados produjo un aporte doctrinal de innegable importancia, el cual esperamos replicar en los próximos números de la Revista Iuris Forum. Para el tercer número ya contamos con contribuciones de marcado interés sobre las ciencias jurídicas y afines. Aprovechamos la ocasión para reiterar que la convocatoria para recibir nuevas contribuciones académicas permanece abierta y, en aras de expandir la diversidad de autores y temas, motivamos la participación femenina y de miembros de grupos minoritarios.

# Líneas definitorias del *Torrens title*. A propósito de su conexión con la ley núm. 108-05 de registro inmobiliario, del 23 de marzo de 2005

Luis Javier Arrieta Sevilla\*

Recibido: 3 de noviembre de 2021 – Aceptado: 15 de noviembre de 2021

## Resumen

Desde 1920 República Dominicana tiene un sistema registral inmobiliario basado en el diseñado por Robert Richard Torrens en 1858 para la colonia británica de South Australia. En el presente trabajo se exponen las líneas definitorias de ese modelo. En concreto, se examina el proceso de inmatriculación de las fincas, la eficacia defensiva y ofensiva de la inscripción, la vigencia de los derechos no inscritos, la excepción por fraude y la figura del fondo de seguro. El trabajo termina con un análisis comparado de los puntos esenciales del sistema Torrens para ver hasta qué punto la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario responde al modelo original.

**Palabras clave:** Sistema Torrens, irrevocabilidad de la inscripción, derechos no inscritos, fraude, tercero de buena fe.

## Abstract

*Since 1920, the Dominican Republic has a land registration system based on the one designed by Robert Richard Torrens in 1858 for the British colony of South Australia. This article seeks to define the guidelines of this model. With this purpose, it examines the primary application process, the defensive and offensive efficiency of registration, the effectiveness of unregistered interests, the fraud exception to the indefeasibility of title and the assurance fund. The paper offers a comparative analysis of the essential points of the Torrens system to which extent of the Law 108-05 of Real Estate Registration responds to its original model.*

**Keywords:** *Torrens System, indefeasibility of title, unregistered interests, fraud, good faith third party.*

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil de la Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: ljarrieta@unav.es.

## I. El anhelo de seguridad jurídica inmobiliaria

¿Cuál es el motivo por el que las sociedades actuales necesitan un sistema registral? ¿Por qué un Registro? ¿Qué función desempeña? En una primera aproximación se puede decir que el Registro es una herramienta que fomenta la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario. Es decir, hay un Registro para ofrecer a los ciudadanos seguridad jurídica. Ahora bien, no escapa a ninguno que esta es una respuesta un tanto oscura. ¿En qué medida contribuye el sistema registral a la seguridad jurídica? Se podrían ofrecer dos razones fundamentales. En primer lugar, el Registro contribuye a la seguridad jurídica por la publicidad que ofrece del estatus jurídico de las fincas y del titular registral a quien se le legitima para transmitir. En segundo término, por la protección que dispensa a quien inscribe para que no se frustre una adquisición por un defecto oculto o por derechos anteriores clandestinos y frente a la impugnación de un titular registral previo que no hubiera otorgado su consentimiento para la transmisión<sup>1</sup>.

La inseguridad jurídica es una situación inadmisibles que está especialmente denostada en el ámbito inmobiliario por el alto valor económico de los activos. Una persona puede arriesgarse en la contratación sobre cosas de escaso valor, pero con la propiedad inmobiliaria no cabe la contratación con incertidumbre.

Sin embargo, la seguridad jurídica no es únicamente una demanda individual, sino que también es una cuestión social. La riqueza de los Estados está especialmente relacionada con su capacidad de incorporar al tráfico jurídico sus recursos inmobiliarios.

La falta de documentación fehaciente sobre la titularidad de los derechos reales dificulta su transmisibilidad y obstaculiza su empleo como garantía para la concesión de préstamos que resultan necesarios para la inversión y, consecuentemente, para el desarrollo económico y social<sup>2</sup>.

Una titulación insuficiente genera incertidumbre y asimetrías informativas que configuran el germen de la inseguridad jurídica. El mercado inmobiliario, por sí sólo, no responde a los postulados de una competencia perfecta porque el transmitente conocerá mejor las características físicas y legales de inmueble y de su titularidad jurídica, por lo que podría tener interés en ocultar cierta información, si ello le puede reportar alguna ventaja. Ante esta situación, los potenciales adquirentes estarán prevenidos y difícilmente confiarán en la palabra del transmitente, toda vez que su nivel de confianza será escaso o nulo. Es preciso destacar que lo que produce la externalidad negativa que retrae el mercado inmobiliario es la mera incertidumbre en torno a la titularidad del transmitente, sin necesidad de que haya más elementos nocivos, por lo que perjudicará con igual intensidad al transmitente sincero y auténtico que quiere enajenar su finca como al impostor que pretende comercializar un derecho que no es suyo.

Con la aspiración de mitigar esa externalidad negativa el adquirente buscará garantías externas, objetivas e independientes en torno a la veracidad de lo que se le transmite, aunque ello suponga un aumento de los costes económicos y temporales de la transmisión. Si la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria es también un anhelo social es precisa la acción legislativa para reducir convenientemente la incertidumbre.

1 Cfr. PAZ ARES, Cándido, "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", en *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 175-176, 1985, pg. 15. EHRENBURG (*Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, trad. Pau Pedrón, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2003, pg. 38) estima que «en determinados casos importantes, el ordenamiento legal establece que la simple convicción (la buena fe) de quien quiere adquirir un derecho o cancelar una obligación, sea plenamente suficiente para que se produzca el efecto jurídico previsto. Quien se encuentra en tal situación está, pues, protegido, cuando ignora, sin culpa, la existencia de una determinada circunstancia que por sí misma habría impedido ese efecto jurídico».

2 En el mismo sentido, cfr. DE SOTO, Hernando, *El misterio del capital*, El Comercio, Lima, 2000.

Resulta capital que las asimetrías informativas se corrijan antes de la contratación a través de instituciones y se proporcione a los contratantes la confianza y seguridad que el mercado, por sí solo, no puede proporcionar<sup>3</sup>. En el ámbito que ahora nos ocupa es preciso destacar que el Registro es la institución ideada por el Estado para mitigar los riesgos implícitos de la contratación inmobiliaria con el objetivo de alcanzar la seguridad jurídica.

Sin perjuicio de algunos antecedentes, República Dominicana a través de la Orden Ejecutiva N.º 511, de 1 de julio de 1920 adoptó un sistema registral basado en el diseñado por Robert Richard Torrens a mediados del siglo XIX para la colonia británica de South Australia. No obstante, se trata de una recepción indirecta del modelo original a través de la legislación filipina que, a su vez, recibió su influjo de Estados Unidos<sup>4</sup>.

A pesar de los cambios legislativos operados desde entonces el influjo de ese modelo registral persiste en la legislación dominicana. Muestra patente de ello es que uno de los Considerandos de la Ley N.º 108-05 de Registro Inmobiliario afirma «que el Sistema Torrens es la base y pilar de nuestro derecho de registro inmobiliario, y por lo tanto debe reforzarse su aplicación, adecuándolo a la modernidad de los tiempos actuales». A la vista de ello se hace preciso analizar las notas características de dicho sistema y determinar cómo garantiza la anhelada seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria<sup>5</sup>.

## II. Origen y diseño original del Torrens title

### 1. Precedentes históricos

Es preciso tener en cuenta que el sistema Torrens surge en un territorio de tradición jurídica inglesa. Los

orígenes de la regulación inmobiliaria en Inglaterra se remontan a la invasión normanda de 1066 y a la implantación del feudalismo. Por título de conquista, el Rey William I el Conquistador adquirió un derecho absoluto sobre todas las tierras tras la batalla de Hastings. Por otro lado, el sistema feudal suponía el desarrollo e implantación de una estructura piramidal en la que el monarca ostentaba el dominio y los súbditos únicamente ocupaban las tierras con base en concesiones emanadas de la generosidad regia que, no obstante, mantenía intacto su derecho. Este modelo de organización originó la doctrina de las tenencias (tenures) conforme a las cuales se ceden en cascada derechos posesorios (seisin).

Aunque en Australia no se implantaron las estructuras feudales que originaron las tenures, esta doctrina fue parcialmente de aplicación porque los primeros colonos adoptaron las categorías propias del Derecho inmobiliario inglés. Por este motivo, cuando se inició la colonización se consideró a la isla como terra nullius y se asignó a la Corona un derecho absoluto sobre todo el territorio y la consiguiente facultad de distribuir las tierras<sup>6</sup>.

El reconocimiento del radical title a favor la Corona determinó que fuera necesaria una comisión encargada de la distribución de las tierras entre los primitivos colonos. La aparente transparencia de esta institución quedó, no obstante, oscurecida por cesiones tramitadas al margen del procedimiento oficial y porque, en muchos casos, los nuevos propietarios no llegaron a trasladarse a Australia. Tras las primeras concesiones de terrenos surgió a un incipiente mercado inmobiliario definido por dos elementos antitéticos que fueron una importante fuente de litigiosidad: el rigorismo del

3 Cfr. NORTH, Douglass C., *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1990, pg. 6; COOTER, Robert/ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Pearson Education, 6ª ed., 2012, pg. 92 y O'CONNOR, Pamela, "A broader development perspective: economic and political drivers of worldwide Land Registration reform", en GOYMOUR, Amy/WATTERSON, Stephen/DIXON, Martin (eds.), *New perspectives on Land Registration*, Hart Publishing, 2018, pg. 32.

4 Cfr. FRANKS, Julie, "Property rights and the commercialization of land in the Dominican sugar zone, 1880-1924", en *Latin American Perspectives*, vol. 26, núm. 1, 1999, pgs. 120-123 y MOYA PONS, Frank, "Transformaciones estructurales. 1900-1920", en MOYA PONS, Frank (coord.), *Historia de la República Dominicana*, vol. II, Ediciones Doce Calles y CSIC, 2010, pg. 303.

5 Algunas cuestiones aparecen en un trabajo previo que aquí se amplía y actualiza: ARRIETA SEVILLA, Luis Javier, *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010.

6 En *Williams v Attorney-General (NSW)* (1913) 16 CLR 404 se reconoció que «when Governor Phillip received his first Commission from King George III on 12th October 1786, the whole of the lands of Australia were already in law the property of the King of England». Sin embargo, la visión de Australia como terra nullius fue matizada en *Mabo v Queensland (No 2)* [1992] 175 CLR 1 que aceptó la subsistencia de los derechos de propiedad de las comunidades aborígenes previos al proceso colonizador.

sistema de transmisión y la falta de formalidades documentales<sup>7</sup>.

Una de las características del Derecho era la necesaria concatenación de títulos, a modo de cadena de documentos (*chain of titles*), que hacía depender la validez del título actual de su conexión con los anteriores. Los Tribunales establecieron inicialmente la necesaria acreditación de una concatenación documental de, al menos, 60 años que sirviera de garantía para la adquisición (*good root of title*)<sup>8</sup>. La justificación de la *chain of titles* no era, a pesar del esfuerzo que requería, una prueba definitiva del derecho del transmitente y, por ello, se admitía la impugnación por quien acreditara ser titular de un derecho sobre el inmueble. De este modo, se asumía la máxima romana *nemo dat quod non habet*.

En 1802 con el objetivo de simplificar la *chain of titles* se aprobó una Orden que estableció el primer registro formal de títulos de transmisión. Aunque su aspiración era loable y muy ambiciosa, ya que «no assignment of property will henceforth be considered legal unless regularly drawn up at the Judge-Advocate's office and duly registered» fue ignorada por los adquirentes e inaplicada sistemáticamente por los Tribunales<sup>9</sup>.

Más adelante se configuró un Registro de documentos a modo de archivo o depósito de los instrumentos relativos a transmisiones inmobiliarias. *La Registration of Deeds Act 1825 (NSW)* asignó, no obstante, ciertas funciones de protección a este Registro que se configuró como una pieza clave del denominado *Old system*<sup>10</sup>. Sin embargo, este Registro no eliminó las dificultades para la práctica

de la prueba de la *chain of titles* ni garantizaba la posición del adquirente, ya que la inscripción determinaba la inoponibilidad de ciertos títulos no inscritos, pero no purificaba los defectos inherentes al proceso adquisitivo, ni la falta de capacidad de disposición de los transmitentes. Por ello, una adquisición podía perder su eficacia si un tercero justificaba la ruptura de la cadena de titularidades.

## 2. Robert Richard Torrens y la Real Property Act 1858 (SA)

Robert Richard Torrens nació en Cork (Irlanda) el 31 de mayo de 1812 y falleció en Falmouth (Inglaterra) en el 31 de agosto de 1884<sup>11</sup>. Cuando terminó sus estudios en el Trinity College se trasladó a Inglaterra donde trabajó como agente de aduanas del puerto de Londres. Su padre fue nombrado en 1835 presidente de la South Australian Colonization Commission que, desde Londres, se encargada de gestionar las concesiones y ventas de terrenos públicos en la colonia.

En 1840, con cierta influencia de su padre, Torrens y su mujer se trasladaron a South Australia. Durante sus primeros años trabajó en la aduana del puerto de Adelaide. Con posterioridad, en torno a 1851, comenzó su carrera política con su elección para el *Legislative Council* y cuatro años después se incorporó al *Executive Council* hasta 1857. En 1852, Torrens se convirtió *Registrar-General of Deeds*, es decir, responsable del sistema registral instaurado en 1825. Este nombramiento le permitió conocer la normativa inmobiliaria a cuya reforma contribuyó decisivamente con la aspiración de aumentar la seguridad jurídica y simplificar el proceso de transmisión a través de un nuevo sistema registral.

7 Cfr. DORSETT, Shaunnagh, "The Court of claims and the resolution of informal land claims in New South Wales 1833-1835", en *Property Law Review*, núm. 4, 2014.

8 Cfr. STEIN, Robert/STONE, Margaret, *Torrens title*, Butterworths, Sydney, 1991, pg. 4. *El periodo de prueba de la chain of title se redujo, más adelante, a 40 y después a 30 años.*

9 Cfr. BUTT, Peter, *Land Law*, 6ª ed., Thomson Reuters, Sydney, 2010, pg. 723.

10 La referida norma fue derogada por la *Registration of Deeds Act 1843* que, a su vez, también lo fue por una homónima de 1897 que perduró hasta 1984 cuando su contenido se incorporó a la *Conveyancing Act 1919* que mantiene su vigor. Una de las características de Australia era su organización en colonias independientes con competencias legislativas, que constituyen el origen de la *Commonwealth* australiana que surgió en 1900. De ahí que la citada *Registration of Deeds Act 1825* fuera propia de *New South Wales*. Sin embargo, las otras colonias aprobaron normas equivalentes.

11 Cfr. CROUCHER, Rosalind, "150 years of Torrens — Too much, too little, too soon, too late?", en *Australian Bar Review*, núm. 31, 2009, pg. 250, nota 24. No obstante, algunas biografías señalan que su nacimiento fue en 1814. Véase también WHALAN, Douglas J., "Torrens, Sir Robert Richard", en *Australian Dictionary of Biography, National Centre of Biography*, Australian National University. Disponible en línea <http://adb.anu.edu.au/biography/torrens-sir-robert-richard-4739/text7869> (vista el 30 de octubre de 2021).

Esta reforma que cristalizó en la Real Property Act 1858 (SA) fue la culminación de un lento y complejo proceso evolutivo y no una cuestión aislada o exclusiva de Torrens<sup>12</sup>. Cuestión distinta es que el modelo registral que se aprobó para South Australia en 1858 y que se ha expandido internacionalmente a lo que hoy en día se conoce como “sistema Torrens”.

Una vez aprobada la reforma, Robert Torrens fue nombrado *Registrar General* y se dedicó a la justificación e implantación del nuevo sistema. Asimismo, facilitó su difusión en las demás colonias de Australia que, en poco tiempo, acogieron los principios de la Real Property Act 1858 (SA)<sup>13</sup>.

En 1863, Robert Torrens y su esposa regresaron a Inglaterra. Una vez allí se esmeró en explicar las ventajas de la reforma inmobiliaria australiana respecto de la normativa tradicional inglesa. Desde 1868 a 1874 fue miembro de la *House of Commons* donde impulsó una reforma equivalente, pero no tuvo éxito. Sin embargo, se reconocieron públicamente sus servicios en relación con la regulación de las titularidades inmobiliarias por los que fue nombrado Caballero comendador de la *Most Distinguished Order of Saint Michael and Saint George* en 1872 (KCMG) y en 1884, año en el que falleció, Caballero de la Gran Cruz (GCMG).

### III. Líneas definitorias del *Torrens title*

Las cualidades objetivas que presentan los bienes inmuebles —estables, duraderos, identificables e infungibles— permiten que los derechos que recaen sobre ellos sean susceptibles de ser organizados a través de su inscripción en un conjunto de libros o incorporados a una base de datos. Durante el siglo XIX, las necesidades de seguridad jurídica y desarrollo económico condujeron a un buen número

de Estados a diseñar sus respectivos modelos registrales. Aunque los fines resulten idénticos, las soluciones organizativas y las consecuencias sustantivas que presentan muchas veces son diferentes. De ahí que haya diferentes modelos o sistemas registrales. Ante esta diversidad es preciso plantearse qué notas organizativas y sustantivas definen al sistema Torrens. En un trabajo clásico publicado por Theodore Rouff las notas características del sistema Torrens se agrupan en torno a tres ejes básicos: el principio del espejo (*mirror principle*), el principio del telón (*curtain principle*) y el principio de compensación (*insurance principle*)<sup>14</sup>. Conforme al primero de ellos, el folio refleja los hechos jurídicamente relevantes que afectan a la propiedad. En segundo lugar, dado que el Registro se presume íntegro y exacto al potencial adquirente le bastará con la información registral para, una vez inscrito, quedar protegido frente a cualquier reclamación. Por último, si por la protección de la inscripción se priva de un derecho a su legítimo titular un fondo público de garantía asumirá su compensación económica.

Sin perjuicio de esa explicación en torno a principios, en las próximas páginas expondré los elementos definitorios del sistema Torrens a través del análisis jurídico de la inscripción. Para ello, aludiré al proceso de incorporación de las fincas al Registro; a la naturaleza y funciones del certificate of title; a la eficacia ofensiva y defensiva de la inscripción y su papel en la adquisición de derechos y, por último, a la garantía estatal de los derechos.

#### 1. Inmatriculación obligatoria

A través del término inmatriculación se alude al procedimiento a través del cual un espacio de terreno objeto de propiedad nace a la vida registral, se incorpora, por primera vez, al Registro y se le

12 Cfr. PIKE, Douglas, “Introduction of the Real Property Act in South Australia”, en *Adelaide Law Review*, vol 1(2), 1960-1962, pgs. 175-182.

13 Queensland aprobó su Real Property Act en 1861. Tasmania, Victoria y New South Wales introdujeron sus respectivas Leyes en 1862. Western Australia hizo lo propio en 1874. Aunque ninguno de los textos originales sigue en vigor, las normas actuales resultan, en buena medida, equivalentes. Actualmente, la Commonwealth está dividida en seis Estados (New South Wales, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria y Western Australia) y dos Territorios (Northern Territory y Australian Capital Territory). El Northern Territory formó parte de South Australia, por lo que heredó su regulación. En Australian Capital Territory ocurrió algo parecido con New South Wales.

Ante la pluralidad legislativa en materia registral es preciso indicar que, con carácter general, se estará a la regulación de New South Wales contenida en la *Real Property Act 1900* (en adelante, RPA [NSW]).

14 ROUFF, Theodore, *An Englishman looks at the Torrens system*, The Law Book Company, 1957, pgs. 16-24, 25-31 y 32-40.

asigna un folio. Para el impulso del modelo registral, Robert Torrens hizo obligatoria la inmatriculación de las nuevas concesiones de terrenos (*Crown grants*) efectuadas una vez que el sistema hubiera entrado en vigor.

Una de las razones que justifica, en buena medida, el éxito del *Torrens system* es, precisamente, la inmatriculación obligatoria de las fincas. En el momento de entrada en vigor de la reforma el número de concesiones inmobiliarias era todavía escaso, lo que facilitó enormemente que el Registro se nutriera de información y derechos. De este modo, el sistema registral se integró con el programa de concesiones de terrenos<sup>15</sup>.

Al hacerse coincidir la concesión del dominio por la Corona y la inmatriculación o saneamiento de la finca se elimina uno de los problemas habituales que presentan los sistemas registrales: la legitimación de origen y la imposibilidad de obtener una prueba plena de la propiedad en torno a los aspectos jurídicos y físicos del derecho. Esta cuestión se refiere a la prueba del dominio previo a su reconocimiento registral que, habitualmente, se resuelve a través de criterios de razonabilidad en relación al derecho y la descripción perimetral de la finca. Sin embargo, en Australia —como regla general— la realidad jurídica y la registral nacen plenamente coordinadas.

Como complemento de lo anterior, para los terrenos concedidos por la Corona antes de la entrada en vigor de la reforma impulsada por Torrens se habilita un procedimiento de inmatriculación voluntaria (*primary application*). Para ello, es necesario presentar un formulario acompañado de los documentos que el *Registrar General* requiera. Actualmente, se exige una cadena de títulos de al menos 30 años y una descripción planimétrica de la finca. A fin de asegurar un control físico y jurídico se dota de publicidad al procedimiento y se notifica a los titulares colindantes para que puedan manifestar lo que a su derecho convengan

y, presenten, si fuera necesario un caveat contra la inmatriculación solicitada.

Una de las particularidades del sistema es que se admiten distintos tipos de folio con una eficacia protectora diversa en función de la certeza en torno a la veracidad del título del inmatriculante y la precisión de la descripción de la finca. Así el *ordinary folio* es el que ofrece la máxima protección a la inscripción. Por su parte, el *qualified folio* presenta una eficacia claudicable respecto de derechos anteriores a la inmatriculación durante 6 años para subadquirentes de buena fe a título oneroso y 12 años para el inmatriculante y adquirentes gratuitos. En cambio, un *limited folio* permite la inmatriculación de fincas con linderos identificados sin la precisión deseada, por lo que no podrán presumirse ciertos.

Mientras no se solicite la inmatriculación, las fincas concedidas antes de la entrada en vigor del *Torrens system* seguirán rigiéndose por los postulados del *Old system*. Ambos modelos representan métodos antitéticos para la transmisión y defensa de derechos reales. Sin embargo, el ideal que se persigue es que todo el territorio quede sometido a los principios del *Torrens system*. Muestra de ello es el interés del legislador por la conversión —voluntaria o forzosa— de los títulos antiguos<sup>16</sup>.

## 2. *Certificate of title*

Tras la creación del folio, el Registro expide un *certificate of title* que recoge su contenido. El original queda bajo la custodia del Registro y al titular del derecho de propiedad se le entrega un duplicado.

Cada *certificate of title* está dividido en tres partes. En primer lugar, se describe gráfica y alfanuméricamente la propiedad de que se trata. Tras ello la *first* y *second schedule* que, respectivamente, determinan el actual propietario y los gravámenes que pesan sobre el inmueble. Desde la introducción de medios digitales y electrónicos para la gestión tabular la descripción planimétrica de la finca no se recoge en el folio que únicamente indica el código

15 Cfr. O'CONNOR, Pamela, "Does the Torrens system guarantee boundaries as well as titles?", en 19th IPRA-Cinder International Conference on Land Registration Congress, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pg. 311.

16 Es decir, hay supuestos en los que el legislador impone la conversión para la eficacia jurídica del acto. Así ocurre con los edificios en régimen de propiedad horizontal (*strata title*) y con las divisiones y segregaciones de las fincas no incluidas en el *Torrens system*. Algunos Estados también admiten, formalmente, supuestos de inmatriculación de oficio, aunque no se emplean en la práctica.

de referencia que permite la localización de cada parcela en un sistema de bases gráficas (*Spatial Information Exchange*).

**El *certificate of title* desempeña diversas funciones.**

I) En primer lugar, sirve de mecanismo de verificación del derecho de quien consta como titular porque la eficacia de la publicidad registral se extiende a su contenido. La idea de Torrens al idear este documento era plasmar la situación jurídica de cada parcela como medio de acreditación de los derechos inscritos. Esta función es especialmente importante cuando hay una transmisión porque la consulta de este certificado por el adquirente sustituye la de los documentos que en el *Old system* tenían que ser analizados para comprobar la solidez del título del transmitente. El *certificate of title* se configura, por consiguiente, como una prueba preconstituida y eficaz del derecho inscrito. Sin embargo, su validez está plenamente supeditada a su coherencia con el original. Esto implica que en caso de que haya diferencias entre el folio y el duplicado que se entrega al titular, el primero primará sobre el segundo. Si el *certificate of title* acredita el derecho resulta lógico que por seguridad jurídica cada vez que se lleve a cabo una transmisión se expida un nuevo certificado y se destruya o inhabilite el anterior, pues de lo contrario una pluralidad de documentos contradictorios acreditarían el estatus jurídico de una finca.

También se podría decir que si la Corona ostenta formalmente la propiedad radical de todas las fincas la emisión de un nuevo *certificate of title* con ocasión de cada transmisión implica un nuevo reconocimiento por parte del Estado de la titularidad que se asigna al nuevo propietario.

II) El *certificate of title* tiene una función esencial para la práctica de una nueva inscripción, ya que su presentación es indispensable. Es decir, para que un adquirente pueda inscribir su derecho, se le exige que presente el *certificate of title* del transmitente. De esta manera, se presume el consentimiento del transmitente a la inscripción del adquirente y

se contribuye documentalmente a la implantación de un principio análogo al tracto sucesivo porque su necesaria presentación permite enlazar las transferencias de un mismo inmueble y asegurar la confianza del adquirente en el transmitente.

III) El *certificate of title* asegura la posición de quien adquiere del titular registral un derecho de equidad. Por razones sistemáticas se ha dejado para más adelante la explicación de los equitable interests y su relación con los legal interests. Baste por ahora decir que la entrega o depósito del *certificate of title* permite la creación de derechos y, especialmente, de hipotecas en equidad (*equitable mortgages*).

El Ordenamiento australiano dota de plena eficacia a estas *mortgages* que se constituyen por la entrega del *certificate of title* al acreedor hipotecario a quien se legitima para instar su ejecución en caso de impago del deudor<sup>17</sup>. Dado que el acreedor hipotecario está en posesión del certificado se evita la inscripción de otros derechos que pudieran afectar a la prioridad de la hipoteca. De ahí que se pueda concluir que el *certificate* contribuye a la constitución del derecho en equidad y desempeña una auténtica función de garantía de éste. Sin embargo, esta protección puede resultar insuficiente porque el titular puede alegar la pérdida del *certificate* para que se le expida otro y celebrar un contrato en fraude del *equitable mortgagee*.

IV) En ocasiones se atribuye al *certificate of title* una función de abstracción del derecho, de manera que su simple entrega equivale a la transmisión del derecho documentado. En la realidad jurídica esto no es así. La transmisión del documento no implica la transmisión del derecho porque el legal interest sólo se logra con la inscripción y porque el equitable interest no requiere la entrega del *certificate of title* para que surja sino la celebración de un acuerdo traslativo.

A pesar de la eficacia del *certificate of title* como medio de prueba del derecho inscrito, los terceros interesados también pueden conocer la situación registral de una finca a través de una copia del certificado del título (*certified copy of title*) que

---

17 Cfr. *Barry v Heider* [1914] 19 CLR 197.

se puede solicitar directamente al Registro. Por este motivo, a pesar de que el *certificate of title* es suficiente para probar la situación registral, es habitual la comprobación de su correspondencia con la información original custodiada en el Registro. La posibilidad de solicitar de manera telemática, rápida y sencilla información acerca del estatus jurídico de una finca determina que la función del *certificate of title* relativa a la prueba del derecho inscrito sea cada vez menos relevante. En su momento esta función resultaba esencial dada la extensión territorial de Australia, la gran dispersión demográfica y el centralismo de las oficinas registrales ubicadas en las capitales de los distintos Estados y Territorios.

Por otro lado, si la tenencia del *certificate of title* presume el consentimiento del transmitente a la inscripción del adquirente se comprende que, en ocasiones, sea un documento que por su eficacia incita a fraudes, especialmente en un contexto de escasos mecanismos de acreditación de la identidad de los contratantes.

A la vista de lo anterior, se está restringiendo e incluso suprimiendo la expedición de estos certificados y, por ende, reduciendo su eficacia jurídica. Este abandono se debe a dos razones fundamentales: mitigar su uso fraudulento y facilitar la evolución hacia un sistema íntegramente electrónico. Desde hace unos años se inició la transición hacia el electrónico *certificate of title* con la conversión progresiva de los documentos en papel. Así, Queensland en 2019 y New South Wales en 2021 han dejado de emitir los duplicados y declarado inhábiles todos los certificados que se hubieran emitido. Este cambio no tiene consecuencias negativas para la seguridad jurídica porque el contenido del Registro permanece inalterado y su eficacia no se ve afectada. Indirectamente, la eliminación de los *paper certificate of titles* supondrá la necesaria revisión de las hipotecas en equidad

y fomentará su inscripción. Al perder aquellos su eficacia el depósito del certificado en garantía del cumplimiento de un préstamo no dará origen a una *equitable mortgage*.

### 3. Title by registration

El Old system se caracterizaba por lo que Torrens denominaba la dependent nature of titles, esto es, la vinculación de los títulos respecto de los que le anteceden, lo que hacía necesaria la investigación de la cadena de transmisiones cada vez que se enajenaba un derecho. Frente a este sistema, Torrens propuso un procedimiento sencillo, ágil y económico para la transmisión inmobiliaria caracterizado por la independencia de los títulos respecto de los anteriores una vez fueran inscritos. De esta forma, se prescindía del análisis de la titulación del transmitente con el consiguiente ahorro temporal y económico y, al mismo tiempo, se rechazaba el principio en virtud del cual el título del adquirente no es más sólido que el título del transmitente. En definitiva, se dotaba de carácter absoluto e irrevocable al título inscrito que no podía quedar afectado por un error, evento, título o circunstancia anterior<sup>18</sup>. Esto es lo que se ha denominado en la doctrina y jurisprudencia australianas indefeasibility of title y a ella se refiere, entre otras, la sección 42 RPA [NSW].

La *indefeasibility of title* desempeña una función defensiva y ofensiva en relación a los derechos inscritos<sup>19</sup>. Por un lado, consolida su adquisición porque el Sistema Torrens «*is not a system of registration of title but a system of title by registration*»<sup>20</sup>. Esta dimensión defensiva tutela la seguridad jurídica o estática porque a través de la inscripción el titular registral obtiene un título irrevocable o concluyente, de modo que se reducen los costes de vigilancia porque una vez inscrito el titular no puede ser privado de su derecho.

18 TORRENS, Robert Richard, *The South Australian system of conveyancing by registration of title*, Register and Observer General Printing Office, 1859, pgs. 8 y 43.

19 La distinción metodológica entre efectos ofensivos y defensivos de la inscripción es empleada, por primera vez, por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1955.

20 *Breskvar v Wall* (1971) 126 CLR 376, 385.

Por otro lado, presenta una función ofensiva a favor de los titulares inscritos actuales frente a derechos anteriores no registrados y frente a posibles reclamaciones de antiguos titulares registrales. A diferencia de lo anterior, la dimensión ofensiva del indefeasibility principle implica la adopción de una política de seguridad del tráfico o dinámica cuando, conforme a las reglas tradicionales, la adquisición hubiera sido defectuosa y claudicable. Por la naturaleza de la inscripción los derechos no inscritos, en casi todos los casos, resultan inoponibles y quedarán extinguidos por una posterior adquisición registrada. También puede ocurrir que un titular registral no fraudulento esté protegido frente a otro anterior, como ocurre cuando se produce una falsificación o suplantación de personalidad. En esos casos, el derecho registrado perece por la inscripción del nuevo. De hecho, en *City of Canada Bay Council v Bonaccorso* se concluyó que «upon registration the previous title is extinguished and a new title certified as if there had been a new Crown grant»<sup>21</sup>. En definitiva, la eficacia ofensiva del indefeasibility principle no distingue entre propietarios registrados o no registrados porque ambos sufren la pérdida de sus derechos por la inscripción posterior incompatible<sup>22</sup>.

La conjunción de la dimensión ofensiva y defensiva de la inscripción conduce a que se pueda decir que, salvo supuestos excepcionales, la inscripción es irrevocable.

### 3.1. ¿Protección directa o diferida?

La eficacia ofensiva de la inscripción suscitó un profundo debate en torno a la justicia de sus efectos protectores a favor de terceros. Con la aspiración de mitigar la extinción de derechos se formuló la doctrina de la protección diferida (deferred indefeasibility) como contrapunto a la tutela directa del titular inscrito (immediate indefeasibility).

Para la explicación de esta cuestión me serviré de un ejemplo sencillo. AAA es titular registral y se le

expide un certificate of title que así lo acredita. BBB se hace con dicho documento y actuando como AAA falsifica su firma y transmite un derecho a CCC que ignora el comportamiento fraudulento de BBB e inscribe. ¿Merece protección CCC?

La inscripción de CCC le confiere una titularidad irrevocable que se corresponde con la immediate indefeasibility. La posición de CCC resultaría, no obstante, claudicante en el Old system porque la inscripción en el Registro de documentos resulta insuficiente para convalidar o purificar los defectos de la chain of titles (cadena de títulos). También sería insuficiente la inscripción de CCC en la doctrina de la protección diferida que se aceptó en *Gibbs v Messer* [1891] AC 248. Conforme a ella, se permite que AAA impugne con éxito la adquisición de CCC porque su título resulta ineficaz debido a la suplantación llevada a cabo por BBB, de modo que AAA únicamente perderá su derecho si CCC transmite a DDD.

Sin embargo, la deferred indefeasibility fue definitivamente rechazada en *Frazer v Walker* [1967] 1 AC 569 y *Breskvar v Wall* (1971) 126 CLR 376 porque «the title of each registered proprietor comes from the fact of registration, that it is made the source of the title»<sup>23</sup>. La inscripción del adquirente subsana, por tanto, la hipotética falsificación o suplantación de personalidad que el transmitente lleve a cabo, al tiempo que determina la inoponibilidad de los derechos no inscritos y convalida cualesquiera otros defectos en la capacidad de disposición del transmitente. En definitiva, la premisa sobre la que se construye el sistema Torrens es que el título inscrito no es histórico o derivativo, sino original y definitivo por su reconocimiento estatal.

En este punto, procede analizar el carácter declarativo o constitutivo en función de si se permite el nacimiento de derechos sin inscripción. Tradicionalmente, el sistema Torrens se ha asociado

21 (traducción libre: «al registrarse, el título anterior se extingue y se certifica un nuevo título como si hubiese habido una nueva concesión de la Corona»), *City of Canada Bay Council v F & D Bonaccorso Pty Ltd and Others* [2007] NSWCA 351 [45].

22 Cfr. SKEAD, Natalie/CARRUTHERS, Penny, "Fraud against the Registrar: an unnecessary, unhelpful and perhaps, no longer relevant complication in the law on fraud under the Torrens system", en *Monash University Law Review*, vol. 40(3), 2014, pg. 825.

23 Traducción libre: «el título de cada propietario inscrito procede del hecho de la inscripción, en tanto fuente del título» (*Breskvar v Wall* (1971) 126 CLR 376, 400 y *Peldan v Anderson* (2006) 227 CLR 471 [20]).

con los modelos constitutivos porque «*is not a system of registration of title but a system of title by registration*»<sup>24</sup>. Para justificarlo se emplea también la section 41 RPA [NSW] según la cual «*no dealing, until registered in the manner provided by this Act, shall be effectual to pass any estate or interest in any land under the provisions of this Act*».

### 3.2. Situación de los derechos no inscritos

Sin embargo, es necesario matizar la pretendida adscripción a los modelos constitutivos porque «*it is well established that an interest in Torrens title land can still arise despite the fact that it has not been registered*»<sup>25</sup>. Ello se debe a una institución particular del Common Law que altera el dogma de la inscripción constitutiva. En concreto, la *equity* permite la adquisición de un derecho sin inscripción, aunque sometido a la eficacia ofensiva de la publicidad registral. En Australia, como en otros sistemas derivados del Derecho inglés, el exceso de formalismo se ha mitigado través de los *equitable interests*. De este modo, el adquirente que no cumpla con los requisitos para la obtención de un *legal interest* no quedará desamparado, ya que se le considerará titular de la versión de equidad del derecho. En este sentido, es necesario diferenciar dos planos en cuanto a los derechos inmobiliarios: los inscritos y los no inscritos. Los primeros se vinculan con los *legal interests* mientras que los derechos no registrados se aceptan y se consideran equivalentes a los *equitable interests*. Por ello, se puede afirmar que la *equity* mantiene su vigencia en el sistema Torrens y justifica la adquisición de derechos al margen de la inscripción<sup>26</sup>.

Ahora bien, los títulos que no se registren no tendrán las ventajas que se derivan de la inscripción. De ahí que una cosa sea que los derechos no inscritos

estén jurídicamente admitidos y otra determinar su auténtica eficacia. Peter Butt concluye que «*although recognised, unregistered interests remain precarious. They are extinguished by registered interests, unless protected by caveat or preserved as an exception to indefeasibility*»<sup>27</sup>. A la vista de ello, es preciso establecer la relación entre los derechos no inscritos y las excepciones a la irrevocabilidad de lo inscrito, especialmente, la referida al fraude.

### 3.3. El fraude como excepción a la irrevocabilidad

Un sistema que se define como title by registration requiere una excepción relativa al fraude, pues de lo contrario se incentivarían comportamientos desleales e injustos. Así lo establece la sección 42 RPA [NSW] que también alude a otras excepciones a la protección del titular inscrito. Sin embargo, es indispensable fijar el significado de la excepción de fraude. En este sentido, la sección 43 RPA [NSW] sienta uno de los pilares básicos sobre los que se fundamenta el sistema Torrens: el conocimiento de la existencia de un derecho no inscrito o la posibilidad de haberlo conocido no suponen fraude. Afirmar lo contrario, hubiera impedido alcanzar los objetivos de derogar la dependent nature of titles y convertir al Registro en el único garante de los derechos<sup>28</sup>. Por tanto, queda claro que el conocimiento de derechos preexistentes no inscritos no impide la protección del titular registral con la consiguiente extinción de aquellos. De ahí su endeble eficacia, puesto que «*a purchaser may shut his eyes to the fact of there being an unregistered interest, and need not take any consideration of the persons who claims under the unregistered interest*»<sup>29</sup>.

El fraude, por tanto, no tiene relación alguna con el conocimiento de la situación extratabular, sino

24 Breskvar v Wall (1971) 126 CLR 376, 385.

25 HEPBURN, Samantha, Australian Property Law. Cases, materials and analysis, LexisNexis Butterworths, 4ª ed., 2017, pg. 772 [13.2].

26 Cfr., entre muchos, NEAVE, Marcia/ROSSITER, Christopher/STONE Margaret, Property Law, Butterworths, 2004, pg. 248; BUTT, Land Law, pgs. 732-733; CHAMBERS, Robert, An introduction to Property Law in Australia, 2ª ed., Thomson, 2008, pg. 251 y PRINCE, Rohan/GRIGGS, Lyden, Property Law in principle, 2ª ed., Thomson Reuters, 2008, pg. 84.

27 BUTT, Land Law, pg. 761.

28 Cfr. BUTT, Peter, "Notice and fraud in the Torrens system: a comparative analysis", en University of Western Australia Law Review, vol. 13, núm. 3, 1978, pg. 376.

29 Munro v Stuart (1924) 41 SR (NSW) 203, 206.

que constituye un estado de comportamiento deshonesto que tiende directamente a fomentar la extinción de un derecho<sup>30</sup>. Así ocurre en los casos en los que el adquirente que inscribe, sus agentes o representantes participan activamente en la falsificación de firmas, alteración documental, suplantación de identidad del titular inscrito o en un proceso malicioso para privarle injustamente de su derecho.

La ausencia de un procedimiento sólido de identificación de quienes celebran un acuerdo de transmisión ha sido fuente habitual de conflictos. Sin embargo, para que se aprecie la concurrencia de fraude es preciso que la suplantación fuera efectivamente conocida por el titular inscrito, sin que la mera suscripción del acuerdo traslativo resulte suficiente. Muestra de ello es el caso *Grgic v ANZ Banking Company* [1994] 33 NSWLR 202 en el que se suplantó al titular registral de una finca para emplearla como garantía para la concesión de un préstamo hipotecario. Ante la negativa del demandante a ofrecer la vivienda familiar como garantía del préstamo solicitado por su hijo, éste sustrajo el certificate of title que acreditaba el derecho y solicitó a un tercero que se hiciera pasar por su padre ante el banco. Aunque quedó demostrada la falta de diligencia de los empleados del banco que no exigieron la identificación personal del dueño de la finca dada en garantía, la hipoteca inscrita fue mantenida porque no se probó un comportamiento fraudulento por la entidad de crédito. De este modo, el fraude perpetrado por el hijo no contaminó la posición del banco que era ajeno al comportamiento deshonesto.

La irrevocabilidad de las adquisiciones inscritas en casos de suplantación es plenamente compatible con la immediate indefeasibility. A pesar de ello,

produce un resultado que, en cierta medida, puede ser injusto y socavar la confianza en el sistema que fácilmente puede emplearse para prácticas indebidas. De ahí que, para estas situaciones, parte de la doctrina haya propuesto el retorno a la irrevocabilidad diferida que, únicamente, protege al subadquirente<sup>31</sup>.

Sin embargo, para evitar suplantaciones y falsificaciones resulta preferible mejorar los trámites de identificación de los contratantes que aceptar parcialmente el retorno de la deferred indefeasibility. Por ello, algunos Estados han reformado la legislación para exigir que las entidades de crédito tomen medidas razonables para garantizar que el deudor hipotecario es verdaderamente el propietario inscrito del inmueble ofrecido en garantía<sup>32</sup>. El incumplimiento de estos deberes de diligencia determina que el acreedor no goce de protección porque se cancelará la inscripción de la hipoteca y tampoco tendrá derecho a la compensación del fondo de garantía. Así se ha aceptado el caso *Commonwealth Bank of Australia v Perrin* [2011] QSC 274 en el que se admitió que el banco no tomó las medidas razonables para comprobar la identidad de quien solicitó la hipoteca.

Esta obligación de identificación no pretende, directamente, reducir la protección registral sino modificar con un cierto efecto disuasorio el comportamiento de las entidades de crédito antes de la concesión de la hipoteca. Por ello, «mortgagees will be more diligent in ensuring the mortgagor is properly identified»<sup>33</sup>. La utilidad preventiva de esta reforma redundará positivamente en la seguridad del sistema pero como su eficacia se circunscribe a la hipoteca era preciso ampliar su radio de acción. Por ello, recientemente los requisitos de verificación de identidad se han

---

30 Butler v Fairclough [1917] 23 CLR 78.

31 Cfr. BOYLE, Sam, "Fraud against the Registrar: why the 'de jager line' of authority is incorrect, and how unfairness in the Torrens system caused it to arise", en *Australian Property Law Journal*, núm. 24, 2015, pg. 326.

32 Queensland, en 2005, aprobó una disposición de este tipo (Land Title Act 1994 ss 11A y 11B). New South Wales hizo lo propio en 2009 (Real Property Act 1900 (NSW) s 56C) y Victoria en 2014 (Transfer of Land Act 1958 ss 87A y 87B).

33 SKEAD, Natalie/CARRUTHERS, Penny, "Fraud against the Registrar: an unnecessary, unhelpful and perhaps, no longer relevant complication in the law on fraud under the Torrens system", pg. 849.

extendido a todas las transacciones en el marco de la transición electrónica del Registro<sup>34</sup>. De este modo, el control de identidad de los contratantes se hace recaer en los abogados que asumen el rol de terceros de confianza y a quienes corresponde firmar digitalmente el acuerdo y remitirlo electrónicamente al Registro.

### 3.4. La gratuidad de la adquisición

Es claro que en relación a la dimensión defensiva de la inscripción no hay distinción entre adquisiciones onerosas o gratuitas inscritas. Sin embargo, para la eficacia ofensiva frente a terceros ¿se precisa que el titular inscrito sea un adquirente oneroso o puede un título gratuito purificar una adquisición que, de otro modo, sería defectuosa?

Con carácter general, se puede afirmar que la onerosidad no se exige en el sistema Torrens como un requisito para la defensa del titular registral frente a terceros<sup>35</sup>. La normativa de Northern Territory y Queensland expresamente admiten la protección de los adquirentes gratuitos (*volunteers*)<sup>36</sup>. Por su parte, la jurisprudencia de New South Wales y Western Australia es proclive a esta protección, mientras en Victoria y South Australia se rechaza<sup>37</sup>. En el caso *Farah Constructions v Say-Dee Pty Ltd* [2007] HCA 22, la *High Court of Australia* examinó esta cuestión y estimó a través de un obiter dictum que en caso de conflicto los titulares registrales deben prevalecer «*even if they are volunteers*»<sup>38</sup>.

El principal argumento a favor de la protección de los adquirentes gratuitos es el rechazo por parte de los Tribunales de la tutela diferida y la sólida adopción de la protección directa del titular inscrito tras *Frazer v Walker* [1967] 1 AC 569 y *Breskvar v Wall* (1971) 126 CLR 376.

A pesar de ello, estimo que la onerosidad para disfrutar de protección en conflictos trilaterales podría interpretarse como una cuestión de equidad y justicia. A pesar de su pleno efecto jurídico, las adquisiciones gratuitas no pueden considerarse como verdaderos actos de tráfico. Si el propósito del Registro es eliminar las asimetrías en la contratación y asegurar las transacciones a través de la reducción de los costes de transacción, parece que la protección de adquirentes gratuitos no resulta necesaria pues, para ellos, la adquisición del derecho no presenta costes. Con base en ello, se debería rechazar la protección de quienes adquirieren sin esfuerzo económico.

### 3.5. Recapitulación: el valor de la inscripción

Si los derechos no registrados se reconocen jurídicamente, mantener que el sistema Torrens tiene una eficacia absolutamente constitutiva es complejo. Por otro lado, el valor declarativo se antoja insuficiente dada la escasa eficacia que se les concede por el reducido significado de la excepción por fraude.

La naturaleza dual de los derechos que diferencia legal y equitables intereses permite justificar que el adquirente que no inscribe no adquiere plenamente el derecho, pues únicamente es titular en equidad. De este modo, la exclusión de efectos si no hay inscripción que establece la section 41 RPA [NSW] es preciso referirla a los *legal interests*. Así se subraya el carácter constitutivo del registro, ya que sólo por la inscripción se adquieren legal interests. Para resolver la situación se puede concluir, en definitiva, que la inscripción presenta un carácter constitutivo frente a terceros inscritos porque inter partes el derecho no registrado puede ser disfrutado, es oponible entre los contratantes

34 CHRISTENSEN, Sharon, "Taking reasonable steps to verify identity: when are further inquiries necessary to meet the standard?", en *Property Law Review*, núm. 6(1), 2016, pg. 72.

35 Ello no quita que, en ciertos supuestos, se exija la onerosidad. Por ejemplo, para la reducción del plazo de suspensión de la eficacia de los qualified titles o para la protección en caso de descripciones perimetrales erróneamente incluidas en el certificate of title.

36 A favor de la tutela de adquirentes gratuitos, cfr. RADAN, Peter, "Volunteers and indefeasibility", en *Australian Property Law Journal*, vol. 7, núm. 3, 1999, pgs. 197-206. En contra, BRADBROOK, Adrian/ MACCALLUM, Susan V./MOORE, Anthony P., *Australian Real Property Law*, 4ª ed., Thomson, 2007, pgs. 160-161.

37 New South Wales: *Bogdanovic v Koteff* [1988] 12 NSWLR 472; Western Australia: *Conlan v Registrar of Titles* [2001] 24 WAR 299; Victoria: *King v Smail* [1958] VR 273, *Rasmussen v Rasmussen* [1995] 1 VR 613 y *Valoutin v Furst* [1998] 154 ALR 119.

38 *Farah Constructions v Say-Dee Pty Ltd* [2007] HCA 22 at [198].

y — como regla general— también frente a otros terceros que tampoco hubieran inscrito<sup>39</sup>. Sin embargo, el derecho requiere ser inscrito para poder ser oponible a quienes inscriban con posterioridad, pues el conocimiento extrarregistral de su existencia no determina su oponibilidad frente a esos terceros que queda, por ello, exclusivamente vinculada a la inscripción.

La protección que se ofrece a los adquirentes gratuitos también subraya el referido carácter constitutivo, ya que reduce aún más el reconocimiento legal de los derechos no inscritos.

#### 4. Fondo de garantía

La eficacia del *indefeasibility principle* asegura la posición del titular registral, pero, al mismo tiempo, esta seguridad puede ocasionar la extinción de otros derechos incompatibles. Para paliar la situación de los titulares de estos derechos, Torrens ideó un sistema de compensación que fuera el reverso de la eficacia ofensiva del título inscrito y que sirviera para facilitar la aceptación general de la reforma cuando todavía era objeto de debate. Por esta razón, se crearon en las distintas jurisdicciones unos fondos públicos para compensar a quienes, sin haber incurrido en falta, hubieran sido privados de sus derechos. La compensación también surge cuando el Registro no refleja la realidad jurídica en situaciones las que dicha inexactitud no puede ser subsanada por la eficacia ofensiva y proceda, en perjuicio el titular inscrito, la rectificación del folio.

Inicialmente —y, en buena medida, así sigue siendo— estos fondos se nutrían de recursos económicos a través de un porcentaje de los costes de la inscripción, especialmente los derivados del proceso de inmatriculación voluntaria.

El punto esencial de discusión es si en caso de extinción de un derecho la compensación a cargo del fondo es subsidiaria o si, por el contrario, el titular despojado puede reclamarle directamente

la indemnización. La legislación australiana está dividida porque algunos Estados siguen el primer modelo y exigen perseguir al responsable de la pérdida del derecho, de manera que únicamente en caso de imposibilidad o insuficiencia patrimonial se pueda reclamar al fondo. Por el contrario, otras jurisdicciones admiten la reclamación directa contra el fondo, al tiempo que establecen una subrogación legal virtud de la cual, si el fondo indemniza al propietario despojado, luego podrá dirigirse contra el causante de la extinción del derecho<sup>40</sup>.

Como regla general, la tramitación de la compensación a cargo del fondo tiene carácter administrativo. Este procedimiento, una vez se recaba toda la información sobre el derecho extinguido, concluye con una posible oferta de indemnización. El solicitante puede, en caso de estar disconforme, acudir a un procedimiento judicial en el que se reevaluará la indemnización.

La jurisprudencia relativa a las reclamaciones frente al Fondo es abundante y diversa. Este casuismo hace imposible un análisis concreto en un trabajo como este. Baste señalar, no obstante, que la complejidad normativa fomentó una interpretación restrictiva que ha ido flexibilizándose. Por otro lado, las reclamaciones se pueden agrupar en tres grupos: aquellas debidas a la inscripción de otro sujeto como titular registral; las referidas a la extinción de un derecho con ocasión de la inmatriculación de la finca cuando la persona despojada no tuviera conocimiento de este procedimiento y, por último, los casos de error u omisión del Registro que tuvieran que subsanarse contra el titular registral.

Las dificultades para reclamar la compensación al Fondo generaron un incipiente mercado de seguros privados para asegurar la indemnidad económica de los títulos<sup>41</sup>. Por otro lado, se exonera de responsabilidad al Fondo cuando la pérdida del derecho se deba a un comportamiento negligente

39 Cfr. RODRICK, Sharon, "Resolving priority disputes between competing equitable interests in Torrens system land — which test?", en *Australian Property Law Journal*, vol. 9, núm. 1, 2001.

40 La responsabilidad es subsidiaria en South Australia (ss. 203 y 205 RPA); Western Australia (s. 201 TLA); Tasmania (s. 152(2)(b) LTA) y Australian Capital Territory (s. 154 y 155 LTA). En cambio, la responsabilidad directa se admite en Northern Territory (s. 194 LTA); Queensland (s. 188(2) LTA); Victoria (s. 110(2) TLA) y New South Wales (s. 120(2) RPA).

41 Cfr. GRIGGS, Lynden "The Assurance Fund: government funded or private?", en *Australian Law Journal*, vol. 76, 2002, pgs. 253-255 y O'CONNOR, Pamela, "The title insurance — is there a catch?", en *Australian Property Law Journal*, 2003, vol. 10, núm. 2, pg. 120.

del titular despojado o al fraude o negligencia de un profesional jurídico. Cuando así ocurra, la reclamación podrá dirigirse contra la institución o el profesional que contará con un seguro de responsabilidad civil.

La reclamación al Fondo está sometida a caducidad. En todas las jurisdicciones menos South Australia y Queensland el plazo de ejercicio de la reclamación es de 6 años desde el momento de la privación, independientemente de cuando tuviera conocimiento de ella el titular despojado. La jurisprudencia ha interpretado taxativamente este plazo<sup>42</sup>. Por su parte, con una aspiración más garantista South Australia amplía el plazo de ejercicio hasta los 20 años y Queensland lo fija en 12 años a contar desde que el propietario conoció la privación o tuvo medios razonables para conocerla.

## IV. Materiales para el debate

### 1. Marco general

En los apartados anteriores se han expuesto las líneas maestras del sistema Torrens australiano. Aunque resulta patente que muchas cuestiones se han quedado en el tintero estimo que es suficiente para analizar hasta qué punto se han interiorizados los postulados registrales de este modelo en República Dominicana.

Uno de los Considerandos de la Ley 108-05 es meridiano en su afirmación relativa a la adscripción del Registro de Títulos dominicano a la familia Torrens. Sin embargo, es preciso que esa declaración se confirme en el articulado y en la jurisprudencia. Los vínculos de unión también se atisban en el Principio II conforme al cual el sistema se fundamenta en los principios de especialidad, legalidad, legitimidad y publicidad.

Por otro lado, el Principio III podría asumir la doctrina de las *tenures* porque reconoce la titularidad

originaria del Estado «de todos los terrenos que conforman el territorio de la Republica Dominicana». Sin embargo, su interpretación puede ser notablemente distinta. El Tribunal Constitucional se hace eco de la posición doctrinal de RUIZ TEJADA según la cual el saneamiento vendría a refutar la presunción de propiedad que este Principio asigna al Estado. Y ello porque «si es necesario probar, pues, el derecho, frente al Estado, es porque se parte de la idea de que el Estado es el propietario originario de todos los bienes; y quien pretenda hacer la excepción a este principio para que se le declare a él propietario exclusivo de un bien determinado, debe probar cómo adquirió, cuándo adquirió y en cuáles condiciones, para establecer así la legitimidad de su pretensión»<sup>43</sup>. En cambio, en Australia la propiedad radical del Estado da origen a una interpretación que permite entender que con cada transmisión y expedición de un nuevo certificate of title se lleva a cabo una nueva concesión de la finca porque «*upon registration the previous title is extinguished, and a new title certified as if there had been a new Crown grant*»<sup>44</sup>.

Mención especial requiere el Principio IV según el cual «todo derecho registrado de conformidad con la presente ley es imprescriptible y goza de la protección y garantía absoluta del Estado». Un sistema que se define por title by registration debe eliminar los costes de vigilancia necesarios para proteger el derecho inscrito frente a intromisiones o injerencias de terceros, ya que el Registro se encarga de su protección. Por ello, lo previsible es que la prescripción de fincas registrales no tenga cabida en el sistema Torrens. Sin embargo, en Australia, todos los Estados —no los Territorios— modificaron la legislación y ahora admiten con distintos enfoques la adquisición de la propiedad inmobiliaria, incluso frente a un titular registral, por la posesión durante un plazo que media entre los 12 y los 15 años. El reconocimiento de la *adverse*

42 Cfr. *Breskvar v White* [1978] Qd R 187. La rigidez con la que se aplicó la caducidad en este caso en el que se acreditó que los despojados tuvieron conocimiento de la extinción de su derecho una vez concluido el plazo condujo a reformar la regulación de Queensland en relación al plazo y a la fijación del dies a quo.

43 RUIZ TEJADA, Manuel Ramón, Estudio sobre la Propiedad Inmobiliaria, Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo, 1952, pgs. 164-165. Citado por la sentencia TC/0209/14, de 8 de septiembre de 2014.

44 *City of Canada Bay Council v F & D Bonaccorso Pty Ltd and Others* [2007] NSWCA 351 [45].

*possession* contradice el pensamiento de Robert Torrens y, en buena medida, es objeto de crítica por parte de la doctrina actual<sup>45</sup>.

También presenta algunas diferencias el proceso de inmatriculación. Dejando al margen ciertos casos en los que, formalmente, se permite al Registrar General iniciar el procedimiento de oficio, el nacimiento a la vida registral tiene carácter rogado. La Ley 108-05 distingue tres etapas en el saneamiento: la mensura, el proceso judicial y el registro. La primera y la tercera coinciden, respectivamente, con la necesaria aportación de un plano geográfico para la *primary application* y con la apertura del folio correspondiente y la emisión del *certificate of title*. Distinta naturaleza tiene, en cambio, el proceso, ya que en República Dominicana la depuración del derecho está encomendada a los Tribunales, mientras que el control jurídico del derecho en Australia es una tarea administrativa.

Para concluir este apartado es preciso aludir al Capítulo VI de la Ley 108-05 que regula el Fondo de garantía de inmuebles registrados. Se trata de una figura típica de un sistema *Torrens* pero que actualmente no está en vigor en República Dominicana.

## 2. La eficacia de la inscripción

El artículo 90 de la Ley 108-05 afirma que «el registro es constitutivo y convalidante del derecho, carga o gravamen registrado». Este precepto constituye el eje fundamental de la eficacia de la inscripción y, por ello, el equivalente dominicano a la *indefeasibility of title*.

En primer lugar, procede plantarse qué ocurre con los derechos no inscritos. Como se ha indicado, en el sistema *Torrens* australiano conviven los derechos inscritos con los no inscritos, sin perjuicio de la preferencia de los primeros sobre los segundos. ¿Se podría trasladar esta vigencia al modelo dominicano? Entiendo que sí por medio de la armónica relación entre el Código Civil y la

Ley 108-05. Los preceptos registrales es preciso integrarlos, por tanto, en el ámbito de la adquisición de la propiedad y relacionarlos con la normativa civil<sup>46</sup>.

Es patente que la regulación del Registro de Títulos constituye una normativa especial que resulta preferente a la general del Código Civil. Sin embargo, ello no implica que haya una total desconexión entre ambos cuerpos jurídicos o que el Código Civil haya quedado parcialmente derogado por la Ley 108-05, sino que es preciso establecer una coordinación entre ellos. Esta relación determina que la Ley 108-05 está conceptualmente construida sobre el Código Civil. Es decir, su aplicación es posterior y complementaria a la del Código Civil que, por tanto, sigue regulando la adquisición de la propiedad inmobiliaria. Esta idea puede tener acogida en el Principio VIII de la Ley 108-05 que fija que «para suplir duda, oscuridad, ambigüedad o carencia de la presente ley, se reconoce el carácter supletorio del derecho común».

El Código Civil de República Dominicana responde a su origen francés y señala en su artículo 1583 CC que «la venta es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que conviene en la cosa y el precio, aunque la primera no haya sido entregada ni pagada».

Resulta patente la colisión entre la transmisión solo consensu propia el Código Civil y la afirmación del carácter constitutivo de la inscripción en la Ley 108-05. Ahora bien, la conexión entre ambos cuerpos jurídicos permite compaginar, como en Australia, los derechos inscritos y los no inscritos. Además, la preferencia de lo inscrito respecto de lo no inscrito se puede deducir del carácter convalidante que el artículo 90 de la Ley 108-05 asigna a la inscripción. Antes de examinar esta eficacia es preciso preguntarse qué “constituye” la inscripción si, como definiendo, se admiten los

45 Cfr., entre otros, BURNS, Fiona, “Adverse possession and title-by-registration systems in Australia and England”, en *Melbourne University Law Review*, núm. 35(3), 2011, pgs. 773-820.

46 En sentido parecido, cfr. URZAIZ BLANCO, Jorge, “El principio de inscripción constitutiva y convalidante. Una aproximación desde el Derecho registral dominicano y español”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, 2018, pgs. 1417-1421.

derechos no inscritos con base en el Código Civil. En este sentido, Urzaiz Blanco señala «cuando en un sistema como el dominicano se dice que es constitutivo, hay que plantearse un revisionismo de dicho concepto. Efectivamente es constitutivo y así lo proclama la Ley en su artículo 90, pero no a la manera tradicional de que para la constitución, modificación y extinción del derecho sea preciso la inscripción en el Registro, como pretenden los defensores de la inscripción constitutiva a ultranza en dicho derecho, que ya sabemos que no se produce, sino de una forma más desarrollada en la doctrina registral moderna en cuanto a la configuración de una titularidad real dotada de fuertes efectos fruto de la inscripción en el registro»<sup>47</sup>. Por ello, se podría decir que el concepto “inscripción constitutiva” ha evolucionado para dejar de estar vinculado con la creación u origen del derecho real para quedar asociado a las garantías propias de la publicidad registral.

Reconocida la validez de los derechos no inscritos es sencillo comprender que la eficacia convalidante se vincula, por un lado, con la inoponibilidad de aquellos frente a quien inscribe y, por otro lado, con la protección del titular inscrito frente a antiguos titulares registrales que hubieran podido sufrir una suplantación de identidad o respecto de los cuales se hubiera producido alguna omisión o error por parte del Registro. Dado que resulta difícil admitir que la inscripción pueda tener en el modelo dominicano una eficacia convalidante respecto de la relación inter partes, lo más coherente es considerar que la eficacia de la inscripción se limita a ser convalidante respecto de tercero para, de este modo, salvar el defecto de la capacidad de disposición del transmitente. Así, la inscripción purifica una adquisición que, si no fuera por el Registro resultaría claudicante conforme a la regulación general contenida en el Código Civil.

En cuanto a los límites a la protección registral es preciso admitir que la revisión por causa de fraude no resulta equivalente al fraude australiano.

Conforme al artículo 86 de la Ley 108-05 la revisión por causa de fraude únicamente permite impugnar la inmatriculación porque «es la acción mediante la cual se impugna una sentencia que el interesado considera que fue obtenida fraudulentamente durante el proceso de saneamiento». Es decir, en el mejor de los casos sólo parcialmente se relaciona con el concepto australiano de fraude porque se circunscribe únicamente a limitar los efectos protectores del primer registro de una finca. Este punto presenta, por tanto, mayor conexión con la tutela limitada que ofrece el sistema australiano a la inmatriculación a través del *qualified folio*.

Otro aspecto en el que el sistema dominicano coincide con el australiano es el certificado de título que, conforme al artículo 91, «es el documento oficial emitido y garantizado por el Estado Dominicano, que acredita la existencia de un derecho real y la titularidad sobre el mismo». La función primigenia del *certificate of title* es, precisamente, la acreditación o verificación del derecho inscrito por parte del Estado. Es cierto que a esa función principal se añadieron las de servir de nexo entre titulares y la generación de *equitable interests*. Sin embargo, se ha expuesto que su vigencia y utilidad se han eliminado parcialmente en Australia como medida para prevenir fraudes y facilitar la transición a un Registro íntegramente electrónico.

### 3. El destinatario de la protección registral

En la última parte de este trabajo, me gustaría detenerme en el análisis del sujeto protegido por la dimensión ofensiva de la inscripción. Australia protege al adquirente no fraudulento y República Dominicana al tercero de buena fe. La Ley 108-05 no desciende a detalles en torno al destinatario de la tutela registral. De ahí que se haya afirmado que «la figura jurídica del tercer adquirente de buena fe o tercero registral es una creación jurisprudencial, sin fundamento jurídico en disposiciones normativas, pues no ha sido consagrado ni en la Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario, ni en el Código Civil dominicano»<sup>48</sup>. A pesar de ello, no se puede decir

47 URZAIZ BLANCO, “El principio de inscripción constitutiva y convalidante. Una aproximación desde el Derecho registral dominicano y español”, pg. 1419.

48 Voto disidente de la Magistrada Alba Luisa Beard Marcos a la sentencia del Tribunal Constitucional TC/0531/19, de 2 de diciembre de 2019. También alude esta Magistrada al origen jurisprudencial de la figura en el voto salvado a la sentencia TC/0526/19, de 2 de diciembre de 2019.

que la protección del tercero registral sea una pura creación jurisprudencial porque el artículo 90 de la Ley 108-05 determina el carácter convalidante de la inscripción. En definitiva, si los Tribunales tutelan al tercero de buena fe es porque la inscripción tiene un efecto convalidante o sanatorio de la adquisición.

Es cierto, no obstante, que hay alguna referencia tangencial al tercero de buena fe en la Ley 108-05 como ocurre en los artículos 86.III y 99.<sup>49</sup>. Especial interés presenta el primero de ellos porque «no se reputara tercer adquirente de buena fe a toda persona que adquiere un inmueble durante el plazo previsto para interponer el recurso de revisión por causa de fraude». Enlazando su contenido con el artículo 90 se infiere que, como ocurre en los *qualified titles*, la inmatriculación o saneamiento no protege al titular inscrito y a los que de él adquieren sino únicamente después de un plazo. Así se conjuga la protección de la apariencia registral con la problemática legitimación de origen de quien propone el saneamiento de una finca.

En la jurisprudencia es habitual la referencia a la figura del “tercer adquirente de buena fe a título oneroso” como el sujeto merecedor de la tutela registral. ¿Es ello coherente con el sistema *Torrens* australiano? ¿Son conformes la normativa registral y la jurisprudencia? Es claro que estas cuestiones sólo quedarán apuntadas en este trabajo a la espera de un análisis más detenido y monográfico.

Lo que más llama la atención es la firme exigencia jurisprudencial de onerosidad que en Australia únicamente se exige, como requisito de protección, en Victoria y South Australia. En este punto, estimo que la interpretación que ofrece la jurisprudencia dominicana resulta preferible. El Registro es una herramienta destinada a simplificar y asegurar el tráfico oneroso, por lo que no deberían protegerse las transacciones gratuitas frente a la realidad jurídica que no estuviera recogida en el certificado de título.

Con anterioridad se ha expuesto la diversidad de planos en los que se encuentran el requisito de buena fe y el fraude. El Tribunal Constitucional de República Dominicana en la Sentencia TC/0093/15, de 7 de mayo de 2015 admitió que si «no se comprobó que los señores (...) tenían conocimiento de la supuesta “anormalidad” que tiene el título» procedía su defensa como terceros registrales. Es decir, vincula la buena fe y la protección del tercero con su ignorancia y, por ende, asocia la mala fe con el conocimiento. Así lo acredita, también, la sentencia núm. 594, dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de 19 de octubre 2016 según la cual «la mala fe ha sido definida como el conocimiento que tiene el adquirente de los vicios del título de su causante (...), no podía alegar válidamente dicha entidad desconocimiento»<sup>50</sup>.

En el ámbito registral, la buena fe no debe considerarse un estado de conducta sino un estado de conocimiento que nada tiene que ver con la ausencia de maquinación o engaño sino con confiar en la apariencia jurídica e ignorar su inexactitud o discordancia respecto de la verdadera situación dominical. Se trata, por tanto, de una buena fe subjetiva que además habrá de integrar un cierto ingrediente ético o elemento de excusabilidad de la ignorancia. Por otro lado, la buena fe se presume *iuris tantum*, por lo que para rechazar la protección del titular inscrito tendrá que probarse que tenía conocimiento previo de la realidad jurídica.

De lo anterior se deriva que en República Dominicana no se acoge la posición australiana que únicamente rechaza la *indefeasibility of title* por una conducta deshonrosa del titular inscrito, sin que el mero conocimiento de la existencia de derechos no inscritos implique, por sí mismo, fraude. Una consecuencia de ello es una mayor relevancia, en República Dominicana, de los derechos no inscritos que resultarán oponibles a los terceros registrales que tuvieran conocimiento de su existencia, con la consiguiente matización del carácter constitutivo frente a terceros de la inscripción.

49 Resulta curioso que la figura del tercero de buena fe aparezca, en cierta medida, más desarrollada en los artículos 174 y 192 de la Ley 1542 de Registro de Tierras que fue derogada por el artículo 123 de la Ley 108-05.

50 En sentido análogo, por ejemplo, la **sentencia núm. 207 de la Suprema Corte de Justicia, de 5 de Abril de 2017 que rechaza la condición de tercero de buena fe porque acepta la posición del Tribunal a quo según la cual** «el comprador tenía conocimiento de las contestaciones que sobre él [título] existían».

La exigencia de buena fe es preciso circunscribirla al tercero y no a su transmitente. De ahí que sea indispensable, por un lado, reducir la vigencia del aforismo el fraude lo corrompe todo que suele argumentarse para impugnar la inscripción y, por otro, atemperar la influencia del artículo 1599 del Código civil que declara la nulidad de la venta de cosa ajena. Defender lo contrario implicaría vaciar de contenido la eficacia convalidante que establece el artículo 90 de la Ley 108-05 y que fundamenta la seguridad del tráfico. Por ello, el adquirente oneroso que ignore la suplantación de personalidad o la falsificación de la documentación no quedará privado de protección si hubiera llegado a inscribir. De ahí que la jurisprudencia dominicana haya asumido la protección directa y no diferida de la inscripción.

A pesar de ello es preciso aludir a los votos particulares que la Magistrada Alba Luisa Beard Marcos ha presentado a las sentencias TC/0526/19 y TC/0531/19, ambas de 2 de diciembre de 2019. En ellos se establece que «para la aplicación de la figura jurídica del tercero registral o tercer adquirente de buena fe deben ser ponderados y armonizados los derechos del tercero, respecto a los derechos fundamentales y la seguridad jurídica del titular original del derecho de propiedad involucrado, debiendo prevalecer el derecho fundamental de este último en los casos en que se demuestren maniobras fraudulentas o irregularidades en la transferencia inicial y salida de su patrimonio del inmueble». Esta afirmación trae a colación el debate en torno a la protección diferida de la inscripción. Únicamente así puede entender la armonización de los intereses contradictorios del tercero registral y el propietario que sufre el fraude. El presupuesto conceptual de esa afirmación es que la conducta fraudulenta perjudica al adquirente aunque la ignore porque, a pesar de lo dispuesto en el artículo 90, el título inscrito no queda convalidado. Por consiguiente, el propietario original podría impugnar con éxito la inscripción en una litis de derechos registrados. Sin embargo, si el titular inscrito no fuera un adquirente sino un subadquirente de buena fe de quien actuó

fraudulentamente su inscripción tendría efecto convalidante y sería suficiente para protegerle frente a la reclamación del propietario original. En cualquier caso, parece que la jurisprudencia dominicana no exige que el tercero registral sea un subadquirente porque fundamenta la protección en la buena fe y la ausencia de conocimiento.

En torno a qué hay que entender por “tercero” a los efectos de la tutela ofensiva de la inscripción es preciso añadir una cosa más. En Australia, el inmatriculante es protegido frente a quien ostente un derecho si no lo defiende convenientemente durante el proceso de inmatriculación. Para paliar riesgos, el legislador ha establecido una serie de cautelas para confirmar la veracidad del derecho de quien solicita la inmatriculación y dota de publicidad al procedimiento, de modo que quien estime que ostenta un derecho sobre la finca pueda protegerlo. Si por ignorar el procedimiento o por cualquier otro motivo no presenta el caveat el derecho no inscrito se extinguirá si el inmueble finalmente es inmatriculado. Una situación análoga puede darse en el proceso de saneamiento, sin perjuicio de la facultad legalmente reconocida de revisión por causa de fraude que, como se ha apuntado, restringe la eficacia convalidante asociada al registro. De ahí «se desprende el efecto aniquilatorio del proceso de saneamiento, en razón de que es improcedente pretender efectos jurídicos de un acto que aunque relativo al inmueble, no fue presentado en el saneamiento y cuyo valor jurídico, consiguientemente, quedo purgado»<sup>51</sup>.

Por consiguiente, la tutela del tercero no se limita a la protección de quien confía en la declaración registral que pudiera ser inexacta porque también protege al adquirente que de buena fe solicita el saneamiento. De este modo, se incentiva a los propietarios a registrar sus derechos y subraya el carácter, en buena medida, constitutivo frente a terceros y convalidante de la inscripción. Estos efectos contribuirán, en definitiva, a reforzar la seguridad jurídica del sistema porque garantizan la propiedad en aras de la prosperidad pública,

51 Voto disidente de la Magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández a la sentencia TC/0209/14, de 8 de septiembre de 2014.

asientan y facilitan el acceso al crédito territorial y aseguran el mercado hipotecario.

## Referencias

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier, *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010.

BOYLE, Sam, “Fraud against the Registrar: why the ‘de jager line’ of authority is incorrect, and how unfairness in the Torrens system caused it to arise”, en *Australian Property Law Journal*, núm. 24, 2015.

BRADBROOK, Adrian/MACCALLUM, Susan V./MOORE, Anthony P., *Australian Real Property Law*, 4.ª ed., Thomson, 2007.

BURNS, Fiona, “Adverse possession and title-by-registration systems in Australia and England”, en *Melbourne University Law Review*, núm. 35(3), 2011.

BUTT, Peter, “Notice and fraud in the Torrens system: a comparative analysis”, en *University of Western Australia Law Review*, vol. 13, núm. 3, 1978.

— *Land Law*, 6.ª ed., Thomson Reuters, Sydney, 2010.

CHAMBERS, Robert, *An introduction to Property Law in Australia*, 2.ª ed., Thomson, 2008.

CHRISTENSEN, Sharon, “Taking reasonable steps to verify identity: when are further inquiries necessary to meet the standard?”, en *Property Law Review*, núm. 6 (1), 2016

COOTER, Robert/ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Pearson Education, 6.ª ed., 2012.

CROUCHER, Rosalind, “150 years of Torrens — Too much, too little, too soon, too late?”, en *Australian Bar Review*, núm. 31, 2009.

DE SOTO, Hernando, *El misterio del capital*, El Comercio, Lima, 2000.

DORSETT, Shaunnagh, “The Court of Claims and the resolution of informal land claims in New South Wales 1833-1835”, en *Property Law Review*, núm. 4, 2014.

GRIGGS, Lynden, “The Assurance Fund: government funded or private?”, en *Australian Law Journal*, vol. 76, 2002, págs. 253-255.

EHRENBERG, Victor, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, trad. Pau Pedrón, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2003.

HEPBURN, Samantha, *Australian Property Law. Cases, Materials and Analysis*, LexisNexis Butterworths, 4.ª ed., 2017.

FRANKS, Julie, “Property rights and the commercialization of land in the Dominican sugar zone, 1880-1924”, en *Latin American Perspectives*, vol. 26, núm. 1, 1999.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1955.

MOYA PONS, Frank, “Transformaciones estructurales. 1900-1920”, en MOYA PONS, Frank (coord.), *Historia de la República Dominicana*, vol. II, Ediciones Doce Calles y CSIC, 2010.

NEAVE, Marcia/ROSSITER, Christopher/STONE, Margaret, *Property Law*, Butterworths, 2004.

NORTH, Douglass C., *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1990.

O’CONNOR, Pamela, “The Title Insurance — Is there a catch?”, en *Australian Property Law Journal*, 2003, vol. 10, núm. 2.

— “Does the Torrens system guarantee boundaries as well as titles?”, en *19th IPRA-Cinder International Conference on Land Registration Congress*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

— “A Broader Development Perspective: Economic and Political Drivers of Worldwide Land Registration Reform”, en GOYMOUR, Amy/WATTERSON Stephen/DIXON Martin (eds.), en *New Perspectives on Land Registration*, Hart Publishing, 2018.

PAZ ARES, Cándido, “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 175-176, 1985.

PIKE, Douglas, “Introduction of the Real Property Act in South Australia”, en *Adelaide Law Review*, vol. 1(2), 1960-1962.

PRINCE, Rohan y GRIGGS Lyden, *Property Law in principle*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters, 2008.

RADAN, Peter, “Volunteers and indefeasibility”, en *Australian Property Law Journal*, vol. 7, núm. 3, 1999.

RODRICK, Sharon, “Resolving priority disputes between competing equitable interests in Torrens system land — which test?”, en *Australian Property Law Journal*, vol. 9, núm. 1, 2001.

ROUFF, Theodore, *An Englishman looks at the Torrens system*, The Law Book Company, 1957.

RUIZ TEJADA, Manuel Ramón, *Estudio sobre la Propiedad Inmobiliaria*, Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo, 1952.

SKEAD, Natalie/CARRUTHERS, Penny, “Fraud against the Registrar: an unnecessary, unhelpful and perhaps, no longer relevant complication in the law on fraud under the Torrens system”, en *Monash University Law Review*, vol. 40 (3), 2014.

STEIN, Robert/STONE, Margaret, *Torrens title*, Butterworths, Sydney, 1991.

TORRENS, Robert Richard, *The South Australian system of conveyancing by registration of title*, Register and Observer General Printing Office, 1859.

URZAIZ BLANCO, Jorge, “El principio de inscripción constitutiva y convalidante. Una aproximación desde el Derecho registral dominicano y español”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 767, 2018.

WHALAN, Douglas J., “Torrens, Sir Robert Richard (1814-1884)”, en *Australian Dictionary of Biography*, National Centre of Biography, Australian National University.

# A propósito de la seguridad de los consumidores: Una mirada desde Francia y la Unión Europea

Gilles Paisant\*

Recibido: 25 de mayo de 2021 – Aceptado: 25 de julio de 2021

## Resumen

En el Derecho francés la obligación de seguridad protegida por el derecho del consumidor es la que recae sobre la salud de las personas físicas, derivada de los productos defectuosos, cuyo régimen jurídico es autónomo y de responsabilidad objetiva, para lo cual no se requiere de la distinción tradicional entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual. Para que haya responsabilidad es necesario que el daño provenga por un producto defectuoso puesto en circulación y corresponde a la víctima probar el defecto. Su régimen invita a la prevención e impone la información sobre los riesgos del producto.

**Palabras clave:** Consumidor, seguridad, daño a la salud, productos defectuosos, riesgos, prevención y responsabilidad.

## Abstract

*In French law, the security obligation protected by consumer law is that which falls on the health of people, derived from defective products, whose legal regime is autonomous and of strict liability, for which it is not required of the traditional distinction between contractual liability and criminal liability. For there to be liability, it is necessary that the damage comes from a defective product put into circulation and the victim must prove the defect and consequent damage. Its regime invites prevention and imposes information on the risks of the product.*

**Keywords:** Consumer, safety, health damage, defective products, risks, prevention and responsibility.

---

\* Profesor emérito de la Universidad Savoie Mont Blanc y decano honorario de la Facultad de Derecho y Economía de Chambéry. Durante muchos años dirigió un centro de investigación dedicado al derecho de las obligaciones y el consumo.

## Introducción

Al igual que cualquier actividad humana, el hecho de consumir, es decir proporcionarse bienes y servicios o usarlos, puede presentar riesgos. Estos últimos resultan más importantes debido a que vivimos en un mundo de producciones en masa. Por ejemplo, la leche en polvo comprada para el niño que estaba contaminada, los frenos defectuosos del vehículo que provocaron el accidente y las heridas de los pasajeros, o bien el medicamento recetado para adelgazar que ha causado cáncer... Lamentablemente podríamos multiplicar los casos de este tipo. Pero, primero, es preciso entender que los riesgos aquí considerados y que, en la medida de lo posible, el legislador busca evitar, son únicamente los que pesan sobre la salud o la seguridad corporal de los consumidores. En Francia y, más generalmente, en toda la Unión Europea (en lo adelante "UE"), el concepto de seguridad de los consumidores sólo se relaciona con cuestiones de integridad física.

Por consiguiente, los consumidores de los cuales estamos hablando en este ámbito no son solamente los que actúan fuera del marco de su actividad profesional, es decir quienes adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios para fines personales o familiares. Aquí, el consumidor protegido es cualquiera persona física, aún actuando como profesional. Y, por supuesto, las personas jurídicas no están comprendidas en el tema. Así, la cuestión de la seguridad de los consumidores concierne a todos los ciudadanos en sus actividades de consumo.

No es una cuestión nueva. Por ejemplo, en la Francia de los reyes existía lo que llamábamos una policía de los mercados para luchar contra los fraudes de los comerciantes deshonestos, en especial los fraudes alimenticios encaminados a perjudicar la salud de los compradores. Más tarde, en un contexto de fuerte industrialización de las producciones, fue adoptada una importante ley de carácter penal, la ley del 1 de agosto de 1905 sobre la represión de los fraudes, sobre todo también los fraudes alimenticios en consideración a las necesidades esenciales de los ciudadanos.

Más cerca de nosotros, con la generalización del consumo de masa y las políticas de globalización de los mercados, la cuestión de la seguridad vinculada a las actividades de consumo ha tomado una importancia acrecentada. Así, en la Francia contemporánea se debe citar la importante ley del 21 de julio de 1983, expresamente dedicada a la seguridad de los consumidores. Por primera vez planteaba, a cargo de los proveedores, una obligación general de seguridad para los productos o servicios destinados a los consumidores. Fue un texto fundador que sirvió como fuente de inspiración para la elaboración de la legislación europea en este ámbito.

Hoy en día, en efecto, son normas europeas que, a título esencial, rigen las cuestiones de seguridad de los consumidores en Francia y los demás países de la Unión. Son normas de armonización completa, es decir que, imponiéndose a todos los Estados miembros, estos últimos no pueden, en principio, mantener o adoptar leyes o reglamentos nacionales distintos sobre todos los puntos considerados por esas disposiciones supranacionales. Así se desea establecer una igualdad de competencia entre los proveedores de la Unión obligados a las mismas coacciones reglamentarias. En Francia, estas normas se encuentran principalmente en el código de consumo y en el Código Civil, lo que no excluye cantidad de textos específicos no codificados.

La cuestión de la seguridad de los consumidores es un tema de gran interés práctico habida cuenta de las esperas de los consumidores y es un tema muy reglamentado; una reglamentación de orden público, por supuesto, al igual que todas las normas dedicadas a la protección de los consumidores.

Este conjunto de normas expresa, sin duda alguna, una legítima exigencia de protección de la integridad física de los ciudadanos en sus actividades de consumo (I). Sin embargo, después de haber presentado el contenido de esta protección, pienso útil hacer una reflexión sobre la cuestión de los riesgos de un exceso de protección en este ámbito y si no se debe concebir límites al respecto (II), cuestión políticamente bastante incorrecta en nuestra época...

## I. Una exigencia legítima de seguridad para los consumidores

Esta exigencia de seguridad fue tomada en cuenta desde muy temprano por las instancias europeas. Primero aparecieron reglamentos, llamados «sectoriales», relativos a la seguridad de tal o cual producto (juguetes, aparatos domésticos, ascensores, etc...). Son muchos y muy diversos; y, repito, son normas de aplicación en toda la UE.

Aquí me limitaré a la presentación de los textos de alcance general. Son directivas europeas que tuvieron que ser preferentes en los órdenes jurídicos nacionales. Primero se dedicaron a la reparación de los daños sufridos por los consumidores y, a posteriori, se consideró la cuestión de la prevención de los riesgos, mientras que la determinación de las sanciones incurridas por los proveedores culpables o negligentes compete a los Estados miembros. Respetando la cronología europea, hablaremos de la reparación de los daños antes de la prevención.

### 1. La reparación de los daños

En toda la Unión Europea se aplican los principios procedentes de la directiva europea de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos, la cual, con mucha tardanza, se aceptó en Francia en el año de 1998. Las dificultades radicaban en el hecho de que, sobre varios puntos, esta directiva resultaba menos favorable para las víctimas que el derecho común de la responsabilidad civil anteriormente aplicable en estos asuntos.

En Francia estas nuevas reglas fueron colocadas en el Código Civil. En efecto, no conciernen sólo a los consumidores, sino también a cualquier persona física aún proveedor. Son los artículos 1245 y siguientes.

¿Cuáles son en adelante las reglas aplicables en caso de daño causado por un producto defectuoso? Dado por entendido que los defectos aquí considerados son únicamente los defectos de seguridad de los productos, es decir únicamente los defectos que, principalmente, causan un daño a la salud o a la integridad corporal de una persona física y, accesoriamente, a otro bien distinto del

bien defectuoso mismo. A contrario, este régimen de responsabilidad no es de aplicación a los vicios ocultos o los defectos de conformidad de los productos; tampoco a los defectos de seguridad de los servicios que siguen estando regidos por los principios tradicionales del Código Civil.

Debe añadirse que este régimen europeo específico de responsabilidad derivada de los productos defectuosos supera la distinción tradicional entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual, al punto que algunos lo denominan como autónomo. Se trata de un régimen original de responsabilidad objetiva que no se fundamenta sobre la noción de falta.

Más precisamente, las condiciones de esta responsabilidad son las siguientes: se necesita un producto, es decir cualquier bien mueble corporal, incluso los productos de la agricultura o los medicamentos y vacunas, puesto en circulación, es decir que el productor, de modo voluntario, lo ha propuesto al público para que sea comprado o utilizado. Este producto debe de estar afectado por un defecto de seguridad en el sentido anteriormente precisado y este defecto debe causar un daño tal como lo hemos definido. La víctima debe probar la existencia del defecto del producto, el daño sufrido y el vínculo de causalidad entre los dos.

La responsabilidad pesa sobre el productor y, de forma subsidiaria, si este último no puede ser identificado, sobre el distribuidor o el vendedor u otro proveedor profesional. La mayoría de las veces, la víctima se encuentra sola frente al productor.

Dos plazos de prescripción deben considerarse. La víctima tiene tres años para actuar contra el productor desde el día en el que tuvo conocimiento de su daño, dado por entendido que la acción resulta imposible más de diez años después de la puesta en circulación del producto.

Este sistema de responsabilidad admite la reparación integral del perjuicio sufrido, incluido el perjuicio moral, pero las causas de exoneración en beneficio del productor son más importantes que en el derecho común de la responsabilidad civil. En especial se destaca la exoneración por riesgo de desarrollo. Es decir que no será responsable el

productor si éste prueba que, en el momento de la puesta en circulación del producto, el estado de los conocimientos científicos accesibles no permitía percatarse de la existencia del defecto. Sin embargo, esta causa de exoneración no vale para los productos derivados del cuerpo humano. Recordamos los escándalos relacionados a la sangre contaminada por el virus VIH.

En el marco de este sistema, por supuesto, la víctima consigue la reparación de los daños y perjuicios al igual que en cualquier otro tipo de responsabilidad civil dado que las cláusulas que tendrían como objeto o efecto de limitar la responsabilidad del productor son nulas. Pero, si organizar el resarcimiento de los daños parece indispensable, mejor es intentar prevenir estos últimos.

## 2. La prevención de los riesgos

A nivel europeo, la que rige el tema es la directiva del 3 de diciembre de 2001 que sustituye a la anterior del 29 de junio de 1992. Inspirándose de la citada ley francesa de 1983, esta directiva plantea, a cargo de los productores europeos, una obligación general de seguridad para los productos que ponen en el mercado. Considerando que es muy difícil adoptar una legislación comunitaria para cada producto que exista o que se puede crear, las instancias europeas decidieron establecer un marco legislativo horizontal para tratar esos productos, así como para colmar las lagunas de las normas sectoriales relativas a la seguridad de tal o tal producto.

Esta obligación general de seguridad, hoy en día, constituye la piedra angular de los dispositivos de prevención de los riesgos de los productos para la salud o la integridad corporal de los consumidores europeos. Pero, desde hace algunos años, más arriba de la prevención, puede también intervenir el principio precautorio.

En Francia, la obligación general de seguridad al modo europeo fue integrada en el código de consumo (art. L 421-1 y siguientes); pero con una diferencia importante porque dicha obligación no es de aplicación sólo para los productos sino también para los servicios. Es decir que (art. L 421-3) «los productos y los servicios deben

presentar, en condiciones normales de utilización o en otras condiciones razonablemente previsibles para el profesional, la seguridad a la que se puede legítimamente esperar y no perjudicar la salud de las personas». Aquí, los profesionales son tanto los productores como los distribuidores.

Conforme a esa obligación, los profesionales están sujetos a diversas obligaciones específicas según las circunstancias: informar a los consumidores, por ejemplo, sobre los riesgos inherentes al producto puesto en el mercado, sus modalidades de empleo o su duración de utilización o bien, en los casos más graves, proceder a recoger («recall») el producto para verificaciones (por ejemplo, un carro que, potencialmente, tiene frenos defectuosos) o, más radicalmente, a su retirada definitiva del mercado. Y, por su lado, el Poder Ejecutivo puede dictar decretos para prohibir o reglamentar productos o servicios que no cumplen con la obligación general de seguridad.

Por lo tanto, podemos ver que la seguridad que se debe a los consumidores se concibe en términos bastante vagos. Se basa en estándares con contornos inciertos: «esperas legítimas» de los consumidores, condiciones «normales» de utilización o «razonablemente previsibles». Tales incertidumbres pueden constituir un factor de mayor riesgo para las empresas.

Sin duda alguna, el Código de Consumo precisa (art. L 421-5) que se considera que un producto cumple con la obligación general de seguridad cuando resulta conforme a la reglamentación específica que le concierne y cuyo propósito es proteger la salud o la seguridad de los consumidores. Pero, las disposiciones del Código Civil relativas a la responsabilidad derivada de los productos defectuosos (art. 1245-9) siguen previendo que pueden comprometerse los productores por haber puesto en circulación un producto defectuoso aun cuando el producto litigioso hubiera sido fabricado con todas las reglas del arte o de las normas existentes.

Resulta que, si la violación del profesional de su obligación general de seguridad constituye una fuente de responsabilidad propia<sup>1</sup>, el respeto de dicha regla no constituye una causa de exoneración de su responsabilidad por productos defectuosos. Es una situación que no parece muy coherente, lo cual demuestra la importancia acordada por el legislador francés a la seguridad de los consumidores.

Además, a la vanguardia de la prevención, encontramos el principio precautorio. Este principio fue consagrado a nivel europeo en el 1992 por el famoso tratado de *Maastricht* de la Unión Europea, pero sólo para lo relativo a la protección del medio ambiente.

Sin embargo, desde varios años, el principio precautorio alcanzó el ámbito de la protección de los consumidores, en especial con respecto a la seguridad alimenticia. Se puede mencionar el reglamento europeo CE N.º 178/2002 de 28 de enero de 2002, que surge fruto de varios escándalos anteriores (la vaca loca del Reino Unido, los aceites contaminados de España, o bien los pollos belgas a la dioxina) que, legítimamente, preocuparon a los consumidores europeos. Este reglamento, que confirma una jurisprudencia anterior de la Corte de Justicia de la UE a propósito del asunto de las vacas locas<sup>2</sup>, prevé así en un artículo 7 titulado «principio de cautela»: *«en circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de la salud por el que ha adoptado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva»*. Y el texto añade que estas medidas provisionales *«serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud»*.

Resulta que, incluso antes de que el riesgo esté científicamente comprobado, en caso de duda y como precaución, a pesar del principio de libre circulación de las mercancías en la UE, se podrá tomar una medida restrictiva de comercialización del producto alimenticio litigioso.

Así, teniendo en cuenta la política europea de protección del medio ambiente en beneficio de la salud humana, nada obstaculiza al juego del principio de cautela para la protección de la salud y de la seguridad de los consumidores, mas es un principio que sigue siendo de uso particularmente delicado que no debe degenerar en bloqueos de la actividad humana o frenar abusivamente las innovaciones. Riesgos de excesos deben de ser evitados.

## II. Los riesgos de un exceso de seguridad en pro de los consumidores

La seguridad de los consumidores: sí, por supuesto. Al consumir, cualquier persona física no debe de ser alcanzada en su carne. Es lo que acabamos de ver y, hoy en día, nadie lo niega. Es una evidencia y un tema políticamente muy rentable en nuestras sociedades de consumo. En el ámbito de la protección a los consumidores, lo de la seguridad tiene el primer rango, mucho antes de la protección de los intereses económicos de estos últimos.

Sin embargo, creo que el concepto de seguridad de los consumidores no puede justificar cualquier coacción, restricción o prohibición legal o reglamentaria. Dicho en otras palabras, la seguridad, sí, ¿pero hasta qué punto? La pregunta deja entrever que se pueden concebir y denunciar varios excesos en este ámbito; excesos nocivos para los negocios, y también posiblemente para las libertades públicas en la medida en que los consumidores son también ciudadanos. La determinación de estos potenciales excesos resulta bastante difícil, puesto que lo que es exceso para unos no lo es para otros.

### 1. Los riesgos para los negocios

Vamos a considerar nuevamente los dos aspectos complementarios de prevención de los riesgos

1 Suprema Corte de Justicia de Francia. Sentencia núm. 16-19109, Cass. 1ra civ., del 20 de septiembre de 2017.

2 Corte de Justicia de la Unión Europea (CJCE). Sentencia C-157/96 del 5 de mayo de 1998.

y de reparación de los daños. Tratándose de la prevención, los excesos se encaminan a generar dos tipos de inconvenientes:

Primero: inconvenientes de orden económico. En efecto, cualquier prevención de los riesgos tiene un costo; a mayor prevención, más costoso es el producto o el servicio correspondiente. O bien el proveedor asume el costo suplementario de una prevención reforzada y pierde su rentabilidad, o bien repercute el encarecimiento de su producción sobre los consumidores y puede perder su competitividad. Además, los excesos de medidas de prevención pueden encaminar a los productores a renunciar a sus proyectos de creación o distribución de sus innovaciones, ya que temen a los pleitos en responsabilidad y a las condenas judiciales. Es el efecto disuasivo y perverso de un exceso de protección.

Segundo: inconvenientes de orden sociológico. Es la cuestión de la infantilización de los consumidores. Un ejemplo entre muchos otros: un decreto francés del 4 de enero de 2006 relativo a la seguridad de las barbacoas. Se expone en este texto que las barbacoas no deben deformarse bajo el efecto del calor y que las instrucciones de uso deben incluir el siguiente aviso: «¡Cuidado! Esta barbacoa va a volverse muy caliente. No moverlo durante el uso». Es el aviso que podrían expresar los padres a un niño de 2 o 3 años de edad, pero -suponiendo que la instrucción de uso no incluya dicha mención- se comprometería al proveedor.

Precisamente, con respecto a la reparación de los daños, pueden ser muy elevados y disuasivos los riesgos económicos para los proveedores. Depende de los contextos ¿Cómo no citar al respecto el famoso caso americano Liebeck vs McDonald's' restaurant de 1994? Estamos en Albuquerque (Nuevo México). Una abuela de 79 años de edad acude al McDonald's drive-in local y compra un vaso de café. Lo coloca entre sus piernas, pero el vaso se vuelca y le causa quemaduras de tercer grado. La persona queda parcialmente inválida durante dos años. El café rondaba los 85 °C

de temperatura. El día 18 de agosto de 1994 la *District Court* de Albuquerque decide compartir las responsabilidades: 20% para la Sra. Liebeck y 80% para McDonald's condenada a USD\$160.000.00 en daños y perjuicios y US\$2.700.000 en daños punitivos. Después concluyó el litigio con una transacción. Se reprochaba a McDonald's haber servido un café demasiado caliente y no haber advertido de modo apropiado al consumidor de los riesgos correspondientes. ¿Exceso de protección o no? ¿«*frivolous litigation*» o no? Cada uno puede opinar.

Otro caso europeo bastante similar fue juzgado en el 2019 por la Corte de Justicia de la UE en Luxemburgo<sup>3</sup>. Esta vez no estamos en un carro sino en un avión entre Palma de Mallorca y Viena. Un padre viaja con su niñita de 6 años de edad a su lado. Pide un vaso de café que le colocan sobre la bandeja plegable situada delante de él, pero con las vibraciones del avión el café se volcó sobre el muslo derecho y el pecho de la niña, lo que le provocó quemaduras de segundo grado. Sobre el fundamento del Convenio de Montreal se pide €8500 en daños y perjuicios. La Corte admite el principio de la reparación considerando que los hechos constituían un «accidente» en el sentido del Convenio de Montreal, lo que negaba la compañía aérea.

Sin duda alguna, resulta difícil comparar los dos casos puesto que los fundamentos del resarcimiento eran muy distintos. Sin embargo, podemos meditar sobre las diferencias entre las cuantías de daños y perjuicios reclamados y esperar que las derivas americanas no lleguen hasta nosotros.

## 2. Los riesgos para las libertades fundamentales

La seguridad de los consumidores es igualmente la de los ciudadanos y viceversa, aun cuando todas las reglas de seguridad adoptadas para la protección de los ciudadanos no se relacionan a sus actividades de consumo. En ambos casos son reglas que tienen el mismo objetivo de protección de las personas. En su vida cotidiana, los ciudadanos

3 Corte de Justicia de la Unión Europea (CJCE). Sentencia C-532/18 del 19 diciembre de 2019.

tienden a considerar las normas de seguridad como un conjunto sin necesariamente hacer la distinción entre las que se relacionan al consumo y las demás. En ambos casos se presentan como normas de protección, es decir en beneficio de las personas aun cuando son normas que traen coacciones, restricciones o prohibiciones. A veces los poderes públicos presentan una reglamentación como necesaria para la protección de los ciudadanos mientras que tiene, en realidad, otro objetivo y se concretiza en limitaciones de nuestras libertades fundamentales.

Como primer ejemplo, se puede poner a Francia, que durante el brote de la pandemia de COVID-19, el presidente de la República estableció el confinamiento de toda la población a su piso o casa durante dos meses (del 17 de marzo al 11 de mayo de 2020). Como se puede notar, durante este período se suprimió la libertad fundamental de ir y venir, aunque garantizada por la Constitución. El Consejo Constitucional juzgó al respecto que esta medida expresaba una «conciliación equilibrada»<sup>4</sup> entre las libertades fundamentales y el derecho a la salud. Sólo se permitían algunas salidas de poca amplitud, en especial para abastecerse, pero únicamente en los determinados comercios autorizados. ¿Cuál era el verdadero fundamento de esta reglamentación? ¿Proteger la población contra los riesgos de contaminación, o bien remediar a la falta de preparación del país para hacer frente a la epidemia (penuria de mascarillas, de exámenes o pruebas, de camas de reanimación)? El futuro lo dirá. Por lo menos existe una ambigüedad.

Segundo ejemplo, totalmente caricatural, sin embargo, muy real. Esta vez en Montreal en el año 2009. Una señora acude al metro para ir de compras en el centro de la ciudad. Cerca de la escalera mecánica está un letrero indicando «cuidado» y «sostenga la barandilla». Este letrero está acompañado por un pictograma. En vez de conformarse a esta advertencia, la señora busca algo en su bolso. Un agente de policía la ve y le intima sostener la barandilla, lo que todavía no hace

porque, según su opinión, no tenía la obligación de hacerlo. Llegada al pie de las escaleras, fue interpelada por el agente para ser dirigida a un local de confinamiento con fines de establecer un acta de infracción. Negándose a seguirlo, se encuentra maniatada en las espaldas y detenida durante varios minutos, mientras que los agentes presentes registraban, sin su autorización, en su bolso buscando sus documentos de identidad. Establecieron dos actas de infracción antes de soltarla.

Estimando que su arresto es ilegal, dicha señora presenta una queja contra la compañía de metro y la ciudad de Montreal, esta última como responsable de su policía. Quejas desestimadas por la Corte de apelación de Quebec. Diez años después de los hechos, por sentencia del 29 de noviembre de 2019 de la Corte Suprema de Canadá<sup>5</sup>, por fin, recibe justicia. La Suprema juzga que el letrero no constituía más que una advertencia y que el agente de policía hizo mal reprochando a la persona de haber violado una ley que no existía. Fueron condenadas, la ciudad de Montreal y la compañía de transporte a pagar USD\$20.000.00 de daños y perjuicios en beneficio de la víctima.

Este último ejemplo constituye un magnífico caso para demostrar cómo, en nombre de nuestra seguridad, es decir en nombre de nuestro bien, se puede desembocar sobre los peores atentados a nuestras libertades fundamentales. Todo lo que se hace en nombre de nuestra seguridad no se hace necesariamente en nuestro interés. Mantengámonos vigilantes. Ya, Orwell nos había advertido (1984).

## Referencias

Corte de Casación de Francia. Sentencia núm. 16-19109, Cass. 1.<sup>a</sup> civ., del 20 de septiembre de 2017.

Corte de Justicia de la Unión Europea (CJCE). Sentencia C-157/96 del 5 de mayo de 1998.

4 Consejo Constitucional de Francia. Decisión núm. 2020-800 del 11 de mayo de 2020.

5 Corte Suprema de Canadá. Sentencia Kosoian c. Société de transport de Montréal, 2019 CSC 59.

Corte de Justicia de la Unión Europea (CJCE).  
Sentencia C-532/18 del 19 diciembre de 2019.

Consejo Constitucional de Francia. Decisión  
núm. 2020-800 del 11 de mayo de 2020.

Corte Suprema de Canadá. Sentencia  
Kosoian c. Société de Transport de Montréal,  
2019 CSC 59.

## La responsabilidad contractual. Orígenes

Milagros Koteich Khatib\*

Recibido: 18 de noviembre de 2021 – Aceptado: 22 de diciembre de 2021

### Resumen

El presente escrito busca establecer los orígenes más remotos de la responsabilidad civil contractual y su proceso de formación histórica, para lo cual nos remontaremos al Derecho Romano, pasaremos brevemente por el derecho intermedio y arribaremos, por último, al derecho de la codificación contemporánea.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil contractual, derecho civil, codificación, criterios de imputación.

### Abstract

*This paper seeks to establish the most remote origins of contractual civil liability and its historical formation process, for which we will go back to Roman law, briefly go through intermediate law and finally arrive at the law of contemporary codification.*

**Keywords:** *Contractual civil liability, civil law, codification, imputation criteria.*

---

\* Docente y directora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho Privado.  
Correo electrónico: milagros.koteich@uexternado.edu.co.

## Introducción

El ordenamiento jurídico pone en manos de los particulares el instrumento precioso de la autonomía privada, en ejercicio del cual ellos pueden dar forma y llenar de contenido el reglamento de sus propios intereses, es decir, dar vida al contrato; el cual, gracias a la metáfora harto conocida de “la fuerza de ley”, resulta vinculante para las partes. A su tiempo, el sistema establece los correctivos para los casos de incumplimiento de dicho estatuto, que se compendian en la idea de la “responsabilidad contractual”.

Intentaremos aquí reconstruir, en apretada síntesis, el proceso de formación de este instituto.

### I. Los juristas

Comencemos por señalar que, si bien es cierto, el mérito de la construcción del sistema de la responsabilidad contractual<sup>1</sup> —que todavía hoy hace de base de los códigos modernos de tradición romanista— lo tiene la jurisprudencia romana considerada en su conjunto,<sup>2</sup> también lo es que, en cada época, puede darse cierto protagonismo a algunos juristas en particular. En este sentido, se sostiene que fue Ulpiano el responsable de la exposición sintética del régimen de la responsabilidad contractual,<sup>3</sup> lo cual resulta perfectamente ilustrado en dos pasajes del Digesto, que rezan como sigue:

D. 50. 17. 23. Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XXIX.- Ciertos contratos admiten solamente el dolo malo, y otros, el dolo y la culpa; solamente dolo, el depósito y el precario; dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, el recibimiento en prenda, la locación y también la acción de dote, y de tutela y la gestión de negocios; en estos,

ciertamente se responde también de la diligencia. La sociedad y la comunión de bienes, admiten así el dolo como la culpa; pero esto es así, si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos, en cada contrato, porque se observará lo que se convino al principio, pues dio la ley del contrato, excepto lo que opina Celso, que no es válido si se hubiere convenido que no se responda del dolo, porque esto es contrario al principio de la buena fe; y así lo observamos. Mas de los accidentes de los animales, y de las muertes que sobrevienen sin culpa, de las fugas de los esclavos que no suelen estar custodiados, de las rapiñas, tumultos, incendios, avenidas de agua y acometida de ladrones, no se responde por nadie.

Este pasaje, alusivo a una serie de obligaciones tuteladas bajo los iudicia bonae fidei, constituía la regula iuris en la materia. De él se desprende claramente, en relación con las principales figuras contractuales de su tiempo, la orientación subjetiva respecto de los criterios de imputación de la responsabilidad. Habla, en primer lugar, del dolo como criterio de imputación para determinados casos, y del dolo y la culpa para otros, a más de la diligencia (que era independiente de la culpa).<sup>4</sup> Lo anterior, si las partes no habían convenido cosa distinta, pues estas podían agravar o atenuar la responsabilidad; salvo, según estableció Celso, en lo que hace a la exclusión de la responsabilidad por dolo, que no les estaba permitido por ser contrario a la buena fe. El texto, por último, se refiere al casus (comprensivo de la fuerza mayor) como límite de la responsabilidad contractual, en el sentido de que, en su presencia, el deudor no responde.

Luego tenemos el siguiente pasaje del Digesto:

D. 13. 6. 5. 2. Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XXVIII.- Ahora se ha de ver, qué venga comprendido

1 Ya desde la Ley de las XII Tablas encontramos la noción de responsabilidad en el Derecho Romano, pero en ellas no se hacía alusión específica a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación. Es solo con la creación de la sponsio, y su correspondiente acción (la legis actio per iudicis postulationem) que nace, de manos de la jurisprudencia pontifical, a mediados del siglo V a. C. aproximadamente, la noción de obligación proveniente de contrato.

2 Cfr. Cannata, Carlo A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Libreria Editrice Torre, Catania, 1996, p. 136.

3 Ver una síntesis al respecto en Cortés, Édgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, *passim*, en particular pp. 73 y ss.

4 No siempre se ha tenido la culpa como el aspecto negativo de la diligencia, como hoy se le considera, sino como dos cosas distintas, especialmente en lo que hace al derecho clásico (C. 4. 24. 8, para la prenda; y C. 5. 38. 3, respecto de la tutela). Cfr. *Ibid.*, pp. 75 y 80.

en la acción de comodato ¿acaso el dolo o también la culpa o si también todo riesgo? Y a la verdad, en los contratos a veces respondemos solo de dolo y a veces también de la culpa; del dolo en el depósito, porque como no se trata de utilidad alguna de aquel en quien se deposita, con razón se responde solo del dolo, sino medió acaso también retribución, porque entonces, como también se halla establecido, se presta también la culpa, o si desde un principio se convino esto, que preste, así la culpa como el riesgo, aquel en quien se deposita. Pero cuando media utilidad de una u otra parte, como en la compra, en la locación, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se presta así el dolo como la culpa. Mas el comodato contiene las más de las veces la sola utilidad de aquél a quien se da en comodato; y por esto es más verdadera la opinión de Quinto Mucio, que cree que se ha de responder así de la culpa como de la diligencia.

En este pasaje encontramos, igualmente, un elenco de contratos con base en los cuales se responde bien por dolo, por dolo y culpa, o también por culpa y diligencia (como en el caso del comodato), todo ello en función del criterio de la utilidad del contrato para las partes, que puede resumirse de la siguiente manera: la parte que no tiene ningún interés en el contrato (por ejemplo, el depositario en el caso de depósito gratuito) responde solo por dolo, mientras que aquella que sí tiene interés en el mismo responde por culpa (y naturalmente, también, por dolo), y si el interés es mutuo, las partes responden recíprocamente por dolo y por culpa.<sup>5</sup>

El mismo criterio de la *utilitas contrahentium*, que vino a socorrer a la jurisprudencia en la tarea de precisar el grado de responsabilidad según el cual

el juez debía valorar la conducta del deudor en cada tipo de contrato, es adoptado por Modestino en el último pasaje por mencionar: *Collatio* 10. 2. 1, donde se especifican los criterios de imputación aplicables a cada uno de los contratos allí mencionados.

Coll. 10. 2. 1. El demandado en un proceso de comodato, responde también por culpa; el que, por el contrario, sea demandado en un proceso de depósito deberá ser condenado con base en el dolo y no en la culpa. En efecto, en el contrato de comodato ya que se presenta una ventaja de los dos contratantes, se responde del uno y de la otra; por el contrario, en el caso del depósito se presenta sólo ventaja para el depositante y se responde únicamente por dolo [...].

## II. Las acciones

Pues bien, con base en estos tres textos se ha querido descifrar la que era la posición clásica en materia de responsabilidad contractual, de donde un dato emerge claro: las figuras contractuales del depósito y el comodato son las únicas presentes en los tres textos citados, lo que conduce a pensar que fue a partir de estas relaciones obligatorias desde donde se comenzó a elaborar una teoría de la responsabilidad en materia contractual,<sup>6</sup> cuyo tratamiento sería diverso, según fuera el tipo de obligación, y la respectiva acción del acreedor, es decir, según que fueran *iudicia bonae fidei* o *stricti iuris*.<sup>7</sup>

Si se trataba de las últimas,<sup>8</sup> las acciones *stricti iuris*, el deudor respondía mientras existiera la cosa debida;<sup>9</sup> es solo luego cuando el deudor comenzará a responder incluso en los casos en que la cosa hubiese perecido o sufrido daños por su culpa, concretamente a partir de la creación por

5 Como se ha visto, en D. 50. 17. 23, Ulpiano no refiere el principio de la utilidad de las partes en el contrato.

6 Cortés, Édgar, op. cit., p. 74.

7 Arangio Ruiz, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1958, p. 9, señala que, en general, se contraponen los negocios tutelados por acciones *stricti iuris* a aquellos tutelados por acciones de buena fe: es decir, por una parte, se consideran los negocios de los cuales nace una obligación precisa y categórica (como el contrato literal, la estipulación, el legado per damnationem), por la otra, aquellos en los cuales las declaraciones de las partes al asumir las obligaciones, y su sucesivo comportamiento, hasta su incumplimiento o cumplimiento imperfecto, son valorados con base en la buena fe.

8 Las cuales se relacionaban con las obligaciones que tenían por objeto una cosa cierta in dando, es decir, la transferencia de la propiedad o la constitución de un derecho real sobre ella, como producto, generalmente, de una *stipulatio* o de un legado per damnationem (protegidas con la *condictio certae rei*).

9 No obstante, la jurisprudencia pontificial se ocupó de hacer responsable al deudor en casos de “muchísima gravedad”.

parte de los veteres<sup>10</sup> del criterio de la *perpetuatio obligationis*<sup>11</sup> — que no se encuentra en las fuentes individualizado en un solo fragmento, sino en varios de los cuales se deduce —,<sup>12</sup> concebido a partir del caso del esclavo prometido que muere en virtud de un “hecho culpable” del deudor o *factum debitoris*<sup>13</sup> antes de verificarse la entrega, frente a lo cual, los antiguos consideraron que el deudor no se liberaba, sino que continuaba obligado, pero ya no en función de la obligación originaria — pues esta era ya imposible de cumplir —, sino en virtud de la acción que tenía el acreedor en contra del deudor (*actio teneri*).<sup>14</sup> Valga señalar que en tal caso no era procedente la aplicación de las reglas de la *lex Aquilia*, pues, al matar al esclavo adeudado, el deudor acometía en contra de una cosa suya y no sobre un bien ajeno, como esta exigía.

En estos casos, no obstante, se respondía solo por culpa comisiva y no por omisión, según se infiere de D. 45. 1. 91 pr., donde podemos ver que no se hace responsable al deudor que deja morir, por no haber proveído a su curación, al esclavo prometido que se encontraba aquejado de una enfermedad. Adicionalmente, aunque no era un criterio general, se sostenía que el obligado a solo dar, tampoco estaba obligado a un no hacer;<sup>15</sup> es, por ejemplo, el caso del deudor de una obligación de dar que se libera con la entrega del esclavo que previamente ha envenenado, o con la entrega del fundo sobre el cual ha constituido una servidumbre.<sup>16</sup> En esta hipótesis, para comprometer al promisor de una cosa a cumplir una obligación, según la buena fe, era necesario integrar la estipulación in dando con

la promesa de abstención de dolo, es decir, con una obligación agregada *in non facendo*; dado que, de otro modo, el deudor resultaba libre de cualquier responsabilidad contractual por el solo hecho de haber transmitido la propiedad.<sup>17</sup>

Puede decirse, entonces, que la figura de la *perpetuatio obligationis* parte de una ficción (si se toma en cuenta que antes solo se respondía mientras existiera la cosa debida), en el sentido de que “finge” que la cosa debida aún existe, para, de ese modo, poder hacer responsable al deudor: la cosa no existe in natura, pero sí para el derecho (la cual se cumplirá con el subrogado pecuniario).

Se va creando así la noción de responsabilidad contractual, entendida como un segundo estadio en el esquema de la obligación incumplida: la relación de débito se convierte, pues, en una relación de responsabilidad, producto de la mutación — por incumplimiento — de la primera obligación.<sup>18</sup>

Pero había un problema que salvar: el esquema de la *perpetuatio obligationis* no era aplicable a las obligaciones consistentes en un hacer (asumidas mediante *stipulatio*, protegidas con la *actio incerti*, y con *intentio* “*quidquid dare facere oportet*”) ni, en general, a aquellas relacionadas con las acciones inciertas, sino solo a las obligaciones de dar; de ahí que exista una diferencia en su tratamiento en el marco de las fuentes.

Así, pues, al ocuparse la jurisprudencia de los casos de las obligaciones de hacer y de las nuevas formas procesales (la accionabilidad de este tipo de obligaciones se enmarca, procesalmente hablando,

10 Aunque no es un término unívoco, con veteres se hace referencia a los juristas republicanos, desde los fundadores hasta Labeón, como señala Carlo A. Cannata, op. cit., p. 187.

11 Cfr. Betti, Emilio, *La struttura dell'obbligazione romana*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 21 y ss.; Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 507. Para una exposición en español acerca de la idea de la *perpetuatio obligationis* como origen de la responsabilidad contractual, ver Cortés, Édgar, op. cit., pp. 67 y ss.

12 D. 45. 1. 91. 3-6; 5. 7. 4. Particularmente interesante es el caso ilustrado en D. 45. 1. 23, que expresa la idea de la *perpetuatio obligationis*, cuando señala que el deudor no se libera en los casos de las obligaciones de dar donde la imposibilidad sobrevenida sea a él atribuible.

13 Burdese, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 4.a ed., UTET, Turín, 1996, pp. 601 y ss.

14 Cfr. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1968, p. 382; Cortés, Édgar, op. cit., pp. 65 ss.

15 D. 4. 3. 7. 3.

16 D. 46. 3. 33. 1, en lo atinente a la *stipulatio*; y D. 30. 84. 4, en lo que hace al *legato per damnationem*. En contraste, se niega la liberación del deudor que entrega el esclavo adeudado después de haberlo herido.

17 Cfr. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, op. cit., p. 14.

18 Cfr. Betti, Emilio, op. cit., p. 20; Cannata, Carlo A., op. cit., pp. 121 y ss.; Cortés, Édgar, op. cit., p. 70.

en los *iudicia bonae fidei*), se llega a una segunda fase en la concepción de la responsabilidad contractual, que ya no se considera solo en función de la cosa debida, sino ahora también en función de la prestación prometida, el *praestare* romano. Es decir, en las obligaciones provenientes de los contratos consensuales, o que en general se relacionaban con los juicios de buena fe (y luego, también, para el resto de obligaciones), los romanos reconducían el problema de la responsabilidad del deudor hacia dicho concepto, el *praestare*, el cual era entendido como el objeto de la obligación romana, es decir, como el comportamiento que el deudor debía desplegar frente a su acreedor en virtud de la relación obligatoria existente entre ellos,<sup>19</sup> y que podía técnicamente estar referido a un *dare*, a un *facere* o a un *praestare*.<sup>20</sup>

Los dos primeros vocablos, *dare* y *facere*, no representan ninguna dificultad interpretativa: efectiva transmisión de la propiedad o constitución de otro derecho real, en el primer caso, y cualquier conducta que no pudiera ser comprendida en el *dare*, en el segundo;<sup>21</sup> mientras que, como puede intuirse, no es fácil determinar el significado técnico del *praestare* dentro de esta tripartición,<sup>22</sup> puesto que el mismo podría asumir un significado tan vasto y omnicomprendivo que parecería abarcar el *dare* y el *facere*.<sup>23</sup> A este respecto, Fadda advierte que el *praestare* no tiene en las fuentes un carácter determinado, y que su significado verdadero sería necesario investigarlo en el caso concreto; mientras

que, según Bonfante, el *praestare* sustituiría el *dare* y el *facere*, para significar en general el cumplimiento de la obligación independientemente de cuál sea su objeto.<sup>24</sup>

En las fuentes, de su lado, el significado menos técnico atribuido al *praestare* es el de poner a disposición, procurar, suministrar, otorgar; pero con rigurosidad técnica nos quiere significar el cumplir una obligación. También, según el contexto, puede significar responder, como, por ejemplo, cuando hablamos de *damnum praestare*; o garantizar, como en el caso en que el deudor se comprometa a cumplir su obligación prometiendo en la cosa ciertas y determinadas características.<sup>25</sup> Además, con frecuencia, en las fuentes se sitúan como objeto del verbo *praestare* los términos que determinan el criterio o régimen de responsabilidad al que queda sujeta una persona: *praestare dolum, culpam, custodiam, casum*.<sup>26</sup>

### III. Los criterios de imputación

En efecto, no se respondía en todos los casos frente al incumplimiento o falta de ejecución de esta prestación (entendida como objeto de la obligación), dado que era necesario atender a los criterios de imputación existentes para la responsabilidad contractual, que son diversos según si se habla del derecho clásico o del derecho justiniano. En el primero, las consideraciones al factor volitivo eran prácticamente inexistentes,<sup>27</sup> la responsabilidad

19 Burdese, Alberto, op. cit., p. 562.

20 Según puede verse en Gayo 4. 2. Ver además D. 44. 7. 3 pr.

21 Cfr. Pugliese, Giovanni, Istituzioni di diritto romano, Padua, Piccin, 1986, pp. 560 y ss.

22 Sobre la dificultad que representa distinguir el significado técnico del *praestare* frente al *dare* y el *facere*, ver *ibid.*, p. 563.

23 Grosso, Giuseppe, Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación, 2.ª reimp. de la ed. de 1981, F. Hinestrosa (trad.), Bogotá, 1992, pp. 34 y ss. Y se agrega aquí: "este término resulta empleado respecto de la obligación en sentido amplio y genérico, de modo de poder indicar tanto el *dare* como el *facere*, o sea en el sentido en que ahora se usa el vocablo derivado: prestación. Así, cuando se trata de determinar el significado particular con que se emplea singularmente el *praestare*, como distinto del *dare* y del *facere*, se presentan dificultades tremendas y las opiniones se dividen", cfr. Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones (t. I), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 117 y ss.

24 Cfr. Cardilli, Riccardo, op. cit., pp. 10 y ss.

25 Ver en Cannata, Carlo A., op. cit., p. 127.

26 Ver D. 50. 17. 23.

27 Arangio Ruiz, Vincenzo, Istituzioni di diritto romano, op. cit., p. 384, señala que en las Instituciones de Gayo el término culpa es empleado solo en dos ocasiones (III 202-211), ambas relacionadas con la *lex Aquilia*, lo que hace pensar que este jurista no consideraba posible que pudiera existir un criterio distinto al dolo y la custodia.

era consecuencia inmediata de la falta de *solutio*,<sup>28</sup> de la falta de cumplimiento,<sup>29</sup>; por lo que, algunos sostienen, los criterios de imputación eran solo el dolo y la custodia,<sup>30</sup> es decir, se niega la presencia de la culpa en la época clásica.<sup>31</sup> De otra parte, están los que, como Betti, Kaser y Marton, aun con argumentos muy disímiles, se rebelan contra esta tesis, aduciendo que el criterio subjetivo de la culpa sí era empleado por los juristas clásicos, sosteniendo que, allí donde se quiera adoptar un sistema objetivo, no es necesario negar la responsabilidad por culpa, porque ella también constituye un criterio de carácter objetivo, en la medida en que el juez, en su determinación, no descenderá jamás a considerar problemas de voluntad, sino que se limitará a valorar los hechos según su correspondencia con modelos abstractos, constantes y extraños a las cualidades personales de las partes en cuestión.<sup>32</sup>

En época de la Compilación Justiniana,<sup>33</sup> por el contrario, encontramos un profundo interés por la consideración subjetiva del incumplimiento. El criterio de imputación por excelencia era, pues, la culpa,<sup>34</sup> lo que significa que el incumplimiento no constituía presupuesto suficiente para la atribución de responsabilidad; se exigía, además, un reproche de conducta a título de dolo o culpa, entendiendo el primero como violación a la *fides*, y la segunda, como violación a la *diligentia*,<sup>35</sup>

siendo el *casus*, por su parte, la contracara de este régimen subjetivo de responsabilidad —es solo luego, en la segunda mitad del siglo XIX, con la Pandectística alemana, cuando se introducirá la idea de la imposibilidad, en lugar del *casus*, como límite de la responsabilidad contractual—. <sup>36</sup> Con posterioridad al derecho justinianeo, es decir, durante el llamado derecho intermedio, la

28 En un comienzo, el término *solutio* —contrario a *ligare*— aludía al hecho material de la liberación del deudor, sin tomar en cuenta la forma como esta se verificaba (D. 42. 1. 4. 7; D. 50. 17. 47); luego se dio al término un sentido más restringido, como cumplimiento de la prestación de lo debido por parte de quien se ha obligado (D. 50. 16. 176). En el primer caso, si la prestación ha sido ejecutada por un tercero, no podemos hablar de cumplimiento propiamente dicho, aunque se verifique la liberación del deudor, pues, este solo se produce si la prestación se lleva a cabo por el mismo deudor. Al respecto, ver Iglesias, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 10.a ed., Ariel, Barcelona, 1992, p. 461; Solazzi, Siro, *L'estinzione dell'obbligazione*, Nápoles, Jovene, 1931, pp. 3 y ss.

29 Acota De Robertis, Francesco, *Responsabilità contrattuale. Il regime della grande compilazione, Enciclopedia del diritto*, Milán, 1961, p. 1058: "Si bien esto es así en un momento inicial, a través de un complejo de iustae causae de impedimento a la *solutio*, podría proceder una excepción liberatoria. Sería, entonces, una responsabilidad que podría calificarse de objetiva en cuanto al momento de la imputación, y de subjetiva en cuanto al momento subjetivo de la valoración de la causa del incumplimiento".

30 Cfr. Di Martino, Francesco, *Individualismo y derecho privado romano*, F. Hinestrosa (trad.), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991, 2005, p. 47; en este sentido sostiene que las investigaciones recientes están demostrando en forma cada vez más persuasiva que el derecho clásico tendía a criterios objetivos de valoración, en manera tal de sustraer el mundo del tráfico del riesgo de complicadas averiguaciones espirituales, para garantizar así la seguridad. Por su parte, Cannata, Carlo A., op. cit., p. 5, señala: "En sustancia, para los juristas clásicos el sistema de la responsabilidad habría conocido el solo dolo como criterio subjetivo de responsabilidad; el resto estaba reducido a la responsabilidad objetiva, con un perno en la responsabilidad por custodia". También se encuentra Arangio Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 384, quien asevera que tal como sucede en materia de delitos, en lo contractual se halla un doble sistema, de responsabilidad por dolo y responsabilidad objetiva, y que, de hecho, Gayo al establecer el concepto del *praestare custodiam*, no lo opuso a casos de responsabilidad por culpa, sino a la responsabilidad del depositario, que no va nunca más allá del dolo.

31 Cfr. Cortés, Édgar, op. cit., pp. 71 y ss.

32 Al respecto, Cannata, Carlo A., op. cit., pp. 4 y 23, explica que G. Marton (*Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité*, 1949) criticaba la tendencia —entonces dominante— de concebir el sistema clásico de la responsabilidad como un sistema objetivo, y en particular, el atribuir a las intervenciones bizantinas la generalidad de las hipótesis de responsabilidad por culpa.

33 Entre ella y el derecho clásico no son muchos los aportes que, en materia de responsabilidad, en general, pueden encontrarse. Haciendo una síntesis de la contribución hecha por el derecho posclásico, tenemos que la abundante legislación imperial (entre la mitad del siglo III y el final del siglo V) no hizo ningún aporte significativo al derecho de obligaciones, mérito que sí tiene, en cambio, la jurisprudencia (los "rescritos" hasta Diocleciano), y la literatura jurídica (donde se incluyen —en su parte privada— las leyes romano-barbáricas: el Código Gregoriano y Hermogeniano). En lo que hace al derecho vulgar (fuentes occidentales de los siglos IV y V), tenemos que los problemas de responsabilidad que se presentaban se resolvían en forma empírica, sin pretender una sistematización de la materia. De su parte, en la *Fragmenta vaticana* (donde no se trata el tema de la custodia) y en la *Collatio* (recopilaciones privadas), aunque encontramos igualmente problemas sobre responsabilidad, casi la totalidad del material utilizado (salvo algunos glosemas) provienen de la jurisprudencia clásica tardía (Papiniano, Paulo y Ulpiano). Especial atención en la *Collatio* merece el paso 10. 2., que ya hemos mencionado. En cuanto a la literatura visigoda, tenemos que el Edicto de Teodoro poco hizo en lo que atañe al problema de la responsabilidad y, por su parte, en el código Euriciano encontramos la unificación de la disciplina de la responsabilidad por depósito (gratuito) y comodato, referidas las dos al parámetro de la culpa. La *Lex Romana Burgundiorum* (al igual que el *Breviarium de Alarico*) se adhería a los textos romanos, pero en materia de responsabilidad se hace el llamado a Paul. 2. 4. 2.

34 Aunque no era exclusiva. Existían también hipótesis de responsabilidad objetiva. Cfr. Cortés, Édgar, op. cit., pp. 86 y ss.

35 D. 18. 1. 68 pr.

36 "El concepto de 'imposibilidad' de la prestación tiene en el Derecho Romano un rol central desde el punto de vista, por así decirlo, genético, del

consideración subjetiva del incumplimiento no encontrará, en cambio, terreno abonado, dado que entonces se procuró favorecer prioritariamente la seguridad del tráfico, comprometiendo en forma absoluta la palabra dada al perfeccionar el contrato, en aras de proteger así las expectativas surgidas en las partes contratantes. Ello fue de esa manera al menos hasta el redescubrimiento del derecho romano por parte de la Escuela de los Glosadores, quienes en su labor doctrinaria se concentraron en la sistematización de las fuentes romanas (especialmente de aquellas justinianas), por medio de rigurosos procesos de abstracción y conceptualización.<sup>37</sup>

La doctrina medieval de los glosadores, como el derecho justiniano, basaba el sistema de responsabilidad contractual sobre la culpa, que fue entonces dividida en grados, llegándose hasta la culpa levisima en caso de que el contrato fuese en el solo interés del deudor (como sucede, por ejemplo, en el comodato). No obstante, los glosadores no llegaron a formular normas generales sobre responsabilidad; atendieron más bien el contrato singular de que se tratase y, con relación a la *natura contractus*, precisaron la utilidad de las partes para establecer luego el criterio de responsabilidad aplicable. Aunque este último y, en consecuencia, la misma *natura contractus* podían ser modificadas por las partes, quienes incluso tenían permitido pactar que el deudor respondiese en presencia de un caso fortuito. Este criterio de la *utilitas contrahentium* fue la base de la responsabilidad contractual igualmente en época de los comentadores.<sup>38</sup>

Por su parte, también los canonistas medievales hicieron su aporte al tema de la responsabilidad, impregnándolo de un matiz moralista: se respondía, se reparaba, porque se había pecado; se dejaba entrever el elemento culposo, aunque su cometido fuera más el de la moralización de conductas que el de la reparación del daño producido. Las codificaciones iusnaturalistas —que constituyen el punto de enlace de esta etapa ‘intermedia’ con el derecho moderno—, por su parte, también adoptaron el principio de responsabilidad por culpa (que había sido ya objeto de estudio por parte de la doctrina del *usus modernus Pandectarum*).<sup>39</sup>

Del iusnaturalismo a las codificaciones modernas ha permanecido el sistema de responsabilidad basado en el criterio subjetivo de la culpa, sin que con ello pretenda negarse que existen otros criterios alternativos frente a los cuales la ausencia de culpa no es suficiente para exonerar de responsabilidad.

Así, en Francia, desde Pothier,<sup>40</sup> el criterio asumido para determinar la responsabilidad contractual ha sido el de la diligencia debida según la naturaleza del contrato o el acuerdo entre las partes. Y, en efecto, gracias al influjo que este jurista ejerció en los compiladores napoleónicos, esa es la fórmula que encontramos en el *code civil*, en el sentido de que el incumplimiento o *inexécution de l'obligation*<sup>41</sup> imputable al deudor constituye la base del sistema codificado de la responsabilidad contractual<sup>42</sup>; y su límite, en el sentido de que en su presencia no se responde, el caso fortuito o, más ampliamente, la causa extraña no imputable.

nacimiento mismo de la obligación (imposibilidad originaria: *impossibilum nulla obligatio est*; D. 50. 17. 185). Son palabras de Cardilli, Riccardo, “Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio della ‘responsabilità contrattuale’”, en *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune* 1, Padua, 1996, p. 89.

37 Así, “en los siglos del Alto Medioevo la problemática de la responsabilidad contractual estaba tan entrelazada con la del riesgo y la imposibilidad de cumplir, que los respectivos límites no estaban bien definidos [...]. En los siglos del Bajo Medioevo, después, si de un lado el redescubrimiento de los textos justinianos hacía emerger de nuevo en su autonomía los perfiles de la responsabilidad contractual, del otro estaba la tendencia siempre más marcada a identificar el área de la responsabilidad con el campo de relevancia de la culpa o de la falta de diligencia”. Birocchi, Italo y Petronio, Ugo, “Responsabilità contrattuale”, en *Enciclopedia del diritto* (t. XXXIX), Milán, 1961, p. 1060.

38 Cardilli, Riccardo, “Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio della ‘responsabilità contrattuale’”, op. cit., p. 83.

39 Cfr. Cortese, Ennio, *Il diritto nella storia medievale* (t. II), Il Cigno GG, Roma, 1995, passim.

40 Pothier, Robert, *Traité des obligations*, en *Oeuvres* (I), Bruselas, 1831.

41 Art. 1147 del Código Civil de Francia. Es de destacar que la noción de *inexécution* prevista en el *code civil* tiene un carácter unitario (a diferencia de lo establecido en el BGB), en el sentido de que abraza todas las formas en las que el mismo puede verificarse: incumplimiento total, cumplimiento tardío, parcial o defectuoso.

42 Cfr. Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, E. Figueroa Alfonso (trad.), Harla, México, 1995, pp. 876 y ss.

Valga decir que, dentro de esta última noción — causa extraña no imputable—, se comprenden otras hipótesis además del caso fortuito o fuerza mayor (sinónimos, por cierto, para el Código Civil), aunque este, ciertamente, constituya su paradigma, por lo que es a partir de él que se definen sus demás variantes. Esa es la conclusión que resulta de la lectura, por una parte, del artículo 1147 del Código Civil francés, que dice que el deudor se encuentra obligado a la reparación en los casos en que haya causado un daño a otro y no pueda justificar que la inejecución proviene de una *cause étrangère qui ne peut lui être imputée* (una causa externa que no se le pueda atribuir), y por la otra, del artículo 1148 del mismo código, que habla sólo, y específicamente, del caso fortuito o fuerza mayor, diciendo que no hay lugar a indemnización por daños y perjuicios cuando a causa de una *force majeure ou d'un cas fortuit* (fuerza mayor o caso fortuito) el deudor se haya visto impedido a dar o a hacer aquello a lo que estaba obligado o haya hecho lo que le estaba prohibido.

Este modelo, basado en la noción del incumplimiento imputable, es el mismo adoptado en los códigos civiles de países como Chile (artículo 1547) Colombia (artículo 1604),<sup>43</sup> Venezuela (artículo 1271), México (artículo 2104), Cuba (artículo 293) y Uruguay (artículo 1342), entre otros, con lo que se conservó, así, la tradición romana en materia de criterios de imputación de la responsabilidad, el cual tiene a la culpa por fundamento, y al caso fortuito como límite.

Ello, al punto de que —hay que decirlo— la transfusión en América Latina de las normas del Derecho Romano relacionadas con la responsabilidad por incumplimiento fue más “pura” de lo que pudo haber sido en Europa (excepción hecha del Código Civil español, artículo 1101), y ello pese a que, en muchos casos, la misma se verificó gracias a la influencia del code civil. En este sentido, podría señalarse: se acogieron al pie de la letra las nociones y los términos técnicos empleados en el derecho

romano en la materia bajo análisis; en el code civil; en cambio, fue necesario apelar a la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia para encontrar el sustento romanista de algunas de sus nociones atinentes a la responsabilidad por incumplimiento. El ejemplo paradigmático de esta situación es el de la culpa, que no se halla expresamente enunciada en las normas relacionadas con los criterios de imputación del incumplimiento dentro del code civil (salvo, tangencialmente, en lo que hace al deber de custodia de la cosa que debe entregarse, donde se hace referencia a la diligencia del “*bon père de famille*” —“buen padre de familia”—, artículo 1137), sino que ha sido la ciencia jurídica la que ha dado a sus extremos normativos una interpretación acorde con los criterios tradicionales romanos, en el sentido de que “causa imputable” equivale a culpa.<sup>44</sup>

## Conclusión

A modo de corolario, puede decirse, entonces, que los ordenamientos pertenecientes a la familia del civil law han sido tributarios de un sistema de principios y de reglas en materia de responsabilidad contractual, el cual surgió y maduró durante el curso del derecho romano, fue rescatado luego por los glosadores y recibido más tarde por el *code civil* francés y sus epígonos.

## Referencias

- Arangio Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1968.
- Arangio Ruiz, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1958.
- Betti, E., *La struttura dell'obbligazione romana*, Milán, Giuffrè, 1955.
- Birocchi, Italo y Petronio, Ugo, “Responsabilità contrattuale”, en *Enciclopedia del diritto* (t. XXXIX), Milán, 1961.

43 Aun si, en estos dos ordenamientos, como en todos aquellos que acogieron el modelo de Bello, encontramos la tridivisión de la culpa, que no se halla presente en el code civil.

44 Ver más en Cardilli, Riccardo, “Il ruolo della ‘dottrina’...”, op. cit., pp. 86 y 101; y Cortés, Édgar, op. cit., pp. 92 y ss., 141 y ss.

Bonnecase, J., Tratado elemental de derecho civil (E. Figueroa Alfonzo, trad.), México, Harla, 1995.

Burdese, A., Manuale di diritto privato romano (4.a ed.), Turín, UTET, 1996.

Cannata, C. A., Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano, Catania, Libreria Editrice Torre, 1996.

Cardilli, R., “Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio della ‘responsabilità contrattuale’”, Revista Roma e America. Diritto romano comune 1, Padua, 1996.

Cardilli, R., L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano, Milán, Giuffrè, 1995.

Cortés, É., La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001.

Cortese, E., Il diritto nella storia medievale (t. II), Roma, Il Cigno GG, 1995.

De Robertis, F., Responsabilità contrattuale. Il regime della grande compilazione, en Enciclopedia del diritto, Milán, 1961.

Di Martino, F., Individualismo y derecho privado romano (F. Hinestrosa, trad.), Bogotá, 1991, 2005.

Grosso, G., Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación (F. Hinestrosa, trad.), Bogotá, 1981, 1992.

Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones (t. I), Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002.

Iglesias, J., Derecho romano. Historia e instituciones (10.<sup>a</sup> ed.), Barcelona, Ariel, 1992.

Pothier, R., Traité des obligations, en Oeuvres (I), Bruselas, 1831.

Pugliese, G., Istituzioni di diritto romano, Padua, Piccin, 1986.

Solazzi, S., L’estinzione dell’obbligazione, Nápoles, Jovene, 1931.

# La publicidad registral como finalidad del Registro Inmobiliario

Ariella Adames Rojas\*

Recibido: 1 de octubre de 2021 – Aceptado: 24 de octubre de 2021

## Resumen

La publicidad registral define la finalidad del registro de la propiedad. La misma permite proteger al tercero registral en aplicación del principio de fe pública registral. Sin un sistema organizado de publicidad las negociaciones inmobiliarias no tuvieran la certeza ni la garantía del registro, pues imperaría la clandestinidad al no poder conocerse al legítimo propietario, ni las cargas y gravámenes que pudieran recaer sobre el inmueble. Lo publicado por el registro impactará en la realidad produciendo importantes efectos jurídicos, denominándose este alcance de la publicidad, publicidad material. La publicidad es utilizada desde los tiempos antiguos como una forma de dar a conocer la situación jurídica de los derechos reales inmobiliarios. La intimidad de las personas como valor constitucional es un límite de la publicidad registral.

**Palabras clave:** Publicidad registral, derecho a la intimidad, publicidad formal, publicidad material, fe pública registral.

## Abstract

*Publicity (or disclosure) defines the core purpose of the Registry of Lands. Publicity provides the third party with protections pursuant to the principle of the Registry Public Faith. Without an organized publicity/disclosure system, real estate negotiations would not enjoy of the certainty and guaranty provided by the Registry of Lands, given that secrecy would reign due to the lack of notice as to legitimate ownership, encumbrances and liens affecting real property. That which is published or disclosed by the Registry of Lands impacts the market by producing important legal consequences, this effect is known as material publicity. Publicity/Disclosure has been a tool used since ancient times to make the public aware of the interests or rights affecting real estate. Privacy of people, as a constitutional value, is a limitation to land publicity.*

**Keywords:** Registry publicity/disclosure, privacy rights, formal publicity, material publicity or disclosure, registry public faith.

---

\* Maestría en Derecho Inmobiliario en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), 2017. Especialidad en Derecho Civil (DSU, mención derecho civil) Université Panthéon Assas, Paris 2, Francia, 2014. Licenciada en Derecho, (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), 2009. Correo electrónico: aadamesrojas@yahoo.com

## Introducción

El registro de la propiedad es una creación del Estado como instrumento para asegurar la propiedad inmueble, logra sus objetivos a través de la publicidad registral. La publicidad formal como también se le llama a la publicidad registral es la finalidad del registro de la propiedad. Mediante la publicación de los derechos reales inmobiliarios, así como de las cargas y gravámenes que pudieran afectarles, se otorga seguridad jurídica al comercio inmobiliario, ya que mediante la publicidad se logra potenciar el principio de oponibilidad, de manera tal que sólo afectará al tercero registral lo que conste inscrito. Lo no inscrito no le afectará, eliminando de este modo la clandestinidad de los derechos.

La publicidad registral no es una mera divulgación de datos con fines informativos, sino que es una publicidad jurídica. Lo publicado impactará en la realidad material creando importantes efectos. De este modo, la publicidad producida por el registro se distingue de una publicidad con carácter noticia. Desde los tiempos antiguos existe la publicidad inmobiliaria, procurando dar a conocer la situación de los bienes inmuebles. En pueblos como Babilonia, Grecia, Egipto y Roma se publicaban los derechos inmobiliarios utilizando diversas técnicas y utilizando ciertas solemnidades ante autoridades acreditadas por el pueblo.

El importante principio de la fe pública registral se hace posible a través de la publicidad formal. Sólo es posible proteger al tercero registral que adquiere según registro mediante un sistema de publicidad organizado. De otra manera el tercero registral que adquiere una propiedad no podría enterarse si adquiere del legítimo propietario y si su adquisición está libre de cargas y gravámenes que pudieran comprometer su inversión. Asimismo, no fuera posible garantizar el comercio ni otorgar certeza a las transacciones inmobiliarias. El principio de fe pública registral se erige como la garantía que otorga el registro, mediante la publicidad registral, a los terceros que adquieren en determinadas

condiciones, admitidas en el ordenamiento jurídico, quedando protegidos frente a derechos y cargas y gravámenes ocultos que no pudieron conocer al momento de acceder a las informaciones publicadas. Por el principio de fe pública las negociaciones gozan de la certeza y la garantía del registro.

Abordaremos los modos en que se realiza la publicidad formal en el sistema inmobiliario y registral dominicano. Siendo estos modos: las consultas, los informes y las certificaciones. De igual manera, trataremos sobre la publicidad material que consiste en el impacto o efectos jurídicos que tendrá lo publicado en la realidad.

Finalmente, expondremos la colisión del derecho a la intimidad con el derecho a la información, que provoca la publicidad producida por el registro, toda vez que el registro publica datos personales que pudieran afectar la intimidad.

## I. La publicidad registral como finalidad del registro de la propiedad

La publicidad registral es una figura de primer orden en el Derecho Inmobiliario y registral del concierto de naciones que han organizado el registro de la propiedad inmueble para garantizar las inversiones inmobiliarias. La publicidad formal o registral se opone a la clandestinidad de los derechos<sup>1</sup>. Sin un régimen de publicidad organizado, lo que constituye la publicidad formal, entendida como los medios que emplea el registro de la propiedad para lograr la cognoscibilidad legal de los derechos, no fuera posible la seguridad del comercio inmobiliario. El acreedor se vería sorprendido por cargas y gravámenes ocultos que no pudo conocer, tales como servidumbres<sup>2</sup>, usufructos e hipotecas. De manera que sólo mediante la publicidad formal es posible proteger el crédito.

De igual modo, el comprador necesita la garantía de la titularidad del transmitente. Esta protección al acreedor y al adquirente de un inmueble constituye la finalidad de la publicidad registral, entendida

1 Manzano Solano, Antonio y Del Mar Manzano Fernández, M.a, *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, (Madrid: J. San José, S.A., 2008), p. 45.

2 Álvarez Caperochipi, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª Ed. (Granada: Editorial Comares, 2006), p. 1.

como una técnica<sup>3</sup> cuyo objetivo es erradicar la clandestinidad de los derechos de manera tal que el tráfico jurídico inmobiliario asegure las inversiones. También se pretende “ordenar la propiedad y el crédito en base al registro de la propiedad”<sup>4</sup>.

La denominación de publicidad registral le viene dada porque es una publicidad producida y organizada por el registro, es una publicidad jurídica en contraposición a una publicidad noticia propia de los registros administrativos. Así la publicidad formal o registral tiene un objetivo más allá que la simple divulgación del estado de los derechos inscritos, la misma trasciende el ámbito meramente informativo y tendrá fuertes efectos sobre los terceros.

La publicidad cuyo fin es la simple divulgación o noticia sobre los acontecimientos, se agota a sí misma en la finalidad de divulgar dicha noticia. No obstante, la publicidad registral es una publicidad de carácter jurídico. Procura hacer inexcusable el no conocimiento de la información publicada por el registro de la propiedad, ya que crea *cognoscibilidad*<sup>5</sup> o posibilidad de conocer los derechos inscritos y anotaciones que afectan al inmueble. Y el objetivo de esta publicidad es precisamente lograr la tutela de los derechos del acreedor y del comprador. La publicidad así organizada por el registro ofrece un medio para que todos tengan oportunidad de conocer las informaciones registradas sobre inmuebles, importando no el conocimiento efectivo de dichas informaciones, sino más bien que todo el mundo pueda acceder al contenido del registro, a través de sus vías.

Por esto, se ha afirmado que la publicidad de los registros públicos es una verdadera ficción<sup>6</sup>, lo que no ocurre con otros tipos de publicidad. Al registro imponer una diligencia a cargo de los interesados en acceder al contenido registral, la

publicidad está condicionada por esta diligencia. Los efectos jurídicos que tendrá lo publicitado en la realidad material, se producirán por el hecho de la posibilidad del conocimiento<sup>7</sup>. El Reglamento General de Registros de Títulos indica en el artículo 134 que los modos de hacer la publicidad registral son: las consultas, los informes y las certificaciones.

La publicidad registral inmobiliaria es una publicidad constitutiva. La publicidad se constituye en esencial del título inscribible, forma *dat esse rei*. Esto se explica en el artículo 90 de la Ley Núm. 108-05 de Registro Inmobiliario sobre los efectos del registro cuando afirma que “el registro es constitutivo y convalidante del derecho, carga o gravamen registrado”. En el sistema inmobiliario y registral dominicano el derecho se constituye o nace cuando se realiza la inscripción. Contrario a los sistemas en los cuales la inscripción es declarativa, en estos sistemas el derecho se publica para hacerse oponible erga omnes, produciendo sus efectos antes de llegar al registro. El atributo de constitutiva de la publicidad es propio de los sistemas registrales avanzados.

## II. Reseña histórica de la publicidad registral

La publicidad de los derechos reales inmobiliarios obedece a razones “sociales, jurídicas, jurídico-morales y jurídico-económicas”<sup>8</sup>. Todos deberán conocer y respetar los derechos que figuren inscritos a favor del titular registral. La teoría objetiva de Planiol sostiene que todos los demás diferentes del titular son sujetos pasivos que deberán abstenerse<sup>9</sup> de perturbarlo en la libre disposición, gozo y disfrute de su derecho: “El derecho real, considerado como relación obligatoria universal, no puede nunca imponer más que una simple abstención, a saber, no hacer nada que pueda

3 Manzano Solano, Antonio y Del Mar Manzano Fernández, M.a, Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario, p. 45.

4 *Ibid.*, p. 3.

5 Atilio Cornejo, Américo. Derecho Registral (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001), p. 2.

6 Santaella López, Manuel. Derecho de la Publicidad. (Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2003), p. 41.

7 *Ídem*, p. 44.

8 Santaella López, Manuel. Derecho de la Publicidad, p. 43.

9 Planiol, Marcel, cit. Por Mauricio Rengifo Gardeazábal, 2011, p. 98.

dañar a la persona investida activamente por el derecho...”. Jurídicamente, la publicidad es una técnica registral cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica al tráfico jurídico inmobiliario. Esta publicidad así concebida y organizada por el registro de la propiedad contribuye al desarrollo económico. La publicidad como figura jurídica ha evolucionado desde tiempos remotos.

En la época primitiva, los actos eran sometidos a solemnidades que servían de prueba sobre el dominio o el derecho de propiedad sobre una cosa frente a la comunidad. Luego se exigía el formalismo para proteger a los terceros del fraude. En el derecho romano y germánico el formalismo era un instrumento de publicidad.

En Grecia, los mojones de piedra sobre los terrenos indicaban las tierras con las cuales se debían responder de las deudas que se contraían<sup>10</sup>. A estas piedras se le han llamado piedras hipotecarias. En la Constitución de los Atenenses del año 324 a.C. se señala que los nombres de los compradores se inscribían en tablillas blancas, así como las tierras y las casas. Estas tablillas así escritas las guardaba el esclavo público. Aristóteles en el libro VI de la Política cuenta sobre un registro de contratos y la magistratura, personificada por los registradores, que debían registrar los actos privados, así como las decisiones de los jueces. En Grecia el sistema de inscripción permitía saber fácilmente sobre los bienes y sus cargas y enterarse de la titularidad del vendedor.

En Egipto se grababa un extracto del acto de disposición sobre piedra<sup>11</sup>. Durante la dominación romana en Egipto se llevaba la publicidad en el Catastro en Archivos de carácter público. En la Antigua Roma se utilizaban piedras para delimitar las propiedades y se fijaban edictos en el templo de Diana sobre las transferencias y demás derechos reales inmobiliarios.

A lo largo de la historia se han utilizado diversas técnicas o medios para lograr la publicidad inmobiliaria: En Babilonia, Grecia y Egipto, las inscripciones se hacían sobre piedras, también colocando mojones sobre el terreno. Las inscripciones se podían realizar sobre losas u obeliscos. En Grecia también se publicaban edictos y pregones, también en Asiria. La presencia de testigos o la intervención del magistrado, se llevaba en Atenas y en Roma.

El sistema de publicidad desarrollado por Grecia y Egipto fue de tipo registral, en cambio los romanos no desarrollaron este tipo de publicidad por su concepción quiritaria de la propiedad que conllevaba un rígido sistema de transmisión de los inmuebles ya que había que ser “ciudadano romano, ser libre y ser *sui iuris*. Los modos para adquirir la propiedad quiritaria eran: *la mancipatio*, *la in iure cessio*, *la usucapio*, *la adiudicatio* y *la lex*”<sup>12</sup>. Debía transmitirse la propiedad de manera pública, frente a testigos o ante alguna autoridad judicial<sup>13</sup>. *La mancipatio*, *la in iure cessio* y *la adiudicatio* eran formas solemnes de transmisión de la propiedad.

*La mancipatio*<sup>14</sup>:

En el derecho romano de los tiempos clásicos, *la mancipatio* era una venta ficticia (imaginaria *venditio*) realizada per *aes et libram*, entre el enajenante y el adquirente, ante cinco testigos y el *libripens*. Debían todos ellos ser púberes y disfrutar del *commercium*. salvo que el objeto de la venta fuese un bien inmueble, la cosa objeto de transferencia tenía que estar presente y sobre ella ponía la mano el comprador declarando ser su propietario y golpeando la balanza con una pieza de cobre, que entregaba al vendedor como símbolo de haber pagado el precio. Por la emancipación se adquiría la propiedad, pero no la posesión, que sólo tenía

10 Manzano Solano, Antonio y Del Mar Manzano Fernández, M.a, Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario, p. 51.

11 *Ibid.*, p. 52.

12 Santana Marcano, Miguel Ángel. Compendio de Derecho Romano. (Santo Domingo: Editora Centenario, S.A), p. 83.

13 Manzano Solano, Antonio y Del Mar Manzano Fernández, M.a, Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario, p. 53.

14 Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 28.ª edición, actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. (Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.).

lugar mediante la entrega. El adquirente podía ejercitar la acción reivindicatoria. La *mancipatio* sólo podía recaer sobre las *res mancipii* y no sobre las *res non mancipii*. Se utilizó también ese procedimiento para someter a la *manus* y al *mancipium* a una persona libre. Asimismo, constituyó una forma de testar *per aes et libram*. En la época postclásica, la *mancipatio* perdió toda importancia al ser sustituida por la *traditio*.

La *in iure cessio*<sup>15</sup>:

La *in iure cessio* constituye en el derecho romano un modo de transmitir la propiedad tanto de las cosas mancipables cuanto de las no mancipables. Aunque es imposible constatar sus orígenes, probablemente es una institución muy antigua, quizá anterior a las XII Tablas. Así como Gayo nos presenta la *mancipatio* como una venta imaginaria, la *in iure cessio* no es otra cosa que un litigio imaginario, pues se recurría ficticiamente al procedimiento de una cosa, con la verdadera finalidad de transmitir la misma.

La *usucapio*<sup>16</sup>:

Modo de adquirir el dominio de una cosa por haber pasado el tiempo que las leyes señalan para que pueda reclamarlo su anterior legítimo dueño. Tal noción debe completarse con la actitud activa, si se admite la redundancia, del que prescribe, que ha de poseer durante el lapso pertinente con ánimo de dueño y sin interrupción.

La *adiudicatio*<sup>17</sup>:

En el procedimiento formulario del derecho romano, cláusula por la cual el magistrado concedía poder al *iudex* para que adjudicara la propiedad o la tenencia de una cosa a una de las partes. Era de aplicación excepcional y fue admitida concretamente en la *actio finium regundorum*, en la *actio familiae erciscundae* y en la *actio communi dividundo*.

El otro modo de adquirir la propiedad quirritaria en Roma se refiere a la *lex* que hace alusión a la ley. La ley era lo que el pueblo romano constituía interrogado por un magistrado<sup>18</sup>.

### III. La publicidad registral: Causa de la fe pública registral

En virtud del principio de fe pública registral el tercero que adquiere según lo publicado por el registro de la propiedad será mantenido en su adquisición, si inscribe su derecho, adquiere de legítimo propietario, a título oneroso y de buena fe<sup>19</sup>. Esta protección otorgada al tercero registral identifica a los sistemas registrales eficaces, ya que permite gracias a la publicidad, proteger el tráfico jurídico inmobiliario, a la vez que protege al tercero registral. Si quien adquiere de acuerdo con la información publicada por el registro, no quedase protegido por el sistema, y pudieran afectarle derechos o cargas no inscritas, las negociaciones no fueran seguras y estaríamos ante un sistema deficiente carente de seguridad jurídica.

En derecho comparado la protección al tercero registral ha suscitado el debate de si la misma se hace a costa del verdadero propietario. El debate pone de relieve de si es justo proteger al tercero registral, ignorando al verdadero propietario, que no inscribió su derecho. La cuestión se plantea con las adquisiciones a non domino en el derecho español. Se trata de las adquisiciones de quien no es el propietario en la realidad, aunque conste inscrito su derecho. Lo cierto es que este debate de las adquisiciones de quien no es dueño en la realidad, si bien el registro lo proclama como tal, está superado en España para algunos autores. Se ha afirmado que ha de preferirse la publicidad a la clandestinidad, de manera tal que aquél que inscribe su derecho, merece ser protegido y mantenido en su adquisición porque se comporta

15 Derecho Romano [en línea]. D. Julián Pastor y Alvira. [fecha de consulta 12 de septiembre de 2021]. Disponible en: *In iure cessio: modo de transmitir la propiedad - Derecho Romano*.

16 O. Manuel. *Op.cit.*, p. 1003.

17 *Ibid.*, p. 60.

18 O. Manuel. *Op.cit.*, p. 567.

19 Gómez, Wilson. *Manual de Derecho Inmobiliario Registral* (República Dominicana: Amigo del Hogar, 2014), p. 156.

como verdadero propietario al asumir las “cargas sociales y tributarias”<sup>20</sup> de la propiedad inscrita. Precisamente esta protección al tercero registral sólo es posible mediante la organización de la publicidad formal o registral.

#### IV. Publicidad formal

Por la publicidad formal organizada por el registro todo el mundo tiene la posibilidad de conocer la situación jurídica de los derechos reales inmobiliarios que figuran inscritos en el registro de la propiedad. La definición amplia de publicidad se presenta no sólo como posibilidad de conocer, sino también como los medios de que dispone el registro para hacer dicha publicidad efectiva<sup>21</sup>:

Se entiende por publicidad formal la cognoscibilidad potencial del contenido del registro para todos los que puedan estar interesados en ello y los medios utilizados para convertir en actual dicha posibilidad de conocimiento; Así como los medios habilitados para mostrar e incluso probar fuera del registro el contenido del mismo en un momento determinado.

El artículo 134 del Reglamento General de Registros de Títulos sobre los modos de realizar la publicidad indica que son: las consultas, los informes y las certificaciones. Estos medios se encuentran regulados en el mismo reglamento. El artículo 135 se refiere a la consulta, indicando que se realiza a través de las Salas de Consultas en los registros que dispongan de las mismas. Las Salas de Consultas permiten acceder a todas las informaciones sobre inmuebles registrados, producto de los órganos de la Jurisdicción Inmobiliaria o de los documentos depositados por los usuarios. De manera que se tiene acceso a los títulos formales que sustentan los asientos y amparan los derechos reales inmobiliarios. En doctrina ha sido planteada la cuestión sobre la pertinencia de almacenar los títulos formales o documentos, pues se entiende que el asiento practicado se basta a sí mismo y

el derecho queda configurado en la forma que determina el asiento respectivo.

Sobre los informes, el artículo 136 del Reglamento General de Registros de Títulos afirma que: “El Registro de Títulos, a solicitud escrita y motivada de uno de los órganos de la Jurisdicción Inmobiliaria, podrá emitir informes escritos sobre la titularidad y el estado jurídico de los inmuebles registrados”. Los informes sólo se expiden a solicitud de la Dirección Nacional de Registro de Títulos, la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales y de los Tribunales Superiores de Tierras y de Jurisdicción Original, los mismos acreditarán al propietario del derecho inscrito, así como las cargas y gravámenes del inmueble.

Las certificaciones expedidas por el registro de la propiedad pueden ser las siguientes, de acuerdo con el artículo 138 del Reglamento General de Registros de Títulos: certificaciones del estado jurídico del inmueble, certificaciones de inscripción del inmueble, certificaciones de registro de derechos reales accesorios, certificaciones con reserva de prioridad, certificaciones de registro de acreedores. Este artículo indica que pudiera emitir otras certificaciones.

La certificación del estado jurídico del inmueble acredita la titularidad sobre los derechos inscritos, así como las cargas y gravámenes que pudieran recaer sobre los mismos. La ventaja de la certificación sobre la consulta es que la misma contiene información que aún no pudiera estar publicada y por ende no puede visualizarse en las Salas de Consultas. El Reglamento General de Registros de Títulos indica en el artículo 139:

La certificación del estado jurídico del inmueble es el documento emitido por el Registro de Títulos en el que se acredita su estado jurídico y la vigencia del duplicado del certificado de título, haciendo constar los asientos vigentes consignados en su registro complementario, al día de su emisión. Esta certificación se expedirá de conformidad a lo establecido en el artículo 104 de la Ley de Registro Inmobiliario.

20 O. José Antonio. Op. Cit., p. 255.

21 Díez-Picazo, Luis, cit. Por Eduardo Caicedo Escobar, 1997, p. 260.

La Ley Núm. 108-05 de Registro Inmobiliario en el artículo 104 sobre las certificaciones señala que: “El estado jurídico de un inmueble se acredita por las certificaciones que emite el Registrador de Títulos. Sólo pueden expedirse certificaciones a solicitud del propietario o los propietarios del inmueble y a solicitud de jueces, abogado del estado, representantes del Ministerio Público y de titulares y beneficiarios de derechos reales accesorios, cargas, gravámenes y medidas provisionales”. Este artículo, como puede verse, restringe la emisión de la certificación del estado jurídico a las personas indicadas.

El artículo 105 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario indica con relación a la certificación con reserva de prioridad, que permite garantizar un negocio asegurando la inmutabilidad del estado jurídico. Esta certificación crea un bloqueo registral sobre el inmueble sobre el cual no podrá inscribirse ningún tipo de anotación, afectando la causa que le dio origen a la certificación, por un plazo de 15 días. La Ley de Registro Inmobiliario sobre esta certificación indica:

Artículo 105: “A fin de garantizar un negocio jurídico sobre un inmueble registrado, el o los propietarios, los jueces, el abogado del estado, el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones y todo poseedor de un derecho susceptible de ser registrado, pueden solicitar una certificación del estado jurídico con reserva de prioridad. Dicha certificación tiene una vigencia no mayor de quince (15) días. Párrafo I.- Emitida la certificación y mientras esté vigente la misma, el estado jurídico informado no podrá ser modificado por una causa diferente a la que dio origen a la reserva de prioridad. Párrafo II.- La solicitud de certificación debe indicar la operación a realizar y el bloqueo registral sólo protege dicho negocio. Párrafo III.- Vencido el plazo de vigencia de la certificación, sin que se hubiese inscrito la operación para la que fue solicitada, se procede a la inscripción o anotación de todos los derechos, cargas y

gravámenes que hubiesen sido bloqueados por ésta, en el mismo orden de prioridad en que ingresaron a la Oficina de Registro de Títulos. Párrafo IV.- La vigencia de la certificación no impide la inscripción con carácter provisorio de derechos, cargas y gravámenes, las que caducan o se convierten en definitivas, según corresponda, al final del plazo de la vigencia de la misma. Párrafo V.- Todas las precisiones con relación a estas certificaciones, están establecidas por la vía reglamentaria”.

Sobre las demás certificaciones el Reglamento General de Registros de Títulos señala en el artículo 140, sobre la certificación de inscripción del inmueble que es “el documento emitido por el Registro de Títulos en el que se acredita la inscripción del mismo, al día de su emisión”. El artículo 141 del mismo reglamento, sobre la certificación de registro de derechos reales accesorios indica que: “es la constancia documental de haberse inscrito un derecho real accesorio, cargas, gravámenes y medidas provisionales en el Registro de Títulos a favor del titular o beneficiario del mismo”. El artículo 142 indica que: “la certificación de registro de acreedores es el documento emitido por el Registro de Títulos en el que se acredita el derecho real accesorio, cargas y gravámenes. Sólo puede ser requerida por el propietario del inmueble, así como por el titular o beneficiario del derecho inscrito”.

## V. Publicidad material

La publicidad material se contrapone a la publicidad formal. Se trata del impacto o efectos de la oponibilidad<sup>22</sup> de los derechos en la realidad. A la publicidad material también se le llama sustantiva. Esta sustantividad tiene que ver con los registros de carácter jurídico, de los cuales el registro de la propiedad es una categoría. Los efectos de la publicidad material se oponen no sólo a los terceros sino a los mismos otorgantes del acto. Entre los efectos que causará lo publicado se encuentran: la prioridad sustantiva, la oponibilidad, la fe pública y la legitimidad o legitimación. Estos efectos de la

22 Apuntes Sobre Publicidad Registral (especialmente sobre el acceso a la publicidad) [en línea]. Ahumada Daniel, E. [fecha de consulta 30 de septiembre de 2021]. Disponible en: RNCba-75-1998-04-Doctrina.pdf (escribanos.org.ar).

publicidad material enmarcan los fines jurídicos de la publicidad, siendo por la fe pública registral que se protege el tráfico jurídico inmobiliario.

La prioridad sustantiva tiene que ver con la exclusión de los actos que llegaron tarde al registro, frente a uno que ingresó primero en el tiempo y que le es compatible, la oponibilidad, es un efecto relativo a que al tercero registral sólo le afecta lo que figura inscrito, lo no inscrito le es inoponible cuando adquiere en las condiciones que exige la doctrina y la jurisprudencia, la fe pública protege al titular inscrito frente a la evicción, siendo un pilar de los sistemas eficaces y el efecto de la legitimación registral asegura la veracidad y exactitud de lo proclamado por el registro como verdad oficial.

## VI. El derecho a la intimidad como límite de la publicidad registral

El derecho a la información contemplado en la Constitución en el artículo 49.1 establece que: “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”. No obstante, este derecho no es absoluto. El derecho a la información colide con el derecho a la intimidad que también es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República: “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”. “La realización de un derecho fundamental muchas veces implica afectar la realización de otro derecho”<sup>23</sup>. El registro posee datos personales, como el estado civil, la ocupación y la capacidad, así como publica el patrimonio de una persona, que desvelan la esfera privada, toda vez que los datos patrimoniales están considerados como datos personales<sup>24</sup>. De ahí la necesidad de la exigencia de un interés legítimo para acceder a las informaciones registrales, toda vez que los datos

publicados pudieran recibir un tratamiento distinto a la finalidad del registro cual es la protección del tráfico jurídico inmobiliario, para fines delictivos. La protección del tráfico jurídico inmobiliario no debe hacerse a costa del derecho a la intimidad. El registrador deberá evaluar el interés de quien solicita información al registro.

El artículo 104 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario sobre las certificaciones indica que sólo se expedirán certificaciones sobre el estado jurídico de un inmueble “a solicitud del propietario o los propietarios del inmueble y a solicitud de jueces, abogado del estado, representantes del Ministerio Público y de titulares y beneficiarios de derechos reales accesorios, cargas, gravámenes y medidas provisionales”. Este artículo sobre la expedición de las certificaciones pone un límite al artículo 103 de la Ley de Registro Inmobiliario que indica que “la información contenida en los Registros de Títulos es de acceso público para todo aquel interesado en conocer el estado jurídico de un inmueble”. Si bien la ley ni el Reglamento General de Registros de Títulos no exigen un interés legítimo para obtener una certificación del estado jurídico de un inmueble, al menos la Ley de Registro Inmobiliario lo presume en ciertas personas que la misma ley indica: “(...) propietario o los propietarios del inmueble y a solicitud de jueces, abogado del estado, representantes del Ministerio Público y de titulares y beneficiarios de derechos reales accesorios, cargas, gravámenes y medidas provisionales”. No obstante, en la práctica cualquier persona no categorizada en el artículo 104 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario puede obtener una certificación del estado jurídico del inmueble.

El interés legítimo sólo se exige, en virtud del artículo 135 del Reglamento General de Registros de Títulos, para la expedición de copias impresas de certificados de títulos o de constancias anotadas. Su expedición está limitada a los titulares de los derechos consignados en estos documentos. La

23 Jorge Prats, Eduardo. *Derecho Constitucional*, vol. II. (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 92.

24 Conflictos entre protección de datos y publicidad registral [en línea]. D. Javier Manrique Plaza [fecha de consulta 29 de septiembre 2021]. Disponible en: 047-09-JAVIER\_MANRIQUE\_PLAZA-leer 3.pdf

idea subyacente en la exigencia del interés legítimo también llamado justificado, conocido o lícito es que el registrador a través de una ponderación de los motivos que fundamentan una solicitud de información niegue tal información cuando no pueda fundamentarse en un interés legítimo. Tiene interés legítimo para acceder a las informaciones registrales el comprador, acreedor, el mismo propietario inscrito o la autoridad que actúe debido a su cargo.

## Conclusión

La publicidad registral es una garantía para el comercio inmobiliario y como tal se lleva a cabo a través de consultas, informes y certificaciones. Se constituye como la causa del principio de fe pública registral. Sólo mediante la fe pública quien adquiere según registro quedará protegido por el sistema ante posibles perturbaciones de su derecho. La protección brindada al tercero registral es la única manera de garantizar las inversiones basadas en bienes inmuebles. De otro modo, no se tuviera certeza sobre la titularidad de los derechos ni sobre las cargas y gravámenes que pudieran afectarles. Esta publicidad responde a las características de los bienes inmuebles que, por su naturaleza fija, la mayoría de las veces son de fácil identificación y por su importancia económica necesitan de un régimen que los haga cognoscibles erga omnes.

La colisión de derechos fundamentales relativos a la intimidad y a la información debe armonizarse mediante la exigencia de un interés legítimo, en ocasión de las solicitudes de certificación del estado jurídico de un inmueble, tal como exige el artículo 104 de la Ley núm. 108-05 de Registro Inmobiliario. Si bien este artículo no se refiere a tal interés de manera expresa, indica las personas que pueden solicitar este tipo de certificación. Esta exigencia de un interés legítimo se justifica porque el registro desvela datos personales que afectan a la intimidad, pudiendo estos datos recibir un tratamiento con fines delictivos.

## Referencias

Atilio Cornejo, A. (2001). Derecho registral. Buenos Aires: Editorial Astrea

Álvarez Caperochipi, J. A. (2006). Derecho inmobiliario registral. (2.<sup>a</sup> ed.). Granada: Editorial Comares

Ahumada Daniel, E. Apuntes Sobre Publicidad Registral (especialmente sobre el acceso a la publicidad) [en línea]. [fecha de consulta 30 de septiembre de 2021]. Disponible en: RNCba-75-1998-04-Doctrina.pdf (escribanos.org.ar)

Caicedo Escobar, E. (1997). Derecho inmobiliario registral: registro de la propiedad y seguridad jurídica. Bogotá: Editorial Temis

D. Julián Pastor y Alvira. Derecho Romano [en línea]. [fecha de consulta 12 septiembre 2021] Disponible en: In iure cessio: modo de transmitir la propiedad - Derecho Romano

D. Javier Manrique Plaza. Conflictos entre protección de datos y publicidad registral [en línea]. [fecha de consulta 29 de septiembre 2021]. Disponible en: 047-09-JAVIER\_MANRIQUE\_PLAZA-leer 3.pdf

Gómez, W. (2014). Manual de derecho inmobiliario registral. Santo Domingo: Amigo del Hogar

Jorge Prats, E. (2012). Derecho Constitucional, vol. II. Santo Domingo: lus Novum

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

Ossorio, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (28.<sup>a</sup> ed). Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L

Rengifo Gardeazábal, M. (2011). Teoría General de la Propiedad. Bogotá: Editorial Temis, S.A.

Santaella López, M. (2003). Derecho de la Publicidad. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

Santana Marcano, M.A. Compendio de Derecho Romano. Santo Domingo: Editora Centenario, S.A.

# Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico dominicano

Roberto Medina Reyes\*

Recibido: 28 de junio de 2021 – Aceptado: 3 de septiembre de 2021

## Resumen

La libertad de expresión e información constituye la esencia del debate público, pues asegura la formación de la opinión pública mediante el libre intercambio de las ideas. Esta libertad posee dos dimensiones: por un lado, (a) el derecho de las personas de expresar y difundir pensamientos, ideas e informaciones (dimensión individual); y, por otro lado, (b) el derecho de recibir y conocer las informaciones difundidas por los demás (dimensión colectiva). La libertad de expresión e información no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio se encuentra condicionado al respeto de otros bienes y derechos constitucionales. En este trabajo se analizan los bienes en conflicto con este derecho fundamental y las pautas que orientan la concreción de sus límites en el ordenamiento jurídico dominicano.

**Palabras clave:** Libertad de expresión e información. Discursos de odio. Discursos negacionistas. Expresiones vejatorias y difamatorias. Censura previa.

## Abstract

*Freedom of speech is the essence of public debate, as it ensures the formation of public opinion through the free exchange of ideas. This freedom has two dimensions: on one hand, (a) the right of people to express and spread thoughts, ideas and information (individual dimension); and, on the other hand, (b) the right to receive and know the information spread by others (collective dimension). Freedom of speech is not an absolute right, conversely its exercise is conditioned on respect for other goods and constitutional rights. This paper examines the rights in conflict with the freedom of speech and the guidelines that guide the realization of their limits in the Dominican Republic.*

**Keywords:** *Freedom of speech. Denial and hate speech. Abandoning and defamatory expression. Pre-censorship.*

---

\* Licenciado en Derecho, cum laude, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUMM). Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), en Derecho Administrativo y en Derecho de la Regulación Económica en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Castilla-la Mancha. Profesor de Derecho Administrativo y de Técnicas de Investigación Jurídica en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

## Introducción

Tras finalizar el período de entreguerras y con la derrota de las dictaduras fascistas se consolida en los ordenamientos jurídicos el ideal del constitucionalismo político que procura, por un lado, la separación y limitación del poder político y, por otro lado, la protección efectiva de los derechos fundamentales. Es decir que la idea detrás de este modelo es asegurar el desarrollo del sistema democrático a través de la protección de un conjunto de derechos de carácter liberal, democrático y social que constituyen precondiciones esenciales de la democracia.

De lo anterior se infiere que los dos elementos esenciales de una democracia constitucional son: (a) la idea de una constitución rígida dotada de supremacía y de una esfera inmodificable; y, (b) el método democrático integrado por un conjunto de reglas universales para la adopción de decisiones colectivas consensuadas<sup>1</sup>.

De ahí que, a juicio de Salazar, este modelo sólo existe cuando se materializan, entre otros, los siguientes aspectos: “(a) un verdadero sufragio universal; (b) el reconocimiento de derechos -de carácter liberal, democrático y social- como derechos fundamentales; y, (c) la plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleve la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad”<sup>2</sup>.

El modelo de democracia constitucional comprende los pensamientos ideológicos de las tres fases o etapas históricas de la evaluación del constitucionalismo, las cuales generaron la incorporación en los textos constitucionales de un conjunto de derechos fundamentales provenientes de tradiciones ideológicas diferentes<sup>3</sup>. Estos derechos, si bien pertenecen a categorías teóricas distintas, poseen la misma naturaleza y característica en un modelo de democracia constitucional, de modo que el Estado tiene la responsabilidad de lograr sin distinción que los mismos desplieguen plenamente su eficacia.

Así lo dispone el artículo 8 de la Constitución dominicana, al reconocer que “es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de las personas, 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”.

Es decir que el Estado, por mandato constitucional, se organiza y actúa para la protección de los derechos fundamentales, de modo que debe adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su efectividad tanto frente a los órganos que ejercen potestades públicas como de los particulares<sup>4</sup>.

1 Para Norberto Bobbio, estas reglas son: “(a) todos los ciudadanos mayores de edad, sin distinción de raza, de religión, de condición económica o de sexo, deben disfrutar de los derechos políticos; (b) el voto de los ciudadanos debe tener el mismo peso; (c) todos aquellos que disfrutaban de los derechos políticos deben ser libres de poder votar según la propia opinión formada lo más libremente que sea posible; (d) tienen que ser libres también en el sentido de que deben encontrarse en condiciones de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas distintos y alternativos; (e) debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere elegido el candidato o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos; y, (f) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en particular el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones” (Norberto Bobbio. *Teoría generale della política* [Turín: Eneudi, 1999], p. 381). En otras palabras, estas reglas universales son el sufragio universal, la igualdad democrática, el pluralismo político, la regla de la mayoría y los mecanismos de representación política de la minoría.

2 Pedro Salazar. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* (UNAM: México, 2006), p. 181.

3 En este punto, es necesario aclarar que las categorías teóricas de los derechos fundamentales responden a las mutaciones históricas del Estado. Por ejemplo, a mediados del siglo XVIII y tras el surgimiento del liberalismo individualista, se instauró el llamado Estado liberal o gendarme, el cual tenía como única función garantizar el orden público y la seguridad de las personas en sus relaciones económicas y sociales. Es decir que el Estado no intervenía en los resultados del intercambio de las voluntades privadas, sino que se limitaba a asegurar el respeto de las libertades individuales. En este modelo surgen los llamados “derechos de libertad”, tales como el derecho de propiedad, la libertad de pensamiento, la libertad de circulación, entre otros. A lo largo del siglo XIX, y fruto de las grandes desigualdades sociales generadas en el Estado liberal, los pensadores del liberalismo social exigieron un rol más activo del Estado con el objetivo de garantizar la denominada “cuestión obrera” o “cuestión social”. En síntesis, “la cuestión social” procuraba la intervención del Estado en los intereses individuales, a fin de lograr una mayor equidad social. Así pues, surgen los “derechos sociales” o de prestación, transformándose el Estado en el principal prestador de servicios a los ciudadanos: educación, sanidad, protección social, entre otros. Durante esta mutación del Estado liberal a un Estado social, se produce la ampliación de los colegios electorales con el reconocimiento del sufragio universal y se proclaman los denominados “derechos democráticos”, los cuales estatuyen garantías de democracia representativa como la existencia de los partidos políticos y reconocen derechos tales como, el derecho de elegir y ser elegido.

4 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados se justifica en base a su efecto horizontal. Para el Tribunal Constitucional, los

Lo anterior, como bien explica Medina Guerrero, permite evidenciar la doble dimensión de los derechos fundamentales. Por un lado, “en su dimensión objetiva, los derechos imponen al legislador el mandato de garantizar su vigencia” y, por otro lado, “en su dimensión subjetiva, prohíben al legislador autorizar injerencia alguna en el ámbito por ello acotado, a menos que de la Constitución pueda dependerse lo contrario”<sup>5</sup>. Es por esta razón que el constituyente, al tiempo de consagrar que la ley debe cuidarse de respetar “su contenido esencial y el principio de razonabilidad”<sup>6</sup>, lo que implica la vinculación negativa del legislador, también establece que los poderes públicos están vinculados positivamente a los derechos fundamentales y, por tanto, “deben garantizar su efectividad”<sup>7</sup>. Esto, sin duda alguna, permite conceptualizar los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos de las personas, sino también como elementos primordiales de un orden objetivo “de libertad individual y de justicia social”<sup>8</sup>, tal y como lo exige la parte *in fine* del citado artículo 8 de la Constitución dominicana.

En otras palabras, los derechos fundamentales son, por un lado, derechos públicos subjetivos de rango constitucional y, por otro lado, un orden objetivo de valores que se concretizan en principios constitucionales cuyo contenido se irradia en todo

el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. De ahí que los derechos fundamentales no sólo son derechos individuales que imponen reglas precisas en beneficio de su titular, sino que además constituyen elementos estructurales de un orden de libertad individual y de justicia social, entendiéndose la justicia como la distribución imparcial y equitativa de los beneficios y las cargas de cooperación social<sup>10</sup>.

Así lo explica el Tribunal Constitucional español, al establecer que “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica política”<sup>11</sup>.

En ese orden de ideas, continúa ese tribunal señalando que los derechos fundamentales pueden conceptualizarse como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”<sup>12</sup>.

Esta doble dimensión de los derechos fundamentales hace inevitable su conflictividad, pues obliga al Estado a garantizar su plena eficacia, adoptando

---

derechos fundamentales aplican también “a las relaciones inter privados, pues el que las asociaciones sean personas jurídicas de Derecho privado no quiere decir que no estén sujetos a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlos” (TC, Sentencia No. TC/0002/15 de fecha 28 de enero de 2015).

5 Manuel Medina Guerrero. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales (Madrid: McGraw Hill, 1997), p. 8.

6 Ver artículo 74.2 de la Constitución dominicana.

7 Ver artículo 68 de la Constitución dominicana.

8 La dimensión objetivo de los derechos fundamentales se consolida a partir del caso Lüth del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Para este tribunal, “los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa al ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivos, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho” (TCFA, Sentencia BverFGE 7 de fecha 15 de enero de 1985).

9 Alexy explica esta doble dimensión de los derechos fundamentales al analizar la dignidad humana. Para este autor, el derecho a la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Alemania está estructurado como una regla y como un principio. A saber: “El carácter de regla de la norma de la dignidad de la persona se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si procede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no. Sin embargo, en vista de la vaguedad de la norma de la dignidad de la persona, existe un amplio espectro de respuesta posibles a esta pregunta. (...) Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla a la dignidad de la persona” (Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales [Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001], p. 108).

10 Para profundizar sobre esta idea de justicia social, ver: John Rawls. Teoría de la justicia (Harvard University Press: Estados Unidos).

11 TCE, Sentencia No. 53/1985 de fecha 11 de abril de 1985.

12 TCE, Sentencia No. 25/1981 de fecha 14 de julio de 1981.

un abanico de obligaciones exigibles que van desde obligaciones negativas de «respeto», obligaciones positivas de «promoción» y «satisfacción» hasta obligaciones de «protección»<sup>13</sup>, sin establecer claras y definitivas relaciones de prioridad entre los mismos. En otras palabras, dado que los derechos fundamentales constituyen elementos estructurales de un orden jurídico-político, el constituyente no establece distinción entre sus diferentes categorías ni en cuanto a su importancia ni en cuanto a su nivel de protección, de modo que el Estado debe asegurar su efectividad sin que exista un orden de prelación entre los derechos reconocidos.

Es justamente por lo anterior que el constituyente reconoce que “en caso de conflicto entre derechos fundamentales, -el Estado debe procurar armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución”<sup>14</sup>. De ahí que se admite expresamente la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales y además se establece el método para resolver estas antinomias.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, “según las peculiaridades de cada caso y sobre el supuesto de los que se verifique y pruebe en el proceso, el juez ha de evaluar la real existencia de la colisión, buscando, en principio, hacer compatibles todos los derechos en juego. Si la compatibilidad no puede alcanzarse, debe prevalecer el derecho más próximo a la dignidad del ser humano, según lo ha expuesto la jurisprudencia, procurando, desde luego, que el derecho no preponderante resulte afectado únicamente en la medida necesaria para no sacrificar el prevaleciente”<sup>15</sup>. Así pues, “como intérprete supremo de la Constitución”, éste tiene, en virtud del artículo 74.4, “la obligación de

armonizar derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados”<sup>16</sup>.

Llegados a este punto, es necesario reconocer que los conflictos entre los derechos fundamentales son frecuentes y pueden darse tanto entre los derechos de una misma categoría (conflictos *intra-rights*) como entre los derechos de diversas categorías teóricas (conflictos *inter-rights*). Para Giorgi Pino, los posibles conflictos que pueden suscitarse son: (a) entre derechos primarios de libertad, los cuales pueden presentarse como: (a.1) inmunidad de lesiones o injerencias (por ejemplo, los derechos constitutivos de personalidad [los derechos a la vida, a la integridad física, a la seguridad física, al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la libertad ideológica y la libertad religiosa]); y, (a.2) facultades de comportamientos igualmente inmunes a interferencias (por ejemplo, las libertades económicas y de comunicación física, intelectual y social [las libertades de empresa, de tránsito, de asociación, de reunión y de expresión e información]); (b) entre derechos sociales o prestacionales (por ejemplo, los derechos a la vivienda, a la seguridad social, a la salud, al trabajo, a la educación, así como los derechos culturales y deportivos, del consumidor, de la familia y de las personas en situación de dependencia); y, (c) entre los derechos de autonomía<sup>17</sup>.

Para reducir estos conflictos, el constituyente limita el ámbito de ejercicio de determinados derechos o libertades (límites directos) y además autoriza al legislador a compatibilizar su ejercicio con fines colectivos o valores fundamentales del ordenamiento jurídico (límites indirectos), siempre

13 Este esquema de «niveles» de obligaciones estatales es propuesto por Fried Van Hoof. Tal y como explican Abramovich y Courtis, la propuesta de Hoof incluye cuatro «niveles» de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar o de satisfacción y obligaciones de promover el derecho en cuestión (Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles* [Madrid: Editora Trotta], p. 29).

14 Ver artículo 74.4 de la Constitución dominicana.

15 TC, Sentencias Nos. TC/0011/12 de fecha 3 de mayo de 2012; TC/0109/13 de fecha 4 de julio de 2013; y, TC/0167/13 de fecha 17 de septiembre de 2013.

16 TC, Sentencia No. TC/0042/12 de fecha 21 de octubre de 2012.

17 Giorgi Pino, “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”. En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 32 (Universidad de Alicante: España, 2009), p. 657-659.

que respete su contenido esencial y el principio de razonabilidad<sup>18</sup>. Esta actuación de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales se justifica en la idea de que su titular “no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada del Estado”<sup>19</sup>.

Los límites a los derechos fundamentales pueden ser internos o externos. Los primeros provienen de la conceptualización del contenido de los derechos, es decir, de su “interior”<sup>20</sup>. En cambio, los segundos son restricciones que se determinan con la existencia de otros derechos fundamentales de una misma categoría o de categorías teóricas distintas que se encontrarían en conflictos con el derecho fundamental limitado.

En este trabajo abordaré los límites al derecho a la libertad de expresión<sup>21</sup>. Para esto, analizaré, en primer lugar, el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión e información, el cual se concretiza, por un lado, en el derecho de las personas de buscar, expresar y difundir pensamientos e ideas (libertad de expresión) y, por otro lado, en el derecho de recibir y conocer las informaciones difundidas por los demás (libertad de información). Para el Tribunal Constitucional dominicano, estas dimensiones se encuentran estrechamente vinculadas porque “una persona desinformada no tiene la posibilidad de expresarse con eficacia y libertad”<sup>22</sup>.

Una vez delimitado el contenido de este derecho, en segundo lugar, determinaré cuáles son los límites

al derecho a la libertad de expresión e información. Aquí, es importante advertir que partiré de la idea, sin adentrarme a analizar la discusión sobre las teorías externa e interna<sup>23</sup>, de que todos los límites a la libertad de expresión, independientemente de si son directos o indirectos, son externos. Esto debido a que, como bien explica Velasco Caballero:

“(…) el más intrínseco de los límites de un derecho subjetivo siempre tiene un origen externo: sólo tiene sentido hablar de límites (incluso intrínsecos) de un derecho cuando el poder jurídico reconocido al individuo ha de hacerse valer en un ámbito social, donde se proclaman y garantizan, también, derechos de otros y bienes jurídicos colectivos. Los derechos de libertad no admiten conceptualmente más límites que los derivados de la vida social. El límite intrínseco es, seguramente, incompatible con el propio concepto de libertad (...). Por mera utilización del lenguaje normativo pasamos de límites inmanentes a límites intrínsecos”<sup>24</sup>.

## 1. La libertad de expresión e información.

El derecho a la libertad de expresión e información se sustenta en el principio general de libertad, el cual constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico<sup>25</sup>. En efecto, las personas son libres de expresar opiniones e ideas, así como también de recibir y conocer las informaciones difundidas por los demás, sin injerencias de terceros. Se trata, a juicio del Tribunal Constitucional español, “de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos -y los particulares-”<sup>26</sup>.

18 Ver artículo 74.2 de la Constitución dominicana.

19 Joaquín Brage Camazano. *Los límites a los derechos fundamentales* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 36.

20 Juan Cianciardo. *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo* (México: Universidad Autónoma de México, 2020), p. 70.

21 En este trabajo utilizaremos la expresión «límites al derecho a la libertad de expresión» para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto a derecho subjetivo, constituye el contenido del derecho a la libertad de expresión e información.

22 TC, Sentencia No. TC/0123/14 de fecha 16 de junio de 2014.

23 Para profundizar sobre esta discusión, ver: Juan Cianciardo. *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo* (México: Universidad Autónoma de México, 2020).

24 Bacigalupo Saggese y Velasco Caballero, “Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de ley”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 85 (España: Civitas, 1995), p. 125.

25 Ver preámbulo de la Constitución dominicana.

26 TCE, Sentencia No. 62/1982 de fecha 15 de octubre de 1982.

De lo anterior se infiere que la libertad de expresión e información posee una doble dimensión: por un lado, (a) reconoce el derecho de las personas de expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, en ausencia de trabas e impedimentos por parte de terceros (dimensión individual); y, por otro lado, (b) reconoce el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (dimensión social).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La primera dimensión de la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En ese sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia”<sup>27</sup>.

La dimensión individual de la libertad de expresión e información comprende, por un lado, el derecho de expresar pensamientos, ideas y opiniones y, por otro lado, el derecho de comunicar libremente informaciones. Para el Tribunal Constitucional

español, la diferencia entre estas dos prerrogativas radica en que la primera es un concepto amplio dentro del cual se incluyen también las creencias y los juicios de valor. En cambio, el derecho a comunicar información versa exclusivamente “sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables”<sup>28</sup>.

Aquí, es importante advertir que en la práctica separar la expresión de pensamientos, ideas u opiniones de la estricta comunicación informativa no es una tarea sencilla. Y es que, tal y como explica el Tribunal Constitucional español, “la expresión de pensamiento necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos o de noticias y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión”<sup>29</sup>. Es por esta razón que para poder diferenciar ambas prerrogativas es necesario identificar “el elemento que en ellos aparece preponderante”<sup>30</sup>.

Ahora bien, ¿cómo identificar ese criterio preponderante? Continúa el Tribunal Constitucional español explicando que “se trata de averiguar si -desde un punto de vista lógico y con una perspectiva general de la noticia en sí y en su entorno- la información se transmite como excusa para una finalidad puramente valorativa o si, por el contrario, las valoraciones se incluyen para facilitar la transmisión y la comprensión de los hechos noticiables. Es una cuestión de la intención del autor. Cuando se busque transmitir un juicio de valor sustentado en los hechos lo preponderante será la opinión y podrá ser ejercicio, exclusivamente, de la libertad de expresión. Cuando se busque transmitir información acerca de unos hechos, pero se realiza de manera valorativa, será campo de la libertad de información”<sup>31</sup>.

27 Corte IDH, Sentencia No. 73 de fecha 5 de febrero de 2001. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 95 y siguientes.

28 TCE, Sentencia No. 6/1988 de fecha 21 de enero de 1988.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

La importancia de diferenciar estas prerrogativas recae justamente en los límites impuestos a estas libertades, los cuales abordaré con detalle en la próxima sección. El derecho a la comunicación informativa, a diferencia de la difusión de los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, debido a su naturaleza abstracta, está sometido a un análisis de veracidad. Este análisis impone un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede exigir que la información transmitida sea el resultado de un previo contraste con datos objetivos, siendo responsable de la comunicación de informaciones falsas<sup>32</sup>.

En cualquiera de los dos supuestos, ya sea para difundir pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor o, en cambio, para transmitir informaciones noticiosas, las personas tienen el derecho de utilizar cualquier medio de comunicación que considere apropiado para llegar al mayor número de destinatarios. De ahí que, dentro del derecho a la libertad de expresión e información, se encuentra la prerrogativa de utilizar los medios de comunicación existentes, ya sean los medios tradicionales o las redes sociales, para la divulgación de los mensajes<sup>33</sup>.

La dimensión social está directamente vinculada con la concepción del derecho a la libertad de expresión e información como un elemento esencial del debate público. Las personas tienen derecho de acceder a los pensamientos, ideas, opiniones e informaciones difundidos por los demás, con el objetivo de poder formar sus convicciones,

ponderando opiniones divergentes e incluso contradictorias, y participar de forma efectiva y libre en las discusiones públicas.

El derecho a recibir información obliga a los poderes públicos, por un lado, a facilitar el acceso a las informaciones acerca de su funcionamiento y sus decisiones (el derecho al libre acceso a la información pública)<sup>34</sup> y, por otro lado, a fomentar la diversidad informativa a través de incentivos para la creación, mantenimiento, diversificación y apertura interna de los medios de comunicación. En otras palabras, el Estado está obligado a adoptar medidas regulatorias que “mantengan la pluralidad de medios de comunicación y el pluralismo interno de los medios”<sup>35</sup>.

Estas dimensiones forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión e información y deben ser garantizadas de forma simultánea por el Estado para dar efectividad total a este derecho fundamental. Y es que, tal y como ha juzgado el Tribunal Constitucional español, “para que el ciudadano pueda firmar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”<sup>36</sup>.

En síntesis, la libertad de expresión e información, como un derecho subjetivo de las personas, incluye entre sus manifestaciones típicas: (a) el derecho de expresar pensamientos, ideas y opiniones, lo cual abarca, por un lado, (a.1) la libre difusión de

32 Para la Corte Suprema de los Estados Unidos, las personas tienen el derecho de ser indemnizados por afirmaciones que un medio de comunicación realiza sobre su conducta, cuando prueba, con claridad convincente, que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención (“actual malice”), con pleno convencimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia (“reckless disregard”) sobre su veracidad (ver: Caso New York Times v. Sullivan, 403 U.S. 713).

33 Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente” (Corte IDH, Sentencia No. 73 de fecha 5 de febrero de 2001. Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 95 y siguientes).

34 El derecho al libre acceso a la información pública es fundamental para la consolidación de un Estado democrático, pues permite que las personas puedan conocer y controlar las actividades administrativas. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar que “el derecho de acceso a la información pública tiene una gran relevancia para el fortalecimiento de la democracia, ya que su ejercicio garantiza la transparencia y permite a los ciudadanos controlar y fiscalizar el comportamiento de los poderes públicos” (TC/0042/12 de fecha 21 de septiembre de 2012). Continúa ese tribunal señalando que este derecho “es fundamental y, a su vez, una derivación del derecho que tiene todo individuo a la libertad de opinión y expresión, en la medida que una persona desinformada no tiene la posibilidad de expresarse con eficacia y libertad. Ciertamente, la carencia de información coloca al individuo en la imposibilidad de defender sus derechos fundamentales y de cumplir con los deberes fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado dominicano es parte” (TC/0013/18 de fecha 18 de enero de 2018).

35 Eduardo Jorge Prats. Derecho Constitucional, Vol. II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012), p. 191.

36 TCE, Sentencia No. 158/1986 de fecha 11 de diciembre de 1986.

las creencias y de los juicios valorativos y, por otro lado, (a.2) el derecho de utilizar los medios de comunicación existentes para la divulgación de los mensajes; (b) el derecho de transmitir información, que comprende el derecho a la creación de medios de comunicación en igualdad de condiciones y sin trabas e impedimentos injustificados por parte del Estado; y, (c) el derecho a recibir información, el cual constituye una prerrogativa esencial para la formación de una opinión pública libre.

Estas prerrogativas corresponden a todas las personas que pretendan difundir sus ideas, pensamientos, opiniones e informaciones. Ahora bien, es importante resaltar que los medios de comunicación institucionalizados, en su condición de “intermediarios naturales entre la noticia y las personas”<sup>37</sup>, tienen una posición especial en el ejercicio del derecho a la información. Y es que, el constituyente reconoce que éstos “tienen libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas de interés público”<sup>38</sup>, de modo que se benefician de una especial valoración para la transmisión de las informaciones públicas y privadas de interés general.

Aclarado lo anterior, es oportuno indicar que la libertad de expresión e información no es sólo un derecho fundamental de la persona, sino que además se articula como un elemento estructural de un sistema de democracia representativa. Así lo dispone el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en fecha 11 de septiembre de 2001, al reconocer que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

En otras palabras, la libertad de expresión e información es una garantía del pluralismo político, el cual constituye uno de los elementos esenciales de un Estado democrático. Por pluralismo político se debe entender a la disparidad de opiniones, propósitos y propuestas, incluida la facultad de disentir y oponerse en los diferentes espacios deliberativos<sup>39</sup>. Este principio garantiza los valores primordiales de una democracia representativa (la libertad y la igualdad), pues fomenta el libre intercambio de ideas, pensamientos y opiniones, en igualdad de condiciones, para la solución de los distintos temas de importancia para la sociedad.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no hay democracia sin pluralismo. De ahí que la libertad de expresión e información, al garantizar el principio de pluralismo político, juega un rol esencial en la consolidación y desarrollo de una sociedad democrática. Y es que, “una de las características esenciales de la democracia reside en la posibilidad que ofrece de debatir mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia las cuestiones planteadas por las diferentes corrientes de opinión política, incluso cuando éstas puedan molestar o inquietar”<sup>40</sup>.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Existe una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el cambio fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>41</sup>.

37 Eduardo Jorge Prats, op. cit., p. 187.

38 Ver artículo 49.2 de la Constitución dominicana.

39 TEDH, Sentencia de fecha 30 de junio de 2009, caso Herri Batasuna y Batasuna vs. España.

40 Ibídem.

41 Corte IDH, Sentencia No. 107 de fecha 2 de julio de 2004. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Párr. 116.

Lo anterior ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional dominicano, al juzgar que “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”<sup>42</sup>. Continúa ese tribunal señalando que otros valores o bienes jurídicos que procura proteger este derecho son: “la búsqueda de la verdad y la necesidad de comunicarse con otros seres humanos, lo cual trasciende a lo meramente político”<sup>43</sup>.

En definitiva, la libertad de expresión e información no sólo constituye un derecho público subjetivo de las personas, el cual comprende el derecho de expresar pensamientos, ideas y opiniones y el derecho de transmitir y recibir información, sino que además se articula como un elemento indispensable para el diálogo democrático y, en consecuencia, el debate público. Así pues, es evidente que este derecho no sólo se sustenta en el principio general de libertad, sino que además procura garantizar el pluralismo político, que constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de un Estado democrático.

## 2. Límites a la libertad de expresión e información.

Luego de analizar el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión e información, es oportuno identificar los bienes jurídicos en conflicto con este derecho fundamental y las pautas que orientan la concreción de sus límites en el ordenamiento jurídico dominicano.

Para el Tribunal Constitucional dominicano, “ningún derecho fundamental es absoluto en cuanto a su ejercicio”<sup>44</sup>. De ahí que la libertad de expresión e información puede ser limitado con el objetivo de “proteger el derecho al honor o a la reputación, a la intimidad, a la dignidad y moral de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública”<sup>45</sup>.

En términos similares se expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al indicar que “la libertad de expresión no es un derecho absoluto”, sino que el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>46</sup> “prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo e indirecto de censura previa”<sup>47</sup>.

La Constitución dominicana condiciona el ejercicio de la libertad de expresión e información al respeto del “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”<sup>48</sup>.

### 2.1. El derecho al honor y al buen nombre.

De lo anterior se infiere que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información puede colisionar, en primer lugar, con el honor o la reputación de las personas. Este derecho, de naturaleza especialmente personalista, reconoce la prerrogativa de las personas de “convivir pacíficamente y ser plenamente respetados por

42 TC, Sentencia No. TC/0716/17 de fecha 8 de noviembre de 2017.

43 *Ibidem*.

44 TC, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

45 *Ibidem*.

46 Según este artículo, el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y, (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

47 Corte IDH, Sentencia No. 193 de fecha 27 de enero de 2009. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 110.

48 Aquí, es importante aclarar que desde el 1844 hasta el 1942 la Constitución dominicana sólo se limitaba a reconocer le libertad de las personas de expresar sus pensamientos por medio de palabras, escritas o impresas, sin previa censura. Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 1942 se restringió expresamente dicha libertad con el objetivo de garantizar “la honra de las personas, el orden social o la paz pública” (artículo 6.5). Es decir que el constituyente de 1942 asumió expresamente el modelo europeo, el cual es tradicionalmente más restrictivo con la libertad de expresión. El párrafo del artículo 49 de la Constitución de 2010 asume esta restricción y, en consecuencia, condiciona el ejercicio de esta libertad al respeto de otros derechos fundamentales tales como, el honor, la intimidad, la dignidad y la moral de las personas, así como el interés superior del niño, niña y adolescente.

los demás miembros de la comunidad social”<sup>49</sup>. Es decir que las personas tienen derecho, en razón de su dignidad humana, a ser estimados y tratados con deferencia dentro de la colectividad, por lo que escapan del ámbito de protección constitucional las imputaciones deshonrosas y los mensajes falsos, vejatorios, injuriosos o difamatorios que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo<sup>50</sup>.

El derecho al honor o al buen nombre, si bien se trata de un derecho personalísimo, puede ser exigido colectivamente por aquellos grupos que son identificables por sus rasgos históricos, sociológicos, étnicos o religiosos. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional español, al señalar que es posible apreciar una lesión al honor o a la reputación “en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificados, como individuos, dentro de la colectividad”<sup>51</sup>.

Dicho de otro modo, el honor de una persona puede verse lesionado como consecuencia de mensajes dirigidos contra un grupo con el que ella se identifica, aunque no se le haya señalado directamente y a pesar de que tales expresiones estuvieran referidas en forma “innominada, genérica o imprecisa”<sup>52</sup>. Por ejemplo, el honor o la reputación de una persona afrodescendiente puede verse afectado como consecuencia de expresiones racistas dirigidas de forma general y abstracta en contra de la comunidad africana<sup>53</sup>. De ahí que también escapan del ámbito de protección constitucional los mensajes que fomentan la exclusión social por razones políticas, culturales o sociales y que alaban y justifican el odio contra determinados colectivos.

En palabras del Tribunal Constitucional español, “el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. Por tanto, dado que puede verse afectado el derecho al honor o la reputación de tales grupos en su conjunto, también existe la posibilidad de que el mismo sea defendido por personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano<sup>54</sup>.

En síntesis, la libertad de expresión e información no ampara mensajes o expresiones destinadas a menospreciar o generar sentimientos de hostilidad contra las personas o determinados colectivos, pues, en un Estado social y democrático de Derecho, las personas gozan del derecho, por un lado, de aprecio propio o estimación personal (aspecto interno) y, por otro lado, de ser valorados y apreciados por parte de los demás (aspecto externo). Estas prerrogativas forman parte del contenido esencial del derecho fundamental al honor y al buen nombre<sup>55</sup>.

Siendo esto así, no hay dudas de que las pautas que orientan la concreción del límite a la libertad de expresión e información como consecuencia del respeto al honor o la reputación de las personas o grupos de personas son: (a) la proscripción de los mensajes difamatorios e injuriosos; (b) el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar; (c) las humillaciones de las víctimas; y, (d) las opiniones acompañadas de juicios ofensivos y que supongan una incitación racista<sup>56</sup>. A seguidas me referiré sobre estos tipos de discursos.

49 TCE, Sentencia No. 1 de fecha 11 de noviembre de 1991 (RTC 1911/214).

50 Para la Corte Constitucional de Colombia, la honra es un derecho fundamental “que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”. Este derecho “se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tienen del individuo” (CCC, Sentencia No. C-482/02 de fecha 26 de junio de 2002).

51 TCE, Sentencia No. STC 214/1991 de fecha 11 de noviembre de 1991.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 TCE, Sentencia No. STC 76/1995 de fecha 2 de marzo de 1995.

55 Ver artículo 44 de la Constitución dominicana.

56 TCE, Sentencia No. STC 213/2007 de fecha 7 de noviembre de 2007.

### 2.1.1. Las expresiones difamatorias e injuriosas.

Por expresiones difamatorias se debe entender a aquellas alegaciones o imputaciones de hechos que atacan el honor o la consideración de una persona. En cambio, las injurias son expresiones afrentosas, inventivas y vejatorias que no encierran la imputación de un hecho preciso<sup>57</sup>. En ambos casos, el objetivo del legislador es garantizar, so pena de sanciones penales, la honra o la reputación de las personas cuando éstas son objetos de escarnios públicos.

La diferencia esencial entre una difamación y una injuria es que en la primera se alega o imputa un hecho preciso a una persona o colectivo considerándolo como responsable del mismo. De ahí que las expresiones difamatorias no se aprecian por el móvil que las inspiran (por ejemplo, la intención de perjudicar o deshonestar), sino más bien por el sentido que revele su contenido o la naturaleza de los hechos alegados o imputados<sup>58</sup>. Es por esta razón que, en principio, no importa la veracidad o no de estos hechos, pues la intención es evitar que el difamador ponga en escarnio público a un ciudadano por un defecto o una torpeza.

Lo mismo ocurre con la injuria, la cual entraña afirmaciones y juicios despectivos que lesionan el honor y el buen nombre de las personas y cuya veracidad no exime de responsabilidad al sujeto activo. En otras palabras, las imputaciones de hechos deshonestos y las expresiones afrentosas y vejatorias, aunque se sustenten en acontecimientos fácticos reales, escapan del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión e información.

Y es que, tal y como ha juzgado la Corte Constitucional de Colombia, “la honra se afecta tanto por la información errónea, como por las opiniones manifiestamente tendenciosas respecto a

la conducta privada de la persona o sobre la persona en sí misma”. Por tanto, “no es necesario en estos casos que la información sea falsa o errónea”, pues lo que se cuestiona “es la plausibilidad de la opinión sobre la persona”<sup>59</sup>.

Lo anterior posee ciertas excepciones. Por ejemplo, se admite la *exceptio veritatis* para eximir de responsabilidad penal al sujeto activo cuando: (a) se tratan de actuaciones de un funcionario público y el hecho imputado se relaciona con el ejercicio de sus funciones; (b) se está en curso de un proceso penal; o, (c) el difamado permite probar el hecho imputado, es decir, que el sujeto pasivo admite la comisión del hecho. En estos casos, se admite la verdad del hecho como eximente de responsabilidad “porque en ella subyace un interés público, representado en las calidades del sujeto pasivo y su relación con el interés general, en el tipo de problema jurídico o de violación que se plantea o cuando el sujeto pasivo así lo admite”<sup>60</sup>.

En cuanto al primer supuesto, es importante señalar que la libertad de expresión e información posee una posición prevalente en los asuntos de interés general, el cual se deriva de su condición de garantía del pluralismo político y del Estado democrático. Este valor preferente permite el escarnio de las actuaciones de los funcionarios públicos y, además, ampara las opiniones objetivamente vejatorias o informaciones objetivamente no veraces sobre el ejercicio de sus funciones. De ahí que las expresiones difamatorias e injuriosas dirigidas en contra de la Administración y sus funcionarios son constitucionalmente tolerables.

De esta manera lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al afirmar que existe un “insulto necesario” que está protegido constitucionalmente, como es el uso de expresiones como “brutos”, “sádicos” o “bestias uniformadas” proferidas contra la policía de una ciudad<sup>61</sup> o “inmoral” o “fascista”

57 Ver artículo 367 del Código Penal de la República Dominicana.

58 Artagnan Pérez Méndez. Compendio del Código Penal Dominicano Anotado. Libro III, Título II, Capítulo I (Santo Domingo: Amigos del Hogar, 2010), p. 343.

59 CCC, Sentencia No. C-489-02 de fecha 26 de junio de 2002.

60 CCC, Sentencia No. C-417/09 de fecha 26 de junio de 2009.

61 TEDH, Sentencia No. 239 de fecha 25 de junio de 1992. Caso Thorgeir Thorgeirson v. Islandia.

contra un dirigente político<sup>62</sup>. Este margen de tolerancia se justifica básicamente en la finalidad de proteger “el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”<sup>63</sup>.

En términos similares se expresa el Tribunal Constitucional dominicano, al reconocer que “los funcionarios públicos -están- sujetos por su naturaleza a un control social por medio de la opinión pública”, de modo que las sanciones de carácter penal sobre cualquier acto difamatorio o injurioso contra cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones “constituyen una limitación legal que afecta el núcleo esencial de la libertad de expresión”<sup>64</sup>.

El segundo supuesto está directamente vinculado con el principio del *res iudicata pro veritate habetur*. Según este principio, los hechos juzgados por los órganos jurisdiccionales se tienen por verdaderos, de modo que el autor de una imputación de un hecho deshonroso no será penalmente punible si la persona a quien se le atribuye la actuación ha sido condenada a causa del mismo. Esto debido a que la condena “tiene valor de prueba legal de la verdad”<sup>65</sup>.

Lo mismo ocurre con el tercer supuesto. En este caso, la admisión de culpabilidad exime de responsabilidad al difamador porque el sujeto pasivo se despoja por sí mismo de su patrimonio moral y autoriza la difusión de sus malas acciones. Esta

excepción se justifica en el interés social de conocer los hechos criminosos o deshonestos admitidos por los ciudadanos, especialmente cuando se pretende la defensa de intereses públicos<sup>66</sup>.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la exceptio veritatis posee límites. Y es que, tal y como ha juzgado la Corte Constitucional de Colombia, la veracidad de los hechos imputados no exime de responsabilidad cuando: (a) la imputación de cualquier hecho punible fuese materia de absolución o sobreseimiento definitivo; y, (b) la imputación del hecho está relacionado con la vida conyugal, de familia, o a un delito contra las buenas costumbres cuya investigación dependiera de la iniciativa privada. Esta última excepción se justifica porque “por encima de cualquier otro interés está el poner al hogar, como recinto de la familia más respetable que hay en el seno de la sociedad, a salvo de toda intromisión que pueda perturbar su reposo y armonía”<sup>67</sup>, lo que está directamente relacionado con el derecho a la intimidad.

Aclarado lo anterior, se deben precisar los elementos constitutivos comunes de la difamación e injuria. Estos son: (a) la imputación de un hecho o la difusión de una expresión vejatoria que afecte el honor o el buen nombre; (b) la intención de someter a escarnio a una persona o colectivo (intención<sup>68</sup>); y, (c) la utilización de medios públicos o de trascendencia general para hacerlo (publicidad<sup>69</sup>).

62 TEDH, Sentencia de fecha 8 de julio de 1986. Caso Lingens v. Austria.

63 TEDH, Sentencia de fecha 7 de diciembre de 1976

64 TC, Sentencia No. TC/0075/16 de fecha 4 de abril de 2016. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional dominicano declaró la inconstitucionalidad de los artículos 30, 31, 34 y 37 de la Ley No. 6132 de Expresión y Difusión del Pensamiento, los cuales sancionaban penalmente a las personas por la difusión de actos difamatorios en contra de los órganos jurisdiccionales, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, las cámaras legislativas, los ayuntamiento y otras instituciones del Estado.

65 CCC, Sentencia No. C-417/09 de fecha 26 de junio de 2009, citando a Giuseppe Maggiore. Derecho penal. Parte especial, Vol. IV (Bogotá: Temis, 1972), p. 440.

66 Ibídem.

67 Ibídem.

68 Para la Suprema Corte de Justicia, “cuando las alegaciones o imputaciones son, por su propio tenor, susceptibles de ocasionar un perjuicio al honor y la consideración de la persona a la cual van dirigidas, (...) la intención delictuosa se presume y es al prevenido a quien corresponde probar que esta intención no existe” (Pérez Méndez, op. cit., p. 350). Y es que, tal y como se ha indicado en esta sección, el móvil que inspira las expresiones difamatorias (por ejemplo, la intención de perjudicar o deshorrar) no constituye un elemento determinante para la tipificación del delito, pues lo importante es el sentido que revele el contenido o la naturaleza de los hechos alegados o imputados.

69 La publicidad queda caracterizada en los casos en que las expresiones difamatorias e injuriosas se realizan en lugares públicos por naturaleza (calles, avenidas o parques). Pero también queda configurada en los lugares privados de uso público (centros comerciales, restaurantes, gimnasios, etc.) y en los lugares de carácter meramente privado cuando se encuentran aglomerados grupos de personas. Así lo ha juzgado la Suprema Corte de Justicia, al señalar que “un lugar privado es asimilable a un lugar público, para los fines del delito de difamación, cuando se encuentran reunidos otros elementos de publicidad” como es, por ejemplo, la presencia “de numerosas personas extrañas en una casa privada”, las cuales hayan presenciado las imputaciones realizadas (Pérez Méndez, op. cit., p. 349). También los medios tradicionales y las redes sociales son instrumentos de publicidad de las expresiones difamatorias e injuriosas.

En el caso de la imputación de un hecho preciso estaríamos frente a una difamación y en el caso de expresiones afrentosas, inventivas y vejatorias sería una injuria. Estas expresiones, tal y como indiqué anteriormente, escapan del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión e información y, en consecuencia, son penalmente sancionables<sup>70</sup>.

### 2.1.2. Los discursos de odio.

Otras expresiones que escapan del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión e información son aquellas que tienen como intención menospreciar o discriminar a personas o colectivos en razón de su raza, etnia, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, entre otros. Se tratan de expresiones que, si bien no son propiamente difamaciones e injurias, son preocupantes porque incitan a la discriminación, hostilidad o violencia con base a la identificación de las personas con determinados grupos sociales o geográficos.

Para el Consejo de Europa, se trata de “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se expresa en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”<sup>71</sup>. Dicho de otra forma, son expresiones cuya única intención es denigrar o incitar al odio, la violencia, la hostilidad, la discriminación y la intolerancia en

contra de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

Los discursos de odio exceden la cobertura constitucional otorgada por el derecho a la libertad de expresión e información, pues afectan de forma sutil y ambigua el honor, la reputación, la dignidad y la igualdad de los grupos vulnerables. Es decir que estas expresiones crean una situación de exclusión, hostilidad e intolerancia que impide que determinados colectivos sean tratados por los demás miembros de la sociedad como “ciudadanos dignos de respeto”<sup>72</sup>.

Es justamente por lo anterior que se excluyen del ámbito de protección de la libertad de expresión e información tales discursos, pues no se tratan de “simples ofensas” o “manifestaciones ideológicas incendiarias”, sino más bien expresiones que son nocivas para el honor y la dignidad de las personas o grupo de personas.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional español, al afirmar que la libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierren un injustificable desprecio hacia determinadas personas<sup>73</sup> de modo que “la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre”<sup>74</sup>.

70 Ver artículos 371 y 372 del Código Penal dominicano.

Aquí, es importante resaltar que actualmente existe una tendencia a la destipificación de las conductas difamatorias e injuriosas, la cual es dirigida y encabezada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, a juicio de la Comisión, es necesario “eliminar las normas que criminalizan la expresión e impulsar la proporcionalidad de las sanciones ulteriores”, con el objetivo de “tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante”, lo que implica el “diseño de instituciones que permitan y que no inhiban o dificulten la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública” (Ver: OEA, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, Volumen III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (Washington, 25 de febrero de 2009). Esta propuesta de la Comisión encuentra justificación en la idea de Ferrajoli sobre un derecho penal mínimo y una correspondiente cultura jurídica del garantismo. Para Ferrajoli, es necesario avocarnos a la despenalización de los delitos en base al principio de lesividad, ya que la punición de un hecho como delito solo se justifica si es realmente idóneo para prevenir daños a derechos o bienes fundamentales (Luigi Ferrajoli. Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis [Italia: Trotta, 2016], p. 24).

71 Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa. Recomendación General No. 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio y memorándum explicativo (Estrasburgo, 8 de diciembre de 2015).

72 Juan Pablo Cajigal Germain. Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2018), p. 27.

73 TCE, Sentencia No. STC 623/2013 de fecha 12 de julio de 2013.

74 TCE, Sentencia No. STC 112/2016 de fecha 20 de junio de 2016.

Continúa dicho tribunal señalando que quedan proscritos constitucionalmente estos discursos: (a) cuando supongan “una incitación directa a la perpetración del genocidio”; (b) cuando se dé una provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, que represente “un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse respecto a un grupo de personas”; (c) si el comportamiento resulta “despectivo o degradante” frente a determinados colectivos; y, (d) cuando se trate de “expresiones absolutamente vejatorias”, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o no, sean ofensivas u oprobiosas”<sup>75</sup>.

El artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe expresamente la difusión de los discursos de odio, al disponer que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Por su parte, el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la obligación de los Estados de sancionar los discursos que inciten a la discriminación, la hostilidad o la violencia por factores como la nacionalidad, la raza o la religión<sup>76</sup>.

De estos artículos se infiere que las personas son libres de odiar y ser intolerantes, pero esa libertad se encuentra condicionada a la internacionalización de su sentimiento, pues los mensajes racistas, xenofóbicos o que degradan a un individuo por su condición política, social o cultural escapan del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión e información. De ahí que, si bien no existe una prohibición o castigo por odiar, se restringe su difusión con el objetivo de garantizar

el honor y la dignidad de las personas. Es decir que el objetivo de esta restricción es asegurar que las personas y determinados colectivos sean plenamente respetados y escuchados por los demás miembros de la comunidad social.

Para el Tribunal Constitucional dominicano, la libertad de expresión e información no ampara “la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación”, por lo que “el umbral de dicho derecho debe limitarse a que su difusión no se encuentre impregnada de frases obscenas, expresiones injuriosas o insultantes, ni fundamentada en informaciones ilógicas y desproporcionadas”. Y es que, “ningún fundamento se deriva del -artículo 49- 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”<sup>77</sup>.

Los discursos de odio distorsionan el “libre mercado de las ideas”<sup>78</sup>, pues excluyen del debate público a ciertas personas o colectivos por razón de raza, etnia, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, entre otros factores. Se tratan de expresiones que no pueden ser combatidas con la difusión de ideas contrarias, ya que su objetivo es denigrar y excluir del diálogo democrático a aquellos que son “diferentes”. Por tanto, dado que estas expresiones excluyen de la participación política a determinados colectivos a través de la difusión de ofensas que afectan su honor y dignidad, no son tolerables en una sociedad democrática y, en consecuencia, desbordan los límites de la libertad de expresión e información.

En este punto, es importante advertir que la exclusión de los discursos de odio del ámbito de protección de la libertad de expresión e información no se justifica en base a la afectación

75 TCE, Sentencia No. STC 235/2007 de fecha 7 de noviembre de 2007.

76 Otros tratados y convenios internacionales que prohíben la difusión de los discursos de odio son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Resolución No. 2106<sup>a</sup> de fecha 21 de diciembre de 1965, y la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en fecha 6 de mayo de 2013. Este último tratado está en proceso de suscripción y ratificación por los Estados partes.

77 TC, Sentencia No. TC/0437/16 de fecha 13 de septiembre de 2016.

78 La teoría del libre mercado de las ideas fue desarrollada por el juez Oliver Wendell Holmes a partir de su voto particular en *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919).

a la sensibilidad de los grupos minoritarios, sino más bien en su capacidad de atentar realmente contra los bienes constitucionalmente protegidos. De ahí que no todos los mensajes de odio e intolerancia se encuentran excluidos de esta libertad, sino sólo aquellos que ciertamente amenazan u ocasionan un daño al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas.

En palabras de Germán Teruel, “los discursos provocadores de actos ilícitos sólo podrán ser privados de protección constitucional si, atendidas las circunstancias concretas (tanto del propio tenor del discurso como del contexto) genera un «claro» e «inminente» peligro de que se produzca una lesión de un bien constitucional, entendido como alta probabilidad de que se verifique el «resultado lesivo temido» (la lesión del bien constitucional)”<sup>79</sup>.

Lo anterior tiene dos implicaciones precisas: por un lado, (a) obliga a que la restricción de estos discursos parta de un margen de razonabilidad objetiva que permita separar las impresiones personales e interpretaciones que se puedan tener de tales expresiones; y, por otro lado, (b) exige que la verificación de la lesión del bien constitucionalmente protegido se constate casuísticamente luego de evaluar el contenido de los mensajes ya difundidos<sup>80</sup>.

El análisis casuístico de los mensajes impide que exista uniformidad con respecto al alcance de la prohibición de los discursos de odio como límite a la libertad de expresión e información. En efecto, es posible distinguir dos grandes modelos

de protección. Por un lado, un modelo “liberal” que es proclive a permitir estos discursos en determinados supuestos, el cual ha sido adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y, por otro lado, un modelo “restrictivo” que no sólo restringe la difusión de los discursos que incitan a la violencia, sino además los mensajes que fomentan la intolerancia, discriminación y hostilidad contra determinadas personas o colectivos. Este modelo ha sido asumido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>81</sup>.

La diferencia entre estos dos modelos radica básicamente en la intensidad de la intervención estatal sobre la libertad de expresión e información. Para la Corte Suprema de los Estados Unidos, las personas son libres de expresar sus ideas y pensamientos sin restricciones por parte del Estado, incluso cuando éstas puedan afectar la sensibilidad de ciertos colectivos o sean contrarias a un sistema de democracia representativa. De ahí que sólo se encuentran prohibidos los discursos que inciten de forma “directa e inminente” a la comisión de actos de violencia.

En efecto, en el caso *Brandenburg v. Ohio*<sup>82</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos construyó el actual “estándar de la incitación a la violencia inminente”, según el cual sólo escapan del ámbito de protección de la libertad de expresión e información los discursos que, por lo incendiario de su mensaje, calidad del emisor y contexto, sean suficientes para provocar de forma inminente la comisión de actos violentos en contra de determinados colectivos<sup>83</sup>.

79 Germán Teruel Lozano. “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, en *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret No. 4/2015, (Barcelona, octubre 2015), p. 19.

80 TC, Sentencia No. TC/0437/16 de fecha 13 de septiembre de 2016.

81 Aquí, es importante advertir que la identificación de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos con estos dos modelos de protección se hace en base a los criterios jurisprudenciales que éstos han adoptado en los casos relativo a las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión e información. De ahí que estas afirmaciones no son categóricas y, en consecuencia, pueden variar dependiendo de la confirmación o no de estos criterios. De igual forma, es oportuno señalar que se excluyó de este análisis a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ésta aún no ha emitido ninguna sentencia que aborde los discursos de odio.

82 SCOTUS, Sentencia No. 395 U.S. 444 del 1969. Caso *Brandenburg v. Ohio*.

83 El “estándar de la incitación a la violencia inminente” ha sido utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en varias ocasiones para fallar a favor de la libertad de expresión. Por ejemplo, en el caso *R.A.V. v. The City of St. Paul* (505 U.S. 377, 1992) dicho tribunal juzgó que la quema de cruces realizada por un grupo de jóvenes extremistas blancos dentro del patio cercado de una familia afrodescendiente no equivale a una incitación directa e inminente a la violencia, de modo que entra dentro del ámbito de protección constitucional de la Primera Enmienda. De igual forma, en el caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (432 U.S. 43, 1977) la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que la marcha realizada por un grupo de personas vestidas con el uniforme completo del ejército de la Alemania Nazi y mostrando la esvástica no incitaba de forma real e inminente a la comisión de actos de violencia. De estos casos se observa una clara tendencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a reconocer la difusión de discursos de odio e intolerancia, incluso cuando éstos pueden afectar la sensibilidad de determinadas personas o colectivos. Dicho tribunal sólo se ha

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a diferencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no limita los discursos de odio a la incitación directa e inminente de actos de violencia, sino que además incluye otros mensajes que, dado que incitan a la intolerancia, discriminación y hostilidad en contra de ciertos grupos por razón de raza, nacionalidad, etnia, nacionalidad, religión, sexo, entre otros factores, afectan el honor y la dignidad de las personas. Para dicho tribunal, la libertad de expresión e información no es un derecho ilimitado, sino que su ejercicio está condicionado al respeto de otros derechos y principios constitucionales. De ahí que es perfectamente legítimo limitar esta libertad, por lo que la tarea de los jueces es determinar cuáles discursos son lícitos y cuáles desbordan el ámbito de protección constitucional.

Por ejemplo, el caso *Jersild v. Denmark* el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos señaló que los mensajes injuriosos y vejatorios proferidos contra los inmigrantes y grupos étnicos “eran algo más que insultantes para los miembros de los grupos afectados y no podían gozar de la protección” del derecho a la libertad de expresión<sup>84</sup>. De igual forma, en el caso *Vejdeland and Others v. Sweden* dicho tribunal se pronunció respecto de la legitimidad de la condena en contra de un grupo de jóvenes homofóbicos que incitaron a la intolerancia en razón de la orientación sexual e identidad de género de ciertas personas. Para el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos:

“La incitación al odio no necesariamente debe comportar el llamado a la comisión de actos violentos o criminales. Insultar, ridiculizar o difamar a un grupo específico de la población puede ser suficiente para que las autoridades estatales

adopten medidas para combatir el discurso del odio, como un modo irresponsable de ejercicio de la libertad de expresión”. Y es que, “la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación por motivos de raza, origen o color”<sup>85</sup>.

La postura del Tribunal Constitucional dominicano se asemeja en gran medida a la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Digo esto pues dicho tribunal reconoce, por un lado, que la libertad de expresión e información no es un derecho absoluto, sino que el Estado puede limitar su ejercicio con el objetivo de “proteger el derecho al honor o a la reputación, a la intimidación, a la dignidad y moral de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública”<sup>86</sup>, y, por otro lado, que esta libertad no ampara “frases obscenas, expresiones injuriosas o insultantes, ni fundamentada en informaciones ilógicas y desproporcionadas”<sup>87</sup>.

De lo anterior se infiere que el Tribunal Constitucional dominicano, al igual que su homólogo colombiano<sup>88</sup>, postula por un modelo “restrictivo” del derecho a la libertad de expresión e información, pues reconoce que la difusión de mensajes cuya única intención sea denigrar o incitar al odio, la violencia, la hostilidad, la discriminación y la intolerancia en contra de personas o determinados colectivos es un claro ejemplo de abuso del ejercicio de este derecho, por lo que desborda la cobertura de protección otorgada por el constituyente.

Las “simples ofensas o imputaciones” pueden convertirse en un mensaje con un gran potencial lesivo debido al medio utilizado para su publicación. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, al indicar que “la extensión actual de las nuevas

---

apartado de este criterio en el caso *Virginia v. Black* (538 U.S. 343, 2003), donde reconoció que la quema de cruces constituye un intento de intimidación que menoscaba la habilidad de un grupo vulnerable, como es el caso de los judíos y los afrodescendientes, de participar de forma segura en una sociedad pluralista. Este criterio, aunque fue posteriormente abandonado en el caso *Matal v. Tam* (“The Slants”) (582 U.S., 2017), muestra una ligera intensión de la corte de restringir las expresiones intolerantes y discriminatorias que atenten con la dimensión social de la libertad de expresión. Para profundizar sobre estas sentencias, véase: Juan Pablo Cajigal Germain, op. cit., p. 56 y siguientes.

84 TEDH, Sentencia de fecha 23 de septiembre de 1994 (Apl. No. 15890/89). Caso *Jersild v. Denmark*.

85 TEDH, Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2012 (Apl. No. 1813/07). Caso *Vejdeland and others v. Sweden*.

86 TC, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

87 TC, Sentencia No. TC/0437/16 de fecha 13 de septiembre de 2016.

88 CCC, Sentencia No T-550/12 de fecha 13 de julio de 2012.

tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de imputaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios<sup>89</sup>. Dicho de otra forma, las redes sociales pueden transformar “simples ofensas” o “manifestaciones ideológicas incendiarias” en mensajes altamente nocivos para el honor, la reputación y la dignidad de las personas o determinados colectivos.

Aquí, es importante señalar que las redes sociales deben recibir el mismo trato que los medios de comunicación tradicionales. Y es que, dada la importancia que tiene la libertad de expresión e información para el diálogo democrático, las redes sociales no pueden ser entendidas como meras empresas privadas que gozan de autonomía para decidir quién puede o no participar en sus plataformas y cuáles mensajes o no pueden difundirse. Estas empresas prestan un servicio económico de interés general, el cual es fundamental para garantizar el pluralismo político y el Estado democrático. Así pues, es evidente que su actividad debe estar sujeta a políticas regulatorias que aseguren su diversificación y apertura interna y que además limiten la difusión de los mensajes al respeto de los demás bienes constitucionalmente protegidos.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, citando a su homólogo colombiano, “la libertad de expresión se aplica en internet del mismo modo que en otros medios de comunicación”, de modo que “las redes sociales no pueden garantizar la difamación, el denuedo, la grosería, la falta de decoro y la descalificación”<sup>90</sup>.

### 2.1.3. Los discursos negacionistas.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno aclarar que también se consideran frecuentemente como discursos de odio las expresiones que, sin incitar directamente a terceros a la comisión de actos

prejuiciosos, discriminatorios o violentos, son capaces de denigrar y humillar de tal forma a las víctimas que vulneran sus derechos al honor y a la dignidad. Se tratan de expresiones que niegan la existencia de actos terroristas y crímenes de lesa humanidad con el único objetivo de ridiculizar a las víctimas para generar un ambiente hostil y discriminatorio en su contra.

De ahí que escapan del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión e información los discursos que niegan los hechos históricos que constituyeron crímenes de lesa humanidad y que incitan indirectamente al odio, la violencia, la hostilidad, la discriminación y la intolerancia en contra de las víctimas. Los casos más comunes de discursos negacionistas son aquellos que están vinculados con el Holocausto.

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido varios casos en contra de discursos que cuestionan y se mofan de la naturaleza del Holocausto, el número de judíos asesinados, la existencia de las cámaras de gas y la legitimidad de los juicios de Nuremberg. En el caso *Garaudy v. Francia*<sup>91</sup>, por ejemplo, dicho tribunal señaló que “la negación o revisión de este tipo de hechos históricos socava los valores en que se sostiene la lucha contra el racismo y el antisemitismo y constituye un serio peligro al orden público”<sup>92</sup>.

De igual forma, en el caso *M'bala v. Francia*<sup>93</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la interpretación amplia de la libertad de expresión con la que se intentó defender el acto de comedia en el cual se utilizó a actores vestidos con pijamas de rayas, similar a las utilizadas por los judíos en el Holocausto, se desviaba del objetivo y del espíritu de la Convención Europea de Derechos Humanos, pues procuraba amparar discursos que, de admitirse, contribuirían a la destrucción de los

89 TSE, Sentencia No. STS 4/2017 de fecha 18 de enero de 2017.

90 TC, Sentencia No. TC/0437/16 de fecha 13 de septiembre de 2016. Citando a la CCC, Sentencia No T-550/12 de fecha 13 de julio de 2012.

91 Este caso se origina tras la sanción impuesta por Francia al señor Roger Garaudy, filósofo y escritor excomunista francés, por negar crímenes contra la humanidad, publicar afirmaciones difamatorias en razón de la raza y por incitar al odio en contra de los judíos. Garaudy negó en su libro “Los mitos fundadores de la política israelí” el exterminio por los nazis de seis millones de judíos y, además, cuestionó las cámaras de gas y la naturaleza y condiciones del Holocausto.

92 TEDH, Sentencia de fecha 14 de junio de 2003 (Apl. No. 65831). Caso *Garaudy v. Francia*.

93 TEDH, Sentencia de fecha 20 de octubre de 2015 (Apl. No. 25239/13). Caso *M'bala v. Francia*.

derechos y libertades garantizados por dicho texto normativo<sup>94</sup>.

De estas sentencias se infiere que los mensajes, cuya intención es desconocer hechos históricos claramente establecidos frente a los que no caben discusión legítima, no encuentran cobertura en la libertad de expresión e información, debido a que se tratan de expresiones que constituyen “una de las más serias formas de difamación racial y de incitación de odio”<sup>95</sup> en contra de las víctimas. Es decir que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como es el caso del Holocausto, “no constituye una investigación histórica asimilable a la búsqueda de la verdad”<sup>96</sup> que pueda encontrar protección en la libertad de expresión, pues su objetivo es reescribir y manipular la historia para difamar y afectar a las víctimas. De ahí que “este tipo de actos es incompatible con la democracia y los derechos humanos”<sup>97</sup>.

Aquí, es importante señalar que la prohibición de estos discursos no sólo procura garantizar el honor y la dignidad de las víctimas, sino además su derecho a la memoria histórica. Este derecho tiene como objetivo, por un lado, evitar que se repitan los hechos históricos que han afectado la estabilidad de un Estado constitucional democrático<sup>98</sup> (dimensión colectiva) y, por otro lado, ayudar a las víctimas a superar los traumas y el dolor causados por la violencia prolongada en sus vidas a través del respeto de sus derechos fundamentales (dimensión individual).

Para Jörg Luther, “la memoria se presenta como una premisa, *conditio sine qua non*, de las instituciones del Estado constitucional”. Y es que, “sin una

memoria individual y colectiva no funciona ni el Estado de Derecho ni la democracia. El Estado de Derecho apela a la memoria de los preceptos, la democracia a la de las elecciones políticas, vinculando bajo ambos aspectos la conciencia de los ciudadanos. Las instituciones de la cultura y de la política en el Estado constitucional democrático tienen la labor de promover el respeto y el perfeccionamiento del Derecho y la responsabilidad democrática, vinculando bajo estos aspectos la memoria de los ciudadanos”<sup>99</sup>.

En la República Dominicana el derecho a la memoria histórica no se encuentra expresamente contemplado en el texto constitucional. Sin embargo, es posible afirmar que se trata de un derecho fundamental implícito que se deriva de las obligaciones impuestas por otros derechos y garantías constitucionales<sup>100</sup>.

En la República Dominicana el derecho a la memoria histórica no se encuentra expresamente contemplado en el texto constitucional. Sin embargo, es posible afirmar que se trata de un derecho fundamental implícito que se deriva de las obligaciones impuestas por otros derechos y garantías constitucionales. Por ejemplo, el artículo 63.13 de la Constitución dominicana obliga a “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”, lo que implica la sujeción de las personas a una enseñanza pública basada en la historia. De igual forma, el artículo 66 de la Constitución dominicana obliga al Estado a preservar el “patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico”.

94 Juan Pablo Cajigal Germain, op. cit., p. 72.

95 TEDH, Sentencia de fecha 14 de junio de 2003 (Apl. No. 65831). Caso *Garaudy v. Francia*.

96 *Ibidem*.

97 *Ibidem*.

98 Por ejemplo, el período de entreguerras y las dictaduras fascistas.

99 Jörg Luther, “El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 89 (Madrid: CEPC, 2010), p. 52.

100 El artículo 74.1 de la Constitución dominicana reconoce que los derechos y garantías fundamentales “no tienen carácter limitado y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza”. De este artículo se infiere que el constituyente dominicano ha escogido claramente un sistema de “lista abierta” de derechos, de modo que reconoce la posibilidad de la creación de “nuevos” derechos implícitos en base a principios, valores y derechos fundamentales expresos. En palabras de Jorge Prats, la “creación” de nuevos derechos puede venir por dos vías: “en primer lugar, como reconocimiento de nuevas manifestaciones no previstas expresamente en la Constitución, pero que derivan de uno o varios de los preceptos constitucionales; en segundo lugar, como consecuencia directa del reconocimiento constitucional de la libertad en sentido amplio, o de la dignidad o, en su caso, de otros valores (Eduardo Jorge Prats, op. cit., p. 50).

Estos deberes, más las obligaciones negativas de no injerencia en las libertades individuales, concretizan el derecho fundamental implícito de las personas a una memoria libre para recordar y olvidar.

La memoria individual y colectiva se ve afectada cuando se intenta reescribir o manipular los hechos históricos incontrovertidos para negar sucesos que han afectado gravemente los derechos fundamentales de las personas. De ahí que la difusión de mensajes que buscan degradar y someter a una especie de tortura psicológica a las víctimas de actos terroristas y de crímenes de lesa humanidad constituye un abuso del ejercicio de la libertad de expresión e información y, en consecuencia, desborda su ámbito de protección constitucional. Y es que, tal y como indica Jörg Luther, sólo es reconfortarle recordar y mantener vivo un pasado doloroso si las víctimas no tienen miedo de que se repita<sup>101</sup>.

Para el juez Cançado Trindade, “el sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. La víctima se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás”<sup>102</sup>. De ahí que la prohibición de los discursos negacionistas no sólo procura proteger a los familiares directos de las víctimas, sino también a la memoria del colectivo, es decir, de la sociedad.

Ahora bien, es oportuno advertir que no todos los discursos negacionistas se encuentran excluidos del derecho a la libertad de expresión e información, sino sólo aquellos que tienen un contenido y una finalidad racista, antisemita, homófoba o islamófoba<sup>103</sup>. Dicho de otra forma, los discursos negacionistas que constituyan “una opinión subjetiva e interesada sobre acontecimientos históricos”<sup>104</sup> quedan incluido dentro del ámbito inicialmente protegido por la libertad de expresión, de modo que sólo serán restringidos si son capaces de denigrar y humillar de tal forma a las víctimas que vulnere sus derechos al honor y a la dignidad<sup>105</sup>.

## 2.2. El derecho a la intimidad.

En segundo lugar, la libertad de expresión e información puede colisionar con el derecho a la intimidad. Y es que, las personas tienen derecho “al respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia”<sup>106</sup>.

Es decir que éstas gozan de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, el cual es necesario, según la pauta de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana<sup>107</sup>.

El derecho a la intimidad incluye entre sus manifestaciones típicas: por un lado, (a) la intimidad personal y familiar, la cual comprende: (a.1) el derecho a la autodeterminación informativa<sup>108</sup>, que es la prerrogativa que poseen las personas de controlar la divulgación de las informaciones referentes a ciertos aspectos de su vida privada

101 Jörg Luther, op. cit., p. 74.

102 Corte IDH, Sentencia de fecha 26 de mayo de 2001. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 22.

103 TEDH, Sentencias No. 2 de fecha 16 de julio de 2009. Caso Feret v. Bélgica (Apl. 15515/07); 5 de fecha 10 de junio de 2008. Caso Soulas y otros v. Francia (Apl. 15948/3); y, 1 de fecha 4 de diciembre de 2003. Caso Günduz v. Turquía (Apl. 35071/97).

104 TCE, Sentencia No. STC 214/1991 de fecha 11 de noviembre de 1991.

105 Para valorar la proporcionalidad de la injerencia sobre la libertad de expresión e información, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos somete los discursos negacionistas al triple test de Estrasburgo. Este test consiste en analizar si la medida restrictiva está prevista en una norma de rango legal, si posee una finalidad legítima y si es necesaria en una sociedad democrática.

106 Ver artículo 44 de la Constitución dominicana.

107 TCE, Sentencia No. STC 209/1988 de fecha 12 de diciembre de 1988.

108 Ver artículo 44.2 de la Constitución dominicana.

o íntima<sup>109</sup>; y, (a.2) la inviolabilidad del domicilio<sup>110</sup>, que protege los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona (por ejemplo, el hogar, el domicilio y todo recinto privado)<sup>111</sup>; y, por otro lado, (b) la intimidad corporal, la cual protege el cuerpo de las personas frente a toda indagación o pesquisa que quiera imponerse contra su voluntad, con el objetivo de garantizar su pudor o recato<sup>112</sup>.

Dentro de esta manifestación se encuentra el derecho a la propia imagen, que garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible de toda persona<sup>113</sup>.

Además, es oportuno señalar que el derecho a la intimidad comprende también el derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones.

Este derecho incluye entre su contenido esencial, por un lado, la libertad de las comunicaciones y de los datos que se deriven del proceso comunicativo, y, por otro lado, la inviolabilidad de la vida íntima de las personas, a menos que se obtenga una autorización previa por el órgano jurisdiccional competente<sup>114</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano:

“El derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones está estrechamente relacionado con el derecho de intimidad, por recaer en el sujeto titular del mismo el derecho de controlar las informaciones y los datos, incluyéndose en los mismos aquellos datos que sean públicos, que son inherentes a su propia persona para que sean utilizados de conformidad a su voluntad.

Esta conceptualización del derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones se desprende de lo dispuesto en el artículo 12 de la Declaración de los Derechos Humanos, el cual dispone ‘que nadie será objeto de injerencia arbitraria en (...) su correspondencia’; y lo contenido en el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que dispone la prohibición de la injerencia arbitraria o ilegal en la correspondencia, por ser esta una manifestación de la intimidad de las personas y reconocer el derecho de éstas de que la ley le proteja de toda clases de ataques de esta naturaleza.

109 Aquí, es importante aclarar que el derecho a la autodeterminación informativa obliga al Estado a facilitar el acceso a los datos personales y a limitar su entrega a terceros sin el consentimiento de su titular. Además, este derecho “requiere una conducta activa del Estado, destinada a la corrección de datos falsos y a la supresión o modificación de datos potencialmente discriminatorios, como los denominados datos sensibles” (Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* [Madrid: Editorial Trotta, 2002], p. 5). Esta última prerrogativa es protegida mediante el habeas data que, tal y como dispone el artículo 70 de la Constitución dominicana, garantiza a toda persona el derecho de “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 -su- suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad”.

110 Ver artículo 44.1 de la Constitución dominicana.

111 Para el Tribunal Constitucional español, “la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. (...) El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos y otros análogos” (STC 22/1984 de fecha 17 de febrero de 1984).

112 En cuanto a este aspecto, el Tribunal Constitucional dominicano ha juzgado que la dimensión social del derecho a la libertad de expresión e información no comprende la incursión no autorizada a un centro médico para requerir información sobre los procedimientos médicos realizados a una persona ingresada. En sus propias palabras, “el derecho de libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales o privadas no puede comprender la incursión no autorizada a un centro médico o establecimiento hospitalario, toda vez que, si bien es cierto que es un derecho de los medios de comunicación y los periodistas acceder a tales fuentes, no menos cierto es que toda persona dispone del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen”. Siendo esto así, “a una persona ingresada y que no puede expresar su voluntad por su delicado estado de salud, se le debe preservar siempre esas prerrogativas, las cuales están vinculadas al respeto a la dignidad humana, que es sagrada, innata e inviolable y debe ser objeto de protección por todos los poderes públicos” (TC/0314/16 de fecha 20 de julio de 2016).

113 TCE, Sentencia No. STC 117/1994 de fecha 25 de abril de 1994.

114 Así lo ha juzgado el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar que “en vista del derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones, el procedimiento de intervención, en sus diferentes facetas –(observación, intervención e interceptación)–, encaminado a obtener el conocimiento tanto del contenido de lo que se comunica, o en algunos casos en la obtención de los datos sobre la forma, tiempo, modo y destino en que esta se da (...), -sólo

Del contexto de ambas disposiciones contenidas en los documentos antes señalados se desprende la obligación a cargo de los Estados y de los particulares de no realizar actuaciones que tengan por objeto interferir en comunicaciones y, en ese sentido, en la vida íntima de las personas, a menos que se cuente con su autorización o de forma expresa lo disponga la ley.

Producto de lo antes expuestos, el derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones se configura, por un lado, como una facultad inherente a cada individuo de poder disponer la distribución o resguardo de los datos e informaciones que se deriven del proceso de comunicación; y, por otro lado, al permitir al individuo el libre control sobre los datos e informaciones sobre su persona, se establece como un instrumento que viabiliza la protección en la intromisión del derecho a la intimidad. En ese sentido, este derecho tiene carácter formal, por estar comprendido en su contexto todo tipo de comunicaciones, independientemente de cuál sea su contenido o medio que se emplee para su difusión<sup>115</sup>.

En términos similares se expresa el Tribunal Constitucional español, al señalar que el derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones “garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias y datos

externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión”<sup>116</sup>.

En síntesis, tal y como ha juzgado la Corte Suprema de Argentina, el derecho a la intimidad “comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad –(intimidad personal y familiar)-, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen –(intimidad corporal)-, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá autorizarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”<sup>117</sup>.

Siendo esto así, es evidente que se excluyen del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión e información los mensajes que divulgan hechos que pertenecen a la vida privada de las personas. Ese ámbito propio y reservado de las personas incluye su esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad y su personalidad espiritual y física.

De lo anterior se infieren tres aspectos importantes. En primer lugar, que el derecho a la intimidad, si bien se trata de un derecho personalísimo que se deriva de la dignidad humana<sup>118</sup> y que está ligado

---

es válido- por parte de cualquier ente, ya sea público o privado, -si se obtiene previamente- una ordenanza emanada de una autoridad judicial competente, con el fin de que sea investigado un determinado delito y/o aportar el juicio determinados elementos probatorios”. Continúa dicho tribunal indicando que “de las argumentaciones anteriores se desprende el hecho de que para la adopción de cualquier medida que esté destinada a la intervención de las comunicaciones de cualquier particular, para que la misma no vulnere el derecho al secreto y privacidad de la comunicación, debe observarse el cumplimiento de los siguientes requisitos: (a) la existencia de una ley que establezca los procedimientos de intervención, la cual de apegarse a las limitaciones contenidas en la Constitución; (b) la intervención debe ser dispuesta por una ordenanza emitida por un juez competente”; (c) la ordenanza del juez debe estar debidamente motivada, por involucrar dicha intervención, en principio, una transgresión al derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones; (d) la ordenanza judicial que disponga la medida debe observar los principios de especialidad y proporcionalidad, entendiéndose, en este sentido, como especialidad, el hecho de que la medida que contiene la ordenanza debe estar fundamentada en una ley que consagre la facultad de disponer la intervención al derecho del secreto y privacidad de las comunicaciones; que tenga como fundamento el elemento de gravedad del delito que permita determinar la justificación de la adopción de la medida; y que la misma sea adoptada durante un tiempo determinado. La proporcionalidad, en este ámbito, viene dada por la relación que debe darse entre la intervención al derecho al secreto y privacidad de la comunicación y la necesidad o trascendencia social que justifique la restricción de este derecho; y, (e) el juez que ordena la intervención debe dar seguimiento a la implementación de la medida y disponer, en el contexto de su ordenanza, las instrucciones precisas para que en el transcurso de su ejecución el agente que la practique no malogre en su conducta a la persona afectada” (Sentencia No. TC/0200/13 de fecha 7 de noviembre de 2013).

115 *Ibidem*.

116 TCE, Sentencia No. STC 123/2002 de fechas 20 de mayo de 2002.

117 CSNA, Fallo No. 306: 1092 (Caso *Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida*, S.A.). Citado por Eduardo Jorge Prats, *ob. cit.*, p. 201.

118 Ver artículo 38 de la Constitución dominicana.

a la misma existencia del individuo, posee una dimensión colectiva que permite su ejercicio por parte de terceros. Y es que, la intimidad personal y familiar “se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar”<sup>119</sup>. De ahí que, dada la relación o vínculo existente entre ellas, las personas que forman parte de ese vínculo familiar posee “un derecho -propio, no ajeno- a la intimidad”<sup>120</sup>.

En segundo lugar, que en los casos en donde el derecho a la intimidad actúa como límite de la libertad de expresión e información, el titular del derecho no puede escapar a su eventual responsabilidad alegando la veracidad de los datos<sup>121</sup>, ya que el derecho a la intimidad procura proteger un ámbito propio y reservado de las personas que es indispensable para mantener una calidad mínima de la vida humana y, además, para que éstas sean respetadas como ciudadanos dignos por los demás miembros de la comunidad social.

Y, en tercer lugar, que el derecho a la intimidad contempla la esfera espiritual y física de las personas, incluyendo su integridad corporal o la propia imagen. De ahí que el uso no consentido de la voz, de la imagen de una persona física, o del logotipo, eslogan comercial o sintonía musical de una persona moral, aunque no produzca una pérdida o menosprecio en la consideración ajena y, sobre todo, cuando traen consigo un beneficio económico a quien usurpa la imagen ajena, constituye un límite a la libertad de expresión e información<sup>122</sup>.

En este punto, es importante aclarar que, si bien es cierto que la imagen, con la autorización del titular, puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial

y, en consecuencia, a la explotación comercial, no menos cierto es que en estos supuestos la autorización puede ser revocada y la captación y reproducción de la imagen limitada. Y es que, tal y como ha juzgado el Tribunal Constitucional español, “el derecho de la personalidad, -el cual se deriva del derecho a la intimidad corporal-, prevalece sobre otros derechos que la cesión contractual haya creado”<sup>123</sup>.

De igual forma, es oportuno resaltar que el derecho a la intimidad opera también como límite a la dimensión social del derecho a la libertad de expresión e información. Digo esto, pues escapa del ámbito de protección de este derecho fundamental el acceso a informaciones de carácter público que conciernen a la vida íntima o privada de los funcionarios públicos.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar que, si bien es cierto que “en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público”, no menos cierto es que las informaciones “de carácter personal y que, además, no aportan nada en lo que respecta a la transparencia y al control de la corrupción en la administración pública” desbordan la cobertura del derecho a la libertad de expresión y, por tanto, “las instituciones públicas no están obligadas ni tienen el derecho a divulgarlas”<sup>124</sup>.

Continúa dicho tribunal señalando que “los actos difamatorios e injuriosos que conciernen a la vida íntima o privada de los funcionarios públicos o personas que ejerzan funciones públicas deben ser sancionados con arreglo a la ley, en virtud de que el control de la intimidad y dignidad de los funcionarios en su vida privada en nada contribuye a que los ciudadanos puedan ejercer de forma eficaz su derecho de monitoreo y crítica sobre

119 TCE, Sentencias Nos. STC 231/1988 de fecha 23 de diciembre de 1988 y STC 197/1991 de fecha 17 de octubre de 1991.

120 *Ibidem*.

121 TCE; Sentencia No. STC 197/1997 de fecha 24 de noviembre de 1997.

122 Eduardo Jorge Prats, *ob. cit.*, p. 201.

123 TCE, Sentencia No. STC 117/1994 de fecha 25 de abril de 1994.

124 TC, Sentencia No. TC/0084/13 de fecha 4 de junio de 2013

las actuaciones que estos realizan de cara a las funciones públicas que le han sido conferidas”<sup>125</sup>.

### 2.3. La dignidad y la moral de las personas.

En tercer lugar, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información puede colisionar con la dignidad y la moral de las personas. La dignidad humana es, por un lado, un valor y principio fundamental que optimiza los demás derechos fundamentales y, por otro lado, un derecho público subjetivo, exigible judicialmente por sus titulares, que tiene como objetivo garantizar que las personas sean respetadas y tratadas dignamente<sup>126</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, “el respeto a la dignidad humana es una función esencial en la que se fundamentan la Constitución y el Estado social y democrático de Derecho en la República Dominicana”. Su reconocimiento como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, “exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituya 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”<sup>127</sup>. La dignidad humana “hace referencia al valor inherente del ser humano en cuanto ser racional, independientemente de su raza, condición social o económica, edad, sexo, ideas políticas o religiosos. Es el derecho que tiene cada ser humano de ser respetados y valorado

como ser individual y social con sus características y condiciones particulares”<sup>128</sup>.

Desde una dimensión objetiva, la dignidad humana viene a ser el pilar básico de todo el ordenamiento constitucional y del sistema de derechos fundamentales, pues es considerado

por el constituyente como el punto de arranque, es decir, “como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”<sup>129</sup>. En efecto, la Constitución dominicana reconoce, por un lado, que ella “se fundamenta en el respeto a la dignidad humana”<sup>130</sup> y, por otro lado, que “el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de las personas y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes”<sup>131</sup>.

De lo anterior se infiere que la dignidad humana, como valor y principio fundamental, constituye el parámetro de optimización de los derechos fundamentales. Se trata, parafraseando a Arendt, del derecho de las personas a tener derechos<sup>132</sup>. De ahí que es evidente que la dignidad humana se encuentra íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y con los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>133</sup>. En otras palabras, los derechos personalísimos y que son inherentes al individuo se derivan, sin duda alguna, de la dignidad humana.

125 TC, Sentencia No. TC/0075/16 de fecha 4 de abril de 2016

126 En palabras de la Corte Constitucional colombiana, la dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho: “(a) como derecho fundamental que implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el derecho de propiciarlos; (b) como principio puede entenderse como uno de los fundamentos que dieron origen a la aparición del -Estado social y democrático de Derecho-, así como su mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; y, (c) como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar” (Véase: Sentencias No. T-940/11 de fecha 14 de diciembre de 2011 y T-881/02 de fecha 17 de octubre de 2002).

127 TC, Sentencia No. TC/0059/13 de fecha 15 de abril de 2013.

128 TC, Sentencia No. TC/0081/14 de fecha 12 de mayo de 2014.

129 TCE, Sentencia No. STC 53/1985 de fecha 11 de abril de 1985.

130 Ver artículo 5 de la Constitución dominicana.

131 Ver artículo 38 de la Constitución dominicana.

132 Hannah Arendt, citada por Francisco Javier Martínez Real. El fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana (Santo Domingo: UNIBE, 2020), p. 242.

133 En cuanto a la intimidad personal, familiar y corporal, el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente: “El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia

Siendo esto así, es evidente que la exclusión de los mensajes difamatorios e injuriosos y de los discursos de odio del ámbito de protección de la libertad de expresión e información no sólo se justifica en la protección de los derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad (el derecho al honor, a la integridad personal y a la intimidad), sino además en el derecho de las personas de ser tratados como ciudadanos dignos de respeto por los demás miembros de la comunidad social. Y es que, tal y como ha juzgado el Tribunal Constitucional español, “la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto”<sup>134</sup>, de modo que escapan del ámbito de protección constitucional aquellos discursos que cuestionan la calidad de las personas como “sujetos capaces de dignidad”<sup>135</sup> y titulares de derechos fundamentales. Una dignidad que comienza desde de la concepción y que se prolonga más allá de la muerte<sup>136</sup>.

Desde una dimensión subjetiva, la dignidad humana es la prerrogativa que poseen las personas de ser tratados dignamente, independientemente de su raza, condición social o económica, edad, sexo, ideas políticas o religiosas. Es decir que se trata del derecho a que las personas reciban “un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano”<sup>137</sup>, de modo que obliga al Estado a adoptar las medidas que sean necesarias para que éstas puedan diseñar un plan vital de vida (vivir como se quiere), con acceso a ciertas condiciones materiales indispensables (mínimo vital) y con goce pleno de sus bienes no patrimoniales (integridad física y moral, honor, intimidad y libre desarrollo de la personalidad. Es decir, vivir sin humillaciones)<sup>138</sup>. Dicho de otra forma, el Estado debe adoptar las medidas necesarias que garanticen a cada individuo

un trato acorde con su condición digna de ser humano, como parte y miembro de la sociedad.

Es justamente lo anterior que justifica la restricción de la expresión y difusión de mensajes odiosos, es decir, racistas, sexistas y xenófobos, cuya única intención es denigrar y excluir del diálogo democrático a determinadas personas en razón de su raza, etnia, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, entre otros factores. Y es que, los discursos de odio excluyen y marginalizan a las personas de la vida en sociedad, lo que genera que éstas sean tratadas como seres inferiores y no como ciudadanos dignos de respeto.

A modo de ejemplo, los mensajes discriminatorios en contra de las personas afroamericanas o que incitan a la exclusión de los homosexuales o de las mujeres por ser ciudadanos “desviados” o de “segunda clase” no son simples insultos que entran dentro de la cobertura del derecho a la libertad de expresión e información, pues se tratan de discursos que tienen como finalidad menoscabar el derecho de estas personas a participar en igualdad de condiciones en el debate público y, en consecuencia, a resaltarles valor como personas dignas de respeto y valoración por los demás miembros de la comunidad social. De ahí que estos discursos desbordan el ámbito de protección de este derecho fundamental, pues afectan los ámbitos de la dignidad humana, incluyendo, especialmente, el derecho de las personas a vivir sin humillaciones.

Aclarado lo anterior, es oportuno señalar que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información también se encuentra limitado constitucionalmente al respeto de la moral de las personas. La moral, al igual que la seguridad nacional y el orden público, constituye un concepto

---

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 vida humana” (Sentencia No. STC 57/1994 de fecha 28 de febrero de 1994).

134 TCE, Sentencia No. STC 105/1990 de fecha 6 de junio de 1990.

135 Eduardo Jorge Prats, op. cit., p. 154, citando al Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE 30, 173, 94).

136 En palabras de Jorge Prats, “hombres vivos o muertos sanos o enfermos mentales, ciudadanos cumplidores de la ley o delincuentes enemigos de la sociedad, personas maduras o simples óvulos fecundados, personas robustas o criaturas malformadas, son sujetos capaces de dignidad, una dignidad que comienza desde la concepción y se prolonga más allá de la muerte, correspondiendo, en consecuencia, tanto al cadáver como al recuerdo del difunto” (Eduardo Jorge Prats, op. cit., p. 154, citando al Tribunal Constitucional Alemán [BVerfGE 30, 173, 94]).

137 CCC, Sentencia No. T-133/06 de fecha 23 de febrero de 2006.

138 Véase: CCC, Sentencias Nos. T-881/02 del 17 de octubre de 2002 y T-436/12 del 12 de junio de 2012.

jurídico indeterminado de naturaleza ideal o espiritual que posee contornos muy difusos. Es por esta razón que la moral no puede erigirse como un límite independiente de la libertad de expresión e información, ya que su dimensión subjetiva pudiera amparar restricciones por la mera contradicción formal de ideales sociales o jurídicos.

Así lo explica German Teruel, al señalar que los bienes como la «moral», el «valor de la igualdad» o el «derecho a convivir pacíficamente» son “de naturaleza ideal o espiritual con contornos muy difusos, que llevarían a denegar la protección constitucional a expresiones por la mera contradicción formal frente a tales ideales sociales o jurídicos, creando así una suerte de «orden público constitucional», inadmisibles como límite en un modelo abierto de democracia. Tampoco cabría fundamentar el límite en otros bienes supraindividuales como el orden público, la paz pública o en un aún más impreciso «clima de tranquilidad pública»”<sup>139</sup>.

Siendo esto así, es evidente que la moral, como límite constitucional de la libertad de expresión e información, debe ser interpretada desde un sentido restrictivo, lo que conlleva vincularla, por un lado, a la protección de la dignidad humana y, por otro lado, a “la protección de la juventud y de la infancia”<sup>140</sup>. En el primer supuesto, se trata de proteger a las personas de discursos intolerantes y discriminatorios que atenten contra su dignidad y moral, por ser racistas, sexistas o xenófobos<sup>141</sup>. En el segundo supuesto, en cambio, se procura proteger a un colectivo (niños, niñas y adolescentes) de mensajes que atentan contra su desarrollo armónico e integral<sup>142</sup>.

Por ejemplo, frente a un cómic racista y de contenido destructivo, el Tribunal Constitucional español señaló

que éste desbordaba los límites de la libertad de expresión e información porque podría “corromper y deformar a niños y adolescentes”, lo que atentaría contra la moral, como bien jurídico implícito en el texto constitucional<sup>143</sup>. En sus propias palabras: El cómic se trata de “un mensaje racista, ya de por sí restrictivo”, el cual se vale de un “vehículo expresivo con talante libidinoso” que en algunos casos “roza lo pornográfico”, superando “el nivel tolerable para la sociedad española y desprovisto de cualquier valor socialmente positivo”. A lo largo del cómic se verifica un “lenguaje de odio, con una carga densa de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación”, lo cual entra “en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud”. Es por esta razón que en este caso entran “en juego los límites a la libertad de expresión marcados por la Constitución, pero también el respeto a la moral señalado por el Convenio de Roma y, en última instancia, la prohibición de la apología al odio”<sup>144</sup>.

El límite de la moral en base a la protección de la juventud y de la infancia permite adoptar medidas menos restrictivas de cara a la libertad de expresión e información. Digo esto, pues, para hacer efectiva esta protección, no hay que restringir de modo absoluto, general e indiscriminado el mensaje, sino que basta con discriminar determinadas audiencias con respecto a otras. Así lo explica Jorge Prats, al señalar que “para la protección de la niñez y de la adolescencia, basta con discriminar determinadas audiencias con respecto a otras, bien impidiendo el acceso de menores a determinados

139 Germán Teruel, op. cit., p. 17.

140 Ver parte *in fine* del párrafo del artículo 49 de la Constitución dominicana.

141 Eduardo Jorge Prats, ob. cit., p. 202.

142 Aquí, es importante señalar que los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial por parte del constituyente. En efecto, conforme el artículo 56 de la Constitución dominicana, “la familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente”, de modo que “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”.

143 TCE, Sentencia No. STC 76/1993 de fecha 22 de marzo de 1995.

144 *Ibidem*.

mensajes expuestos en salas cinematográficas, bien exigiendo que los padres o los titulares de la patria potestad sean prevenidos del contenido de opiniones, informaciones u otro tipo de mensajes, o bien regulando detalladamente el horario de la programación de los canales de televisión”<sup>145</sup>.

La «seguridad nacional» y el «orden público» son bienes que tampoco pueden utilizarse como límites independientes de la libertad de expresión e información. De ahí que éstos, al igual que la moral, deben vincularse con otros bienes y derechos constitucionales. Por ejemplo, tanto la «seguridad nacional» como el «orden público» están estrechamente vinculados a la protección de la personalidad e integridad del Estado y al sistema de derechos fundamentales, por lo que escapan del ámbito de protección constitucional los mensajes que atentan contra la estabilidad del Estado democrático y el goce efectivo de los derechos fundamentales.

En este punto, es importante señalar que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha admitido la protección de la «seguridad nacional» como fin legítimo que justifica la restricción de la libertad de expresión e información cuando estamos en presencia de discursos que representan un riesgo “real e inminente” para el orden constitucional por glorificar y elogiar organizaciones terroristas o denigrar a las víctimas. En efecto, en el caso *Zana v. Turquía* dicho tribunal estimó conforme al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos la detención de un antiguo alcalde que, en el transcurso de una entrevista, manifestó su adhesión al movimiento de liberación nacional del PKK y a sus actuaciones, a pesar de reconocer que éste había cometido matanzas de mujeres y niños por error. Para el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el mensaje era lo suficientemente peligroso como para escarbar el clima ya explosivo de la región, lo que ponía en juego la «seguridad nacional» y el «orden público»<sup>146</sup>.

### 3. Límites de los límites a la libertad de expresión e información.

Luego de demostrar que las imputaciones deshonrosas, las expresiones vejatorias, la divulgación de hechos que pertenecen a la esfera de la vida privada y los mensajes que incentivan al odio, la intolerancia y la hostilidad en contra de determinadas personas o colectivos escapan de la protección constitucional otorgada por la libertad de expresión e información, es oportuno analizar las garantías específicas de este derecho fundamental. Y es que, si bien es cierto que la libertad de expresión e información no es un derecho absoluto y, por consiguiente, se encuentra condicionado al respeto de otros bienes y derechos constitucionales, no menos cierto es que tampoco lo es la facultad que tiene el legislador de configurar, regular y limitar este derecho fundamental. De ahí que existen límites de los límites a la libertad de expresión e información.

#### 3.1. Límite de la prohibición a la censura previa.

La Constitución dominicana garantiza la libertad de expresión e información “sin que pueda establecerse censura previa”<sup>147</sup>. Es decir que este derecho debe ejercerse con libertad y sin que las ideas o pensamientos puedan ser excluidas a priori del diálogo democrático. De ahí que se encuentran constitucionalmente prohibidas las medidas que de forma directa o indirecta limiten la elaboración de ideas o pensamientos o que condicionen su difusión y transmisión a la obtención previa de una autorización oficial.

Por censura previa debemos entender a cualquier actuación por parte del Estado que tenga como objetivo restringir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información con anterioridad a la elaboración y difusión de las ideas y pensamientos. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar que se trata

145 Eduardo Jorge Prats, ob. cit., p. 202.

146 TEDH, Sentencia de fecha 25 de noviembre de 1997. Caso *Zana v. Turquía*.

147 Ver artículo 49 de la Constitución dominicana.

de “toda restricción que despliega la autoridad pública con anterioridad a la elaboración y difusión de información o expresión de ideas, opiniones u obras del espíritu, encaminada a sujetarlas a la obtención de autorización oficial, previo examen de su contenido, o bien levantar la privación de elaborarla o difundirla”<sup>148</sup>.

Continúa el Tribunal Constitucional dominicano señalando que “el uso más habitual de la noción de censura refiere a la intervención que realiza un censor sobre el contenido o la forma de una obra, atendiendo a razones morales, políticas, ideológicas, religiosas o de otro tipo. Por lo general, está asociada a la intención de un gobierno de impedir la difusión de información contraria a sus intereses y es por ello que en las sociedades democráticas, como es el caso de la República Dominicana, la censura previa está prohibida”<sup>149</sup>.

La prohibición de censurar previamente las ideas y pensamientos se justifica en la necesidad de garantizar el “libre mercado de las ideas” y la participación efectiva de las personas en el debate público. Y es que, tal y como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si hay censura previa se produce “una supresión radical de la libertad de expresión” al impedirse “la libre circulación de informaciones, ideas, opiniones o noticias”. Esto constituye una “violación radical tanto al derecho de cada persona a expresarse – (dimensión individual)- como del derecho de todos a estar bien informados –(dimensión social)-, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”<sup>150</sup>.

Siendo esto así, es evidente que cualquier restricción a la libertad de expresión e información debe partir de un análisis objetivo del contenido del mensaje ya difundido. Por tanto, si bien es cierto que el ejercicio de esta libertad se encuentra

condicionado al respeto del “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”<sup>151</sup>, no menos cierto es que los límites impuestos por las autoridades judiciales y ejecutivas para garantizar estos bienes y derechos constitucionales deben aplicarse una vez los mensajes se hacen públicos.

En palabras del Tribunal Constitucional:

Una cosa es excluir a priori las ideas o pensamientos del debate público y otra “cosa distinta es el caso de que la información o expresión de ideas, opiniones u obras del espíritu, una vez se hacen públicos, tipifiquen un delito, la justicia puede tomar las medidas correspondientes, conforme a la ley, pues si bien no se admiten limitaciones preventivas al derecho a la libertad de expresión e información, se ha dejado la persecución de ciertos y precisos abusos, infracciones o delitos que en su ejercicio se puedan cometer a la aplicación de medidas ulteriores, o sea, que una vez emitida la opinión o difusión de una obra del espíritu que resulte agravante de otros bienes protegidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, se aplicarían tales medidas ulteriores que previamente han sido previstas por la legislación interna del Estado de que se trate”<sup>152</sup>.

En otras palabras, la Constitución dominicana prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión e información, pero dichas restricciones tienen carácter excepcional y no deben convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa<sup>153</sup>. De ahí que no es posible restringir la libertad de expresión e información a través de medidas limitativas de la elaboración o difusión de

148 TC, Sentencia No. TC/0075/16 de fecha 4 de abril de 2016.

149 *Ibidem*.

150 Corte IDH, Opinión Consultiva No. OC-5/85 de fecha 13 de noviembre de 1985.

151 Ver el párrafo del artículo 49 de la Constitución dominicana.

152 TC, Sentencia No. TC/0075/16 de fecha 4 de abril de 2016.

153 En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, “las limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión no pueden equivaler a mecanismos de censura previa, sino a responsabilidades ulteriores para quien abuse de este derecho” (Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019).

las ideas, informaciones u opiniones, pues el artículo 49 del texto constitucional postula claramente por la eliminación de todos los tipos imaginables de censura previa.

En este punto, es oportuno aclarar que la única posibilidad de censurar previamente una idea o pensamiento es para regular el acceso a su contenido de menores y adolescentes. En efecto, según el artículo 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. De este artículo se infiere claramente que los espectáculos públicos pueden estar sometidos a “un previo examen oficial” de su contenido con el único objetivo de discriminar determinadas audiencias con respecto a otras.

Es decir que no se trata propiamente de una censura previa, sino más bien de la regulación del acceso a espectáculos públicos por parte de niños, niñas y adolescentes.

La Constitución dominicana no establece ninguna posibilidad de establecer censura previa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dominicano ha señalado que la censura previa es admisible, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, “en los supuestos de expresiones que vayan a favor de la guerra, de la apología nacional, racional o religiosa que inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra cualquier persona o grupo de personas, así como aquellos que atenten contra la moral de la infancia y de la adolescencia”<sup>154</sup>. Esta sentencia es criticable, pues, si bien el ejercicio de la libertad de expresión e información está limitado al respeto de otros bienes y derechos constitucionales, lo que genera la exclusión del ámbito de protección constitucional de los discursos de odio, su restricción debe constatarse luego de evaluar el contenido del mensaje ya difundido y no con anterioridad a su elaboración o difusión.

Y es que, tal y como ha juzgado ese propio tribunal, “la censura previa es el prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva la supresión antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su derecho a la información”.

De ahí que, aun cuando la censura previa persiga un bien colectivo, esta no se justifica “porque viola el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión y se encuentra por ello prohibida expresamente en los instrumentos normativos analizados”<sup>155</sup>.

### **3.2. Límites a la regulación del derecho a la libertad de expresión e información.**

Otro de los límites impuestos a la regulación y restricción del ejercicio de la libertad de expresión e información se deriva de su propia naturaleza como un auténtico derecho fundamental. Y es que, conforme el artículo 74.2 de la Constitución dominicana, “sólo por ley, en los casos permitidos por la Constitución, -puede- regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”. De este artículo se infiere que la regulación de la libertad de expresión e información está condicionada a la observancia de su contenido esencial y a los principios de legalidad y razonabilidad.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, la intervención reguladora del Estado “debe hacerse contemplando los límites constitucionales consistentes en una: (a) regulación mediante ley; (b) no puede afectar el contenido esencial -del derecho fundamental-; y, (c) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida disposición, es decir, obedecer a criterios de razonabilidad”<sup>156</sup>. De ahí que los límites a la libertad de expresión e información requieren, para ser compatibles con las exigencias del citado artículo 74.2 de la Constitución dominicana, que:

154 TC, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

155 *Ibidem*.

156 TC, Sentencia No. TC/0280/14 de fecha 8 de diciembre de 2014.

(a) estén previstos por la ley, la cual constituye una garantía frente a posibles restricciones arbitrarias; (b) respeten la dimensión individual y colectiva de esta libertad, de modo que deben perseguir uno de los objetivos legítimos del artículo 49 de la Constitución dominicana; y, (c) sean necesarios en una sociedad democrática.

En síntesis, los límites al ejercicio de la libertad de expresión e información deben estar expresamente fijados por la ley y ser idóneos, necesarios y proporcionados para proteger “el derecho al honor o a la reputación, a la intimidad, a la dignidad y moral de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública”<sup>157</sup>. Dado que una injerencia sobre el contenido esencial de esta libertad es legítima cuando persigue la protección de estos bienes o derechos constitucionales, los cuales han sido analizados detalladamente en la sección anterior, a seguidas me limitaré a analizar los principios de legalidad y razonabilidad.

### 3.2.1. El principio de legalidad.

El principio de legalidad supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las restricciones y límites al ejercicio de los derechos fundamentales. Esto abarca la existencia de normas (*lex scripta*), anteriores al hecho (*lex praevia*) y que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas que desbordan el ámbito de protección constitucional de los derechos fundamentales. Se trata, en síntesis, de una de las garantías de las personas frente a las actuaciones arbitrarias y discrecionales de las autoridades.

Para el Tribunal Constitucional dominicano, “el principio de legalidad presupone que todas las actuaciones de las autoridades quedan sujetas a la Constitución y las leyes. Es un principio cardinal del Estado de Derecho que protege al individuo de las actuaciones arbitrarias y discrecionales de las autoridades. La ley debe preexistir a su

aplicación, es decir, que los ciudadanos deben estar conscientes de las consecuencias de sus actos y a qué se atienen cuando actúan en determinada dirección”<sup>158</sup>.

De lo anterior se infiere que el principio de legalidad se erige como una de las condiciones esenciales que permiten la configuración del Estado de Derecho, pues en su esencia abarca la prerrogativa de las personas de conocer con tiempo la influencia de las normas en su conducta, de tal forma que sean nulas las actuaciones sorpresivas, inesperadas y ajenas al ordenamiento jurídico. En síntesis, una injerencia por parte del Estado será legítima si está prevista por la ley.

Ahora bien, tres condiciones se requieren para que la intervención del Estado pueda entenderse como «prevista por la ley», a saber: (a) que se haya adoptado de acuerdo con una norma con rango de ley en sentido formal<sup>159</sup>; (b) que la ley sea accesible; y, (c) que la ley sea previsible. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar que “para ser calificada de «ley», la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público”<sup>160</sup>.

Una ley es accesible cuando las personas disponen de patrones suficientes que se adecúen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. Dicho de otra forma, la ley debe proporcionar suficientes orientaciones para que las personas puedan distinguir claramente qué pueden o no hacer, así como las consecuencias por la inobservancia de esa obligación. A juicio del Tribunal Constitucional dominicano, “las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir -el derecho fundamental-, de modo que éstas “deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución

157 TC, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

158 TC, Sentencia No. TC/0006/14 de fecha 14 de enero de 2014.

159 En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, la potestad sancionadora y las sanciones imponibles como consecuencia de los abusos en el ejercicio de los derechos fundamentales “sólo pueden ser instituidas por el Congreso Nacional”, es decir, que las mismas “deben estar dispuestas por ley” (TC/0667/16 de fecha 14 de diciembre de 2016).

160 TC, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

para que puedan distinguir cuáles -actuaciones- pueden restringirse y cuáles no”<sup>161</sup>.

Por otro lado, la ley es previsible cuando se encuentra formulada de manera expresa, clara y precisa. Es decir cuando la norma posee la suficiente precisión como para permitir que las personas puedan adecuar su conducta a sus postulados. De ahí que no se considera «prevista por la ley», a los efectos del citado artículo 74.2 de la Constitución dominicana, las restricciones contempladas en normas ambiguas, amplias o muy abiertas, que impidan que las personas puedan tener certeza sobre cuáles son sus derechos y obligaciones.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, las limitaciones fijadas por medio de responsabilidades posteriores a la libertad de expresión e información “tienen que identificarse en la ley de manera expresa, clara y precisa, ya que las normas sancionatorias ambiguas, amplias o muy abiertas violan la seguridad jurídica, promueven interpretaciones que socavan desproporcionalmente el ejercicio del derecho de libertad de expresión, lo que, a su vez, provoca que las personas no se expresen por el miedo a las represalias”<sup>162</sup>.

Tal y como advierte el Tribunal Constitucional dominicano, el principio de legalidad juega un rol importantísimo en la concretización de la libertad de expresión e información y, en consecuencia, en la participación de las personas en el dialogo democrático, pues la imprecisión de los límites impuestos a su ejercicio puede generar autocensura. Y es que, “si las personas no distinguen los discursos protegidos y no protegidos por la ley, pueden

sentirse intimidadas” como consecuencia de la gran discrecionalidad que poseen las autoridades, la cual “puede conducir a discriminar y a promover la arbitrariedad en la aplicación de la ley”<sup>163</sup>.

Siendo esto así, es evidente que las leyes deben ser lo suficientemente específico y claro como para permitir que las personas regulen su conducta de conformidad con ellas y, además, deben contener suficientes orientaciones para que sean accesibles al público. Estos requisitos se identifican con la prohibición de limitar los derechos fundamentales con base en mandatos legales vagos, ambiguos, amplios o indeterminados. De ahí que no basta para limitar el ejercicio de la libertad de expresión e información con la mera invocación en abstracto de los bienes o derechos constitucionalmente protegidos, sin precisar la forma en que éstos se materializan en el caso concreto y sin cumplir con la carga probatoria de demostrar su afectación<sup>164</sup>.

### 3.2.2. El principio de razonabilidad.

La razonabilidad es un principio constitucional del Estado social y democrático de Derecho que procura evitar actuaciones sorpresivas, irracionales o arbitrarias, asegurando que los medios seleccionados para regular o limitar una conducta tengan una relación real y sustancial con su objeto<sup>165</sup>. Se trata, en síntesis, de un principio que “expresa un conjunto de condiciones de racionalidad que toda medida estatal debe cumplir”<sup>166</sup>.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de razonabilidad es indispensable en una sociedad democrática. Dado este principio, “no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la medida cumple un propósito

161 Ibídem.

162 Ibídem.

163 Ibídem.

164 En palabras de la Corte Constitucional colombiana, “no basta para limitar la transmisión radial de expresiones sexualmente explícitas con la mera invocación de la ‘moralidad pública’ -concepto jurídico indeterminado-, sin precisar la forma en que ésta se materializa en el caso concreto en un interés específico objeto de protección constitucional, ni con la mención de los ‘derechos de los niños’ en abstracto, sin cumplir celosa y estrictamente con la carga probatoria de demostrar tanto la presencia predominante de niños en la audiencia de una determinada expresión como el daño que éstos han sufrido o podrían claramente sufrir en virtud de dicha expresión” (Sentencia No. T-391/07 de fecha 22 de mayo de 2007).

165 El principio de razonabilidad se desprende del artículo 40.15 de la Constitución dominicana. Según este artículo, “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”.

166 Carlos Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, segunda edición (Madrid: CEPC, 2005), p. 544 y 545.

útil u oportuno”, sino que cualquier “restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho fundamental”<sup>167</sup>. Dicho de otra forma, las medidas adoptadas por el Estado deben sustentarse necesariamente en criterios proporcionados, objetivos y no exagerados.

El instrumento más aceptado para determinar si una medida es razonable es el examen de razonabilidad desarrollado por la jurisprudencia colombiana<sup>168</sup>. Este examen “sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad”<sup>169</sup>, los cuales se concretizan en: (a) el análisis del fin buscado por la medida; (b) el análisis del medio empleado; y, (c) el análisis de la relación entre el medio y el fin.

En palabras del Tribunal Constitucional dominicano, para determinar la razonabilidad de una medida es necesario preguntarse: “(...) qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin)”. Estos, en definitiva, son “criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad u otro derecho fundamental, es razonable y, por tanto, constitucional o arbitraria”<sup>170</sup>.

De lo anterior se infiere que la razonabilidad se configura cuando la medida adoptada por el Estado para regular o restringir un derecho fundamental es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. El primer elemento exige que la restricción sea verdaderamente adecuada no sólo para la consecución del fin propuesto, sino además para el resguardo de los bienes y derechos constitucionales que se pretenden proteger. Es decir que la idoneidad exige comprobar si la medida es, por sí misma, un medio apto para conseguir el fin que la justifica.

Ahora bien, se puede advertir que no basta con que la medida sea idónea, sino que además debe ser, entre los diversos medios igualmente posibles para alcanzar el objetivo de la norma, la menos restrictiva para la libertad individual de las personas. En efecto, el segundo elemento del «test» de razonabilidad exige que la limitación impuesta a los derechos fundamentales sea ciertamente indispensable e imprescindible para lograr el fin propuesto, de modo que “siempre que sea posible la identificación de otro límite adecuado que, al infligir un daño menor, constituya una alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos, habrá de descartarse el límite cuya constitucionalidad se cuestiona”<sup>171</sup>.

A las condiciones de idoneidad y necesidad, se agrega la de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que de la limitación o restricción de un derecho fundamental se deriven más beneficios para el interés general que prejuicios sobre otros bienes en conflicto. El tercer elemento del «test» de razonabilidad plantea la necesidad de ponderar entre el fin propuesto y la medida empleado, con el objetivo de determinar “si la consecución del concreto fin público pretendido justifica o compensa el sacrificio del interés privado afectado por la medida enjuiciada”<sup>172</sup>. La ponderación debe hacerse sobre la base de una valoración costes-beneficios.

En lo que respecta a las medidas restrictivas del derecho a la libertad de expresión e información, el Tribunal Constitucional dominicano ha juzgado lo siguiente:

“Si bien es cierto que el derecho a la libertad de expresión “no extingue el derecho a la intimidad, al honor personal y a la propia imagen”, (...) no menos cierto es que la limitación al derecho de libertad de expresión debe satisfacer el «test» de razonabilidad. Para ello se requiere entonces que se trate de un mecanismo adecuado y efectivo

167 CIDH, Sentencia No. 111 de fecha 31 de agosto de 2004. Serie C. p. 96. Caso Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo y reparaciones.

168 Véase: CCC, Sentencia No. C-022/96 de fecha 23 de enero de 1996.

169 TC, Sentencia TC/0044/12 de fecha 21 de septiembre de 2012.

170 *Ibidem*.

171 Ver Sentencias No. STC 136/1999 del 20 de julio de 1999 y STC 167/1997 del 2 de octubre de 1997.

172 Matilde Carlón Ruíz. “El principio de proporcionalidad”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Director). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (España: La Ley, 2010), p. 207.

para el cumplimiento de la finalidad pretendida (idoneidad); que no se pueda alcanzar por otro medio menos restrictivo o gravoso para el derecho a la libertad de expresión dentro de todas las alternativas igualmente efectivas (necesidad); y que las ventajas obtenidas de la limitación compensen y justifiquen los sacrificios que conllevan (proporcionalidad)”<sup>173</sup>.

En resumen, las medidas adoptadas por el Estado para regular o restringir el ejercicio de la libertad de expresión e información deben ser idóneas y necesarias para proteger “el derecho al honor o a la reputación, a la intimidad, a la dignidad y moral de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública”<sup>174</sup>. Pero además, estas medidas deben justificar y compensar la exclusión de ciertas ideas, opiniones y pensamientos del debate público, a fin de evitar que se adopten medidas arbitrarias que conduzcan a la autocensura.

### **3.3. La ponderación como garantía y objeto del control constitucional.**

Aclarado lo anterior, es oportuno señalar que los mensajes provocadores de actos ilícitos quedan incluidos dentro del ámbito inicialmente protegido por la libertad de expresión. De ahí que cualquier restricción debe partir de un análisis objetivo del contenido del mensaje ya difundido y de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto.

La ponderación se articula como una garantía del derecho de la libertad de expresión e información, pues permite que el ejercicio de esta libertad prevalezca sobre otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos como consecuencia de su posición prevalente en el ordenamiento jurídico.

En palabras del Tribunal Constitucional español, el derecho a la libertad de expresión e información posee una posición preferencial en el texto constitucional, que implica, de una parte, “una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información” y, de otra, “exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio”<sup>175</sup>, lo que significa que no necesariamente y en todo caso la afectación de los demás derechos y bienes constitucionales haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de la libertad de expresión e información<sup>176</sup>.

La ponderación puede concebirse como un método de interpretación y aplicación de la Constitución que impone el deber de “armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno -de los derechos y valores fundamentales- a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos con coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren”<sup>177</sup>.

En síntesis, la ponderación es un método que permite solucionar las antinomias o conflictos entre derechos fundamentales, buscando, en principio, hacer compatibles todos los derechos e intereses en juego y procurando, en caso de que la compatibilidad no pueda alcanzarse, que el derecho no preponderante resulte afectado únicamente en la medida necesaria para no sacrificar el prevaleciente. Así pues, cuando la libertad de expresión e información entra en conflicto con otros bienes o derechos constitucionales, “las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse debe ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental -de la libertad de expresión

173 TC, Sentencia No. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

174 *Ibidem*.

175 TCE, Sentencia No. STC 159/1986 de fecha 16 de diciembre de 1986.

176 TCE, Sentencia No. STC 104/1986 de fecha 17 de julio de 1986.

177 TCE, Sentencia No. STC 196/1987 de fecha 11 de diciembre de 1987.

e información- no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”<sup>178</sup>.

Para realizar la ponderación entre los bienes y derechos constitucionales que entran en conflicto con el ejercicio de la libertad de expresión e información, el intérprete debe tomar en consideración los siguientes factores: (a) el contexto en que es emitido el mensaje; (b) su impacto en la ciudadanía u opinión pública; (c) la intención del autor; (d) la estigmatización; y, (e) la idoneidad del mensaje. De ahí que los mensajes provocadores de actos ilícitos sólo pueden ser privados de protección constitucional si, atendiendo a las circunstancias concretas del mensaje, se vulnera o amenaza de forma clara e inminente los bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

#### 4. Conclusiones

La libertad de expresión es la esencia del debate público, pues asegura la formación de la opinión pública mediante el libre intercambio de las ideas. Esta libertad posee dos dimensiones: por un lado, (a) el derecho de las personas de expresar y difundir pensamientos, ideas e informaciones (dimensión individual); y, por otro lado, (b) el derecho de recibir y conocer las informaciones difundidas por los demás (dimensión colectiva). Para el Tribunal Constitucional dominicano, ambas dimensiones se encuentran estrechamente vinculadas porque “una persona desinformada no tiene la posibilidad de expresarse con eficacia y libertad”<sup>179</sup>.

La libertad de expresión e información no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio se encuentra condicionado al respeto del “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”<sup>180</sup>. De ahí que no son tolerables las imputaciones deshonrosas, las expresiones vejatorias y difamatorias, la divulgación de hechos que pertenecen a la esfera de la vida privada y los

mensajes que incentivan al odio, la intolerancia y la hostilidad con base a la identificación de las personas con determinados grupos sociales o geográficos. También son jurídicamente inaceptables los mensajes negacionistas y aquellos que fomentan el terrorismo o la exclusión social.

Ahora bien, para determinar si un mensaje cumple con estas características y, en consecuencia, desborda el ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión e información es necesario tomar en cuenta los siguientes factores: (a) el contexto en que es emitido el mensaje; (b) su impacto en la ciudadanía u opinión pública; (c) la intención del autor; (d) la estigmatización; y, (e) la idoneidad del mensaje. Y es que, en principio, todos los mensajes quedan incluidos dentro del ámbito inicialmente protegido por esta libertad, de modo que cualquier restricción debe partir de un análisis objetivo del contenido del mensaje ya difundido.

En otras palabras, las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión e información tienen carácter excepcional y no deben convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Por tanto, los mensajes provocadores de actos ilícitos sólo pueden ser privados de protección constitucional si, atendiendo a las circunstancias concretas del mensaje, se vulnera o amenaza los bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Esto obliga a identificar los bienes jurídicos en conflicto con el derecho a la libertad de expresión e información y las pautas que orientan la concreción de sus límites en el ordenamiento jurídico dominicano.

El derecho a la libertad de expresión e información puede colisionar con el honor, el buen nombre y la propia imagen, con el derecho a la intimidad, así como con la dignidad y moral de las personas. Esta última, como límite constitucional de esta libertad, debe ser interpretada desde un sentido restrictivo, lo que conlleva vincularla, por un lado, a la protección de la dignidad humana y, por otro lado, a la protección de la juventud y de la infancia. También

178 TCE, Sentencia No. STC 159/1986 de fecha 16 de diciembre de 1986.

179 TC, Sentencia No. TC/0123/14 de fecha 16 de junio de 2014.

180 Ver párrafo del artículo 49 de la Constitución dominicana.

el ejercicio de este derecho puede colisionar con la seguridad nacional y el orden público, los cuales están estrechamente vinculados a la protección de la personalidad e integridad del Estado y al sistema de derechos fundamentales.

En primer lugar, el derecho al honor y al buen nombre reconoce la prerrogativa de las personas de convivir pacíficamente y ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social. Es decir que las personas tienen derecho, en razón de su dignidad humana, a ser estimados y tratados con deferencia dentro de la colectividad, por lo que escapan del ámbito de protección constitucional las imputaciones deshonrosas y los mensajes falsos, vejatorios, injuriosos o difamatorios que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo.

En segundo lugar, el derecho a la intimidad incluye entre sus manifestaciones típicas: por un lado, (a) la intimidad personal y familiar, la cual comprende: (a.1) el derecho a la autodeterminación informativa, que es la prerrogativa que poseen las personas de controlar la divulgación de las informaciones referentes a ciertos aspectos de su vida privada o íntima; y, (a.2) la inviolabilidad del domicilio, que protege los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona (por ejemplo, el hogar, el domicilio y todo recinto privado); y, por otro lado, (b) la intimidad corporal, la cual protege el cuerpo de las personas frente a toda indagación o pesquisa que quiera imponerse contra su voluntad, con el objetivo de garantizar su pudor o recato. Dentro de esta manifestación se encuentra el derecho a la propia imagen y el derecho al secreto y privacidad de las comunicaciones. De ahí que se excluyen del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión e información los mensajes que divulgan hechos que pertenecen a la vida privada de las personas. Ese ámbito propio y reservado de las personas incluye su esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad y su personalidad espiritual y física.

En tercer lugar, la dignidad humana, desde una dimensión objetiva, viene a ser el pilar básico de todo el ordenamiento constitucional y del sistema de derechos fundamentales y, desde una dimensión subjetiva, es la prerrogativa que poseen las personas

de ser tratados dignamente, independientemente de su raza, condición social o económica, edad, sexo, ideas políticas o religiosas. Es decir que se trata del derecho a que las personas reciban un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano.

Así las cosas, es evidente que escapan del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión e información los mensajes odiosos, es decir, racistas, sexistas y xenófobos, cuya única intención es denigrar y excluir del diálogo democrático a determinadas personas en razón de su raza, etnia, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, entre otros factores. Y es que, los discursos de odio excluyen y marginalizan a las personas de la vida en sociedad, lo que genera que éstas sean tratadas como seres inferiores y no como ciudadanos dignos de respeto. Dentro de estos discursos, se encuentran los mensajes que niegan la existencia de actos terroristas y crímenes de lesa humanidad con el único objetivo de ridiculizar a las víctimas para generar un ambiente hostil y discriminatorio en su contra.

En síntesis, las pautas que orientan la concretización de los límites a la libertad de expresión e información son: (a) la proscripción de expresiones difamatorias, ultrajantes u ofensivas que resulten innecesarias (colisión con el honor y el buen nombre); (b) el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar (colisión con el honor y la dignidad humana); (c) cuando se produzca humillación de las víctimas (colisión de la dignidad humana y la moral de las personas); (d) cuando las opiniones se acompañen de juicios ofensivos y que supongan una incitación racista (también en colisión con el honor y la dignidad humana); y, (e) la proscripción de la divulgación, la reproducción y la grabación del ámbito privado de las personas (colisión con el derecho a la intimidad).

La libertad de expresión e información es un derecho limitado cuyo ejercicio se encuentra condicionado a la observancia de otros bienes y derechos constitucionales. De ahí que, si bien no se prohíbe o castiga el odio, la Constitución dominicana restringe su difusión con el objetivo de garantizar 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. Por tanto, no hay dudas de que los mensajes difamatorios, vejatorios, racistas, xenofóbicos o que degradan a un individuo por su condición política, social o cultura escapan del ámbito de protección constitucional de este derecho fundamental.

## Referencias

Artagnan Pérez Méndez. Compendio del Código Penal Dominicano Anotado. Libro III, Título II, Capítulo I. Santo Domingo: Amigos del Hogar, Año 2010.

Bacigalupo Saggese y Velasco Caballero, "Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de ley". En Revista Española de Derecho Administrativo, N.º 85. España: Civitas, Año 1995.

Carlos Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Año 2005.

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa. Recomendación General N.º 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio y memorándum explicativo. Estrasburgo. Fecha 8 de diciembre de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022/96 del 23 de enero de 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-489/02 del 26 de junio de 2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881/02 del 17 de octubre de 2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-133/06 del 23 de febrero de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417/09 del 26 de junio de 2009.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-436/12 del 12 de junio de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-550/12 del 13 de julio de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º OC-5/85 de fecha 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia núm. 73 del 5 de febrero de 2001. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 26 de mayo de 2001. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia núm. 107 del 2 de julio de 2004. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia núm. 111 del 31 de agosto de 2004. Serie C. Caso Ricardo Canese v. Paraguay.

Eduardo Jorge Prats. Derecho Constitucional, Volumen II. Santo Domingo, República Dominicana: Ius Novum, Año 2012.

Francisco Javier Martínez Real. El fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana. Santo Domingo: UNIBE. Año 2020.

Germán Teruel Lozano. "La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal", en Revista para el Análisis del Derecho, InDret N.º 4/2015. Barcelona, Octubre 2015.

Giorgio Pino, "Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli". En Cuadernos de Filosofía del Derecho, N.º 32. Universidad de Alicante: España. Año 2009.

John Rawls. Teoría de la justicia. Harvard University Press: Estados Unidos.

Joaquín Brage Camazano. Los límites a los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson. Año 2004.

Jörg Luther, “El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 89. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Año 2010.

Juan Cianciardo. *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*. México: Universidad Autónoma de México. Año 2020.

Juan Pablo Cajigal Germain. *Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión*. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Año 2018.

Luigi Ferrajoli. *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*. Italia: Trotta. Año 2016.

Manuel Medina Guerrero. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw Hill. Año 1997.

Matilde Carlón Ruíz. “El principio de proporcionalidad”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (Director). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. España: La Ley Año 2010.

Norberto Bobbio. *Teoría generale della política*. Turín: Eneudi. Año 1999.

Organización de Estados Americanos (OEA), *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008*, Volumen III. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Washington. Fecha 25 de febrero de 2009.

Pedro Salazar. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Universidad Autónoma de México: Año 2006.

Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Año 2001.

Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia núm. BverFGE 7 de fecha 15 de enero de 1985.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0011/12 de fecha 3 de mayo de 2012.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0042/12 de fecha 21 de octubre de 2012.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0059/13 de fecha 15 de abril de 2013.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0084/13 de fecha 4 de junio de 2013

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0109/13 de fecha 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0167/13 de fecha 17 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0200/13 de fecha 7 de noviembre de 2013.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0081/14 de fecha 12 de mayo de 2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0123/14 de fecha 16 de junio de 2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0280/14 de fecha 8 de diciembre de 2014.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0002/15 de fecha 28 de enero de 2015.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0075/16 de fecha 4 de abril de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0314/16 de fecha 20 de julio de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0437/16 de fecha 13 de septiembre de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0667/16 de fecha 14 de diciembre de 2016.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0716/17 de fecha 8 de noviembre de 2017.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0013/18 de fecha 18 de enero de 2018.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia núm. TC/0092/19 de fecha 21 de mayo de 2019.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 25/1981 de fecha 14 de julio de 1981.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 62/1982 de fecha 15 de octubre de 1982.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 22/1984 de fecha 17 de febrero de 1984

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 53/1985 de fecha 11 de abril de 1985.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 104/1986 de fecha 17 de julio de 1986.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 158/1986 de fecha 11 de diciembre de 1986.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 159/1986 de fecha 16 de diciembre de 1986.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 196/1987 de fecha 11 de diciembre de 1987.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 6/1988 de fecha 21 de enero de 1988.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 209/1988 de fecha 12 de diciembre de 1988.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 231/1988 de fecha 23 de diciembre de 1988.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 105/1990 de fecha 6 de junio de 1990.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 197/1991 de fecha 17 de octubre de 1991

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 214/1991 de fecha 11 de noviembre de 1991.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 57/1994 de fecha 28 de febrero de 1994.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 117/1994 de fecha 25 de abril de 1994.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 76/1995 de fecha 22 de marzo de 1995.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 167/1997 de fecha 2 de octubre de 1997.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 197/1997 de fecha 24 de noviembre de 1997.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 136/1999 de fecha 20 de julio de 1999.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 123/2002 de fechas 20 de mayo de 2002.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 213/2007 de fecha 7 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 235/2007 de fecha 7 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 623/2013 de fecha 12 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 112/2016 de fecha 20 de junio de 2016.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia núm. STC 4/2017 de fecha 18 de enero de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 8 de julio de 1986. Caso Lingens v. Austria.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia núm. 239 de fecha 25 de junio de 1992. Caso Thorgeir Thorgeirson v. Islandia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 23 de septiembre de 1994 (Apl. N.º 15890/89). Caso Jersild v. Denmark.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 25 de noviembre de 1997. Caso Zana v. Turquía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 14 de junio de 2003 (Apl. N.º 65831). Caso Garaudy v. Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de fecha 4 de diciembre de 2003 (Apl. 35071/97). Caso Günduz v. Turquía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia núm. 5 de fecha 10 de junio de 2008 (Apl. 15948/3). Caso Soulas y otros v. Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 30 de junio de 2009. Caso Herri Batasuna y Batasuna vs. España.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia núm. 2 de fecha 16 de julio de 2009 (Apl. 15515/07). Caso Feret v. Bélgica.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2012 (Apl. N.º 1813/07). Caso Vejdeland and others v. Sweden.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 20 de octubre de 2015 (Apl. N.º 25239/13). Caso M'bala v. Francia.

Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editora Trotta. Año 2002.

# La expropiación forzosa en la República Dominicana

Gilbert M. de la Cruz Álvarez\*

Recibido: 28 de julio de 2021 – Aceptado: 29 de noviembre de 2021

## Resumen

Se expone, a partir de un reparo de las normas aplicables y los criterios jurisprudenciales existentes, la situación actual de la expropiación forzosa en el derecho dominicano.

**Palabras clave:** Buena Administración, causa expropiandi, control judicial, expropiación y justiprecio.

## Abstract

*Based on the existing and applicable legal frame and jurisprudential criteria, the legal figure of forced expropriation in the Dominican law is exposed.*

**Keywords:** *Good Administration, causa expropiandi, judicial control, expropriation and justiprecio.*

---

\* Egresado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Máster en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca (USAL). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU).

## Introducción

El derecho de propiedad, visto desde la perspectiva constitucional, significa el derecho que tienen las personas sobre un bien, mueble o inmueble, que le permite el ejercicio de los atributos de disposición, uso y disfrute. Sin embargo, el mismo no es absoluto ni ilimitado, ya que su ejercicio debe realizarse en armonía con la función social que le permite al Estado limitarlo o privarlo en ciertas circunstancias.

Por lo que surge la incógnita de saber ¿cuándo puede el Estado privar el derecho de propiedad? ¿O acaso la determinación de ello debe dejarse sin más a la Administración por la alegada discrecionalidad de la prerrogativa?

En consideración de esto nos hemos animado a realizar el presente y breve texto para exponer, a partir de un reparo de las normas aplicables y los criterios jurisprudenciales existentes (que no son muchos), los requisitos que debe reunir la expropiación para su adecuada realización, y de esa manera dar cuenta de la situación actual de la cuestión en el ordenamiento dominicano.

## II. Una breve explicación de los antecedentes de la expropiación en el derecho dominicano

Aunque los antecedentes históricos de la técnica expropiatoria preceden la Revolución Francesa<sup>1</sup>, resulta indiscutible que su origen constitucional coincide con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 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 como un tema directamente ligado al alcance con el que los textos constitucionales plasman el derecho de propiedad y sus garantías.

Así pareció considerarlo Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA al expresar lo que sigue:

“No es necesario ponderar demasiado la significación que toda ley de expropiación forzosa, por el hecho de su materia, presenta en el marco general de un ordenamiento positivo. Esta significación suele tener desde la Revolución francesa un reconocimiento formal expreso: las leyes de expropiación forzosa son siempre leyes en desarrollo directo e inmediato de principios con tenidas en las Constituciones. La expropiación forzosa, como institución, se legitima, se limita, se ordena in vía recta sobre declaraciones constitucionales formales y solmenes.”<sup>2</sup>

En ese contexto fue que hace un tiempo Rafael BONNELLY llegó a sostener que “[t]oda constitución democrática garantiza, pues, como la nuestra, el Derecho de propiedad.”<sup>3</sup> Y ello es, justamente, porque en nuestra historia desde la declaración de Independencia en 1844 la Constitución, mejor conocida como Constitución de San Cristóbal, consagró expresamente la protección de la propiedad privada. El art. 21 de la Constitución de 1844 disponía que “[n]adie puede ser privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización a juicio de peritos.”

Disposición, esta última, que siguió repitiéndose en las constituciones sucesivas<sup>4</sup> hasta la reforma de 1942, que amplió la causa expropriandi de utilidad pública a utilidad pública o interés social para permitir que la expropiación se utilizara para resolver problemas de índole social. A partir de este momento se introdujo en el derecho dominicano una conceptualización diferenciada entre utilidad pública e interés social, capaz de permitir que el beneficiario de la expropiación sea un sujeto privado, distinto a la Administración Pública expropiante.

1 Villar Palasí, José Luis, Técnicas remotas del derecho administrativo, Madrid, INAP, 2001, p. 46.

2 García de Enterría, Eduardo, Principios de la nueva ley de expropiación forzosa, Madrid, Civitas, 2006, p. 29.

3 Derecho constitucional, Santo Domingo, Amigos del Hogar, 2018, p. 58.

4 Constituciones de febrero 1854 (art. 14), de diciembre de 1854 (art. 15), de 1858 (art. 17), de 1865 (art. 20), de 1866 (art. 21), de 1872 (art. 8.15), de 1874 (art. 21), de 1875 (art. 20), de 1877 (art. 11.3), 1878 (art. 11.3), de 1879 (art. 11.3), de 1880 (art. 11.3), de 1881 (art. 11.2), de 1887 (art.11.3), de 1896 (art. 11.3), de 1907 (art. 9.3), de 1908 (art. 6.6), de 1924 (art. 7) y de 1934 (art. 7).

En este sentido es de destacar la reflexión de Manuel AMIAMA:

“En nuestro país, el derecho de propiedad está consagrado en el inciso 13 del Art. 8 de la Constitución. Según su texto, la propiedad privada cual que su naturaleza, no puede ser tomada por el Estado ni por otras personas autorizadas por el Estado, sino por causa debidamente justificada de utilidad pública o interés social y previa justa indemnización. Según esto, la posibilidad de tomar la propiedad privada en tales caos no corresponde al antiguo concepto de la expropiación, sino más bien a la figura jurídica de la enajenación o venta forzosa. La introducción del interés social como justificante de esta enajenación forzosa en nuestro texto constitucional data de la reforma de 1942. Significa que el Estado puede ordenar la expropiación remunerada no sólo para obras destinadas a ingresar y permanecer en el patrimonio del Estado, sino también para resolver problemas en provecho de ciertos grupos o núcleos de la comunidad necesitados de un asiento territorial para fines de habitación o trabajo. Es esta la primera forma de aplicación que se ha dado a la reforma de 1942.”<sup>5</sup>

En desarrolló de esta disposición constitucional fue que se promulgó la Ley núm. 344 de 29 de julio de 1943, que establece un Procedimiento especial para las Expropiaciones intentadas por el Estado, el Distrito de Santo Domingo o las Comunes (en adelante “LPE”), la cual adoptó el modelo expropiatorio francés para que sea el juez judicial quien acordara la transferencia de la propiedad afectada de utilidad pública o interés social y la fijación del justiprecio.

En ese sentido conviene destacar que la LPE, actualmente vigente, contiene algunas disposiciones que históricamente han sido utilizadas de manera deficiente para restringir el derecho de propiedad. Tal es el caso, por ejemplo, de la expropiación de urgencia por necesidad de ocupación y el método de valoración asentado en el criterio catastral (en base al cual suelen fijarse precios disconforme con la realidad<sup>6</sup>), los cuales vienen siendo objeto de algunas interpretaciones correctivas (y con este dato adelantamos algunos de los comentarios del trabajo) por parte de la jurisprudencia y la doctrina recientes, en aplicación del art. 51 de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 y del derecho convencional<sup>7</sup>.

### III. Fundamentos y naturaleza jurídica de la expropiación

Según lo sostenido por Fernando GARRIDO FALLA, la expropiación es “(...) un instituto de Derecho público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública, o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico.”<sup>8</sup>

Sosteniendo en algunas páginas siguientes y haciendo referencia al criterio del Tribunal Constitucional español, que la expropiación tiene una doble naturaleza porque constituye una técnica destinada a la consecución del interés público y, a la vez, es una garantía constitucional del derecho de propiedad privada<sup>9</sup>. Por lo que constituye –al decir Miguel MARIENHOFF– “(...) un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre dos intereses: el público y el privado.”<sup>10</sup> Se trata, en definitiva, de la doble faz que envuelve uno de los dogmas del derecho administrativo, que es el equilibrio entre las potestades de la Administración

5 Notas de derecho constitucional, 6ª ed., Santo Domingo, Editora Punto Mágico, 1995, pp. 73-74.

6 Así, la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, mediante Sentencia núm. 030-02-2018-SSEN-00326, de fecha 28 de septiembre de 2018, sostuvo “(...) que la competencia para determinar el valor de un inmueble es atribución exclusiva de la susodicha Dirección General de Catastro Nacional (...)”. Vid. Recio, Adonis, Jurisprudencia del tribunal superior administrativo, Santo Domingo, 2019, p. 310.

7 Cfr. Rojas Báez, Julio José, “La expropiación en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a la República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo (Dir.), La organización del poder para la libertad, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2020, pp. 907-940.

8 Tratado de derecho administrativo, t. II, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 287.

9 Ibidem, p. 294.

10 Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, t. IV, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 126.

Pública (prerrogativas y privilegios justificadas por razones de interés general) y el control de su ejercicio para la defensa de los derechos y garantías de las personas<sup>11</sup> lo cual tiene base, en el derecho dominicano, en los artículos 8, 68, 69 y 74.4 de la Constitución.

Dentro de su concepción como atribución pública la expropiación se enmarca en la denominada potestad ablatoria, que denota una categoría de conducta administrativa que suele quitar o eliminar los derechos<sup>12</sup>. Aunque debe indicarse, a fin de ser más preciso, que su encuadramiento como una actividad ablatoria responde a elementos objetivos de interés general<sup>13</sup>, por lo que su ejercicio siempre deberá responder a las necesidades de adquirir cierto bien por razones utilidad pública o interés social y no por situaciones subjetivas o particulares de los sujetos. Y es precisamente sobre esta idea que el Tribunal Constitucional diferenció la expropiación de la confiscación o decomiso para la aplicación apropiada de las garantías que el art. 51 de la Constitución dispone en protección de la propiedad<sup>14</sup>.

Como garantía, la expropiación asegura que la limitación de la propiedad se realice en los casos estrictamente necesarios y, en caso de producirse, permite la integridad patrimonial<sup>15</sup> de las personas<sup>16</sup>. Mejor dicho, en palabras de la Suprema Corte de Justicia:

“12. Es preciso indicar que, si bien se otorga al Estado la posibilidad de apoderarse de determinados bienes particulares, esto no

significa que los derechos del particular claudican totalmente ante el Estado, sino que, en el lugar de su derecho de propiedad, que desaparece, surge un nuevo derecho, el derecho a ser indemnizado y, por tanto, a recibir una justa compensación. Esto en razón de que este derecho sustitutivo debe ser, como su nombre lo indica, una justa compensación o indemnización, que no signifique ni enriquecimiento ni empobrecimiento para el expropiado, es decir, una indemnización que sustituya el derecho que ha sido lesionado por el ejercicio de la potestad expropiatoria”<sup>17</sup>.

De allí que Ramón PARADA haya sostenido que la expropiación suele abordarse en los textos constitucionales de manera negativa para que constituya una garantía radical frente al desposeído por la Administración Pública y no de modo positivo, como si se tratase de una simple potestad de ésta para eliminar la propiedad privada<sup>18</sup>.

## IV. La potestad expropiatoria

### IV.1. Elementos subjetivos

Aunque la LPE no enuncia expresamente los sujetos de la expropiación, se acepta sin mayores inconvenientes que, en principio, son dos: el expropiante y el expropiado. El primero es el expropiante, que en el ordenamiento dominicano es el Poder Ejecutivo, ya que en virtud del art. 1 de la LPE es quien debe declarar, mediante decreto, la necesidad de utilidad pública o interés social para disponer el inicio del procedimiento expropiatorio<sup>19</sup>.

11 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, t. I, 17ª ed., Madrid, Civitas, 2015, p. 73.

12 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, t. II, 14ª ed., 2015, pp. 122-ss; y Cassagne, Juan Carlos, Derecho administrativo, t. II, Lima, Palestra, 2010, pp. 585-ss.

13 Recordando lo sostenido en España por José Luis MEILÁN GIL (Categorías jurídicas en el derecho administrativo, Madrid, Iustel, 2011, p. 25), respecto al hecho de que “[e]l interés general no se identifica necesariamente con el interés de la Administración.”

14 Sentencia TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013.

15 Según Rachel Hernández Jerez (“Expropiación y responsabilidad patrimonial del Estado en la República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo [Dir.], El nuevo constitucionalismo y la constitucionalización de la sociedad y el derecho, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2008, p. 426), ello implica una obligación de buena Administración.

16 De allí que la Suprema Corte de Justicia (3ª Sala, 28 de octubre 2020, núm. 003-2020-SS-00733) haya indicado que “(...) la expropiación implica una conversión de derechos (...)”, pues “(...) el bien expropiado sale del patrimonio del expropiado y se sustituye por su valor económico (...)”.

17 SCJ, 3ª Sala, 29 de septiembre de 2021, núm. 033-2021-SS-00846.

18 Parada, Ramón, “Evolución y crisis del instituto expropiatorio”, en Documentación Administrativa, núm. 222, 1999, p. 45.

19 Amiama, Manuel, Prontuario de legislación Administrativa Dominicana, Santo Domingo, SEAP, 2008, p. 221.

El segundo es la persona contra quien se dirige la potestad expropiatoria y sobre cuyos bienes recae la expropiación. De acuerdo con la doctrina comparada se trata de una cualidad *ob rem* y, por tanto, no definida por la situación subjetiva del sujeto, sino por la de titularidad del objeto de la expropiación<sup>20</sup>. Resulta tanto así que el art. 15 de la LPE contempla expresamente la posibilidad de expropiar los bienes de personas incapaces por motivos minoría de edad o interdicción.

Y, finalmente, podría presentarse un tercer sujeto denominado beneficiario, que es la persona u organismo que se favorece de la expropiación. Puede tratarse de un ente público<sup>21</sup> distinto a la Administración que inicia el procedimiento expropiatorio o un sujeto de derecho privado, según la expropiación tenga como causa una situación de utilidad pública o interés social<sup>22</sup>.

Una ilustrativa descripción de esto último lo constituye lo expresado por la Suprema de Justicia:

“(…) que ese texto no limita la expropiación a los casos en que el Estado u otras entidades de derecho público necesiten por sí mismos los bienes a tomar, sino que se extiende a los casos en que los bienes a expropiar deban pasar al patrimonio de otras personas, públicas o privadas, cuando ello sea requerido por interés social (...)”<sup>23</sup>

## IV.2. Elemento objetivo

Puede ser objeto de expropiación cualquier tipo de derecho e interés patrimonial legítimo que forme parte de la esfera jurídica de las personas. Ello se deduce del contenido del art. 51 de la Constitución,

que sin realizar ninguna distinción entre los tipos de bienes solo se refiere a la propiedad, y el 1 de la LPE, que al aludir el posible objeto de expropiación expresa que puede ser “una propiedad cualquiera”. De manera que, por la dicción literal de las normas citadas, no existe inconveniente en que los supuestos objetos de la expropiación sean un bien mueble o inmueble<sup>24</sup>.

En ese mismo sentido se ha expresado Eduardo Jorge Prats:

“Hoy hay que admitir que el artículo 51 de la Constitución protege contra la expropiación injusta de bienes tanto muebles como inmuebles, tanto corporales como incorporeales, con exclusión de aquellos derechos de carácter extrapatrimonial. Y es que dicho texto no limita el instituto de la expropiación a una categoría de bienes y derecho ni tampoco remite al legislador para que determine el ámbito de la expropiación. Pretender lo contrario, no sólo sería nadar contra la corriente del texto constitucional sino desconocer la realidad económica de las grandes propiedades mobiliarias, con lo que se desprotege al propietario de valores mobiliarios frente al propietario inmobiliario”.<sup>25</sup>

En ese sentido, debe resaltarse que para nuestro Tribunal Constitucional la propiedad y sus garantías jurídicas comprenden los derechos administrativos reales consecuentes de actos administrativos favorables, como por ejemplo la autorización<sup>26y27</sup>. De manera que puede utilizarse la expropiación para extinguir este tipo de derecho cuando así exija una causa de utilidad pública<sup>28</sup>.

20 García de Enterría, Eduardo, Principios de la ..., ob. cit., p. 57.

21 Como los municipios, por ejemplo, que en virtud del art. 60.9 de la Ley 176-07 deben realizar una solicitud de declaratoria de utilidad pública frente al Poder Ejecutivo para la realización de una expropiación en su favor.

22 Amiama, Manuel, Notas de derecho ..., ob. cit., pp. 73-74.

23 SCJ, agosto de 1966, B. J. 669, pp. 1361.

24 Troncoso de la Concha, Manuel de Jesús, Elemento de derecho administrativo, 4ª ed., Santo Domingo, INAP, 1981, p. 248; Concepción Acosta, Franklin, Teoría de las vías de ejecución en el derecho administrativo, Santo Domingo, Impresora Soto Castillo, 2017, p. 443-444.

25 Jorge Prats, Derecho constitucional, t. II, 2ª ed., Santo Domingo, Ius Novum, 2012, p. 213.

26 Sentencia TC/0226/14, de 23 de septiembre de 2014.

27 Coincidiendo en este sentido con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122.; caso Granier y otros [Radio Caracas Televisión] vs. Venezuela, sentencia de 22 de junio de 2015, párr. 335; y caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 199).

28 González Pérez, Jesús, Los derechos reales administrativos, Madrid, 2016, pp. 68-70.

### IV.3. La causa *expropriandi*

La causa *expropriandi* es la razón que justifica y legítima el ejercicio de la potestad expropiatoria, por lo que su presencia en el supuesto particular, ya sea la utilidad pública (como la ejecución de una obra pública) o el interés social (por ejemplo, solución de un problema social), debe ser declarada de manera previa y concreta por la Administración Pública, que implica la obligación de tener que explicar el futuro al que se destinará el bien objeto de la expropiación, conforme al principio de racionalidad del art. 3.4 de la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (en adelante “LPA”).

Ello responde al hecho de que el interés general no es una noción que pueda utilizarse indiscriminadamente para imponer los privilegios de autotutela sobre las personas sin mayores precisiones, sino que debe ser efectivamente demostrado y racionalmente motivado<sup>29</sup>.

En esta dirección de pensamiento, podemos ver la opinión del profesor español Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (y aunque la opinión se realiza de manera genérica, resulta aplicable para el caso de la potestad de expropiación):

“(...) el interés público no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de la potestad administrativa sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder.”<sup>30</sup>

Como ilustración de esto en el Derecho dominicano podemos traer a colación las líneas contenidas en una vieja sentencia donde la Suprema Corte

de Justicia, refiriéndose a la causa *expropriandi*, sostenía lo que sigue:

“(...) entre las facultades del tribunal que sea apoderado de este procedimiento se encuentra la de comprobar si el Decreto de expropiación así dictado cumplía esos fines; que, por consiguiente, el Tribunal a-quo, pudo correctamente, como lo hizo, declarar inconstitucional el referido Decreto de expropiación, fundándose, según consta en la sentencia impugnada, *en que el mismo no había perseguido fines de utilidad pública o interés social, sino fines comerciales (...)*”<sup>31</sup>

En una decisión más reciente, la Suprema Corte de Justicia también sostuvo:

“15. 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.”<sup>32</sup>

Esta afirmación se enmarca en una línea jurisprudencial que nos enseña que, en atención a lo dispuesto por el art. 51.1 de la Constitución<sup>33</sup>, no es posible quitar la propiedad privada mediante la potestad expropiatoria sin la real y efectiva determinación de la causa *expropriandi*, en vista de que se trata de un presupuesto indispensable para la validez de la expropiación; que implica, además, una interdicción para el rechazamiento de cualquier conducta expropiatoria que carezca de una causa legítima<sup>34</sup>.

29 Sentencia TC/0623/15, de 18 de diciembre de 2015.

30 Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar, Madrid, Iustel, 2012, p. 15.

31 SCJ, 28 de mayo de 1986, B.J. 906, pp. 612-613.

32 SCJ, 3ª Sala, 29 de noviembre de 2019, núm. 672-2019.

33 Que dispone que “ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social (...)”.

34 Lo cual puede ser verificado por la jurisdicción contencioso-administrativa mediante el control de la motivación y de los hechos determinantes.

## V. La indemnización expropiatoria: garantía económica

### V.1. La indemnización previa y la expropiación de urgencia

Sin la indemnización previa la expropiación no es más que una antijurídica confiscación. Así lo expresó el Tribunal Constitucional<sup>35</sup> al indicar que el justiprecio debe materializarse con anterioridad a la privación de la propiedad, salvo que se trate de un supuesto de Estado de emergencia o de defensa proclamado con autorización del Congreso Nacional. La indemnización entonces ha de ser entendida como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria, sin lo cual no puede producirse válidamente la expropiación<sup>36</sup>.

Esta regla, sin embargo, ha sido históricamente ignorada ante la expropiación de urgencia por necesidad de ocupación, cuya regulación legal, según la acertada explicación de Justo Pedro CASTELLANOS KHOURY, ha sido mal entendida y aplicada para evitar el previo pago del justiprecio<sup>37</sup>. Ello, en virtud del art. 13 de la LPE, que dispone que cuando no exista un acuerdo sobre el valor de la propiedad afectada de utilidad pública o interés social y el Poder Ejecutivo haya declarado la urgencia, puede tomar la posesión del bien con el simple depósito del valor catastral en la Tesorería Nacional, lo cual implica un absoluto desconocimiento de la Constitución.

La cuestión estriba en que esa disposición desconoce que, de acuerdo al art. 51.1 de la Constitución, solo “[e]n caso de declaratoria de Estado de Emergencia o de Defensa, la indemnización podrá no ser previa”, los cuales

requieren la autorización del Congreso Nacional (art. 262, Constitución)<sup>38</sup>.

No obstante, esta situación ha desaparecido como consecuencia de una reciente decisión (tipo manipulativa condicional) en la que el Tribunal Constitucional impuso la regla dispuesta por la Carta Magna, indicando que la expropiación de emergencia del art. 13 de la LPE deberá restringirse al supuesto en el que no haya “(...) acuerdo sobre el valor de la propiedad que deba ser adquirida y se declare el Estado de Emergencia o de Defensa, conforme a los términos que establece la Constitución (...)”<sup>39</sup>. Erradicándose la posibilidad de que la expropiación de emergencia sea utilizada desviadamente para eludir la regla del pago previo del justo valor.

### V.2. Acerca del justo valor de la indemnización

En aplicación del art. 10 de la LPE los tribunales han venido utilizado como método de valoración el criterio catastral, que implica la fijación de precios expropiatorios incompatibles con la realidad de mercado<sup>40</sup>. Una muestra de esto lo constituye la aseveración de la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, que llegó a indicar “(...) que la competencia para determinar el valor de un inmueble es atribución exclusiva de la susodicha Dirección General de Catastro Nacional (...)”<sup>41</sup>.

Esto comporta una situación que desconoce la naturaleza garantista de la indemnización, que según Manuel AMIAMA debe tratarse del justo valor determinado mediante acuerdo entre las partes o por sentencia de juez competente, “(...) que se ha interpretado siempre en el sentido de que corresponda cuando menos al valor al momento de la expropiación (...)”<sup>42</sup>.

35 Sentencia TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013.

36 García de Enterría, Eduardo, Principios de la ..., ob. cit., p. 117.

37 “La tutela del derecho de propiedad frente a la potestad expropiatoria del Estado en República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo (Dir.), La organización del ..., ob. cit., pp. 810-811.

38 Y aunque en este supuesto excepcional no se impone el pago previo del justiprecio, deberá considerarse la exigencia de indemnización adecuada, pronta y efectiva de la Corte IDH (caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 96).

39 Sentencia TC/182/20, 23 de junio de 2020.

40 Lo que constituye una exigencia del derecho convencional, en vista de que la Corte IDH (caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 98) ha indicado que la justa indemnización, para ser adecuada y cumplir con el art. 21 de la Convención Americana, debe tomar como referencia el valor comercial del bien expropiado.

41 Recio, Adonis, Jurisprudencia del tribunal ..., ob. cit., p. 310.

42 Notas de derecho ..., ob. cit., p. 74.

Situación que ha sido restaurada por la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia en base a la idea de integridad patrimonial, marcando así la necesidad de que el expropiado reciba el equivalente económico de la privación experimentada, sin perjuicio de la compensación económica por otros daños consecuentes de la expropiación, incluyendo el lucro cesante<sup>43</sup>. Se trata de una tendencia hacia una reparación amplia, tal y como lo advirtió la Suprema Corte de Justicia en la sentencia siguiente:

“20. Así las cosas, esta Tercera Sala, estima que cuando acontece una expropiación forzosa sobre un inmueble por motivo de utilidad pública o interés general, en la realidad material y jurídica no se trata siquiera de una venta forzosa, sino de la pérdida coactiva de la propiedad producida por la obra del Derecho, la cual produce daños que deben ser compensados en su integralidad y cuyo abono es ordenado por el propio ordenamiento jurídico, todo lo cual, en el contexto de una economía de mercado, evoca la idea de valor de mercado como justo precio. Es por ello que se reconoce que la expropiación implica una conversión de derechos (el bien expropiado sale del patrimonio del expropiado y se sustituye por su valor económico).

21. Dentro del concepto justo precio, la jurisprudencia convencional se inclina en indicar que supone una indemnización que debe ser adecuada, pronta y efectiva; en ese sentido se ha de entender como adecuado el monto a recibir, cuando en su determinación se tome en cuenta: 1.º) el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública; 2.º) el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular; y 3.º) los intereses devengados desde que se perdió el goce efectivo de la posesión del inmueble. Adicionalmente dicha indemnización constitutiva de lo que se denomina justo precio estaría conformada por todo daño, de cualquier tipo,

que sea la consecuencia de la pérdida coactiva de propiedad producida por la expropiación, siempre y cuando haya sido probado ante los jueces del fondo.”<sup>44</sup>

Esta valoración, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, le corresponde realizar al juez judicial a pena de incurrir un desconocimiento de la tutela judicial efectiva, la cual “(...) le otorga a toda parte afectada por una expropiación por causa de utilidad pública e interés social, el derecho de acudir a la jurisdicción competente a fin de que decida sobre el pago del precio justo de la misma (...)”<sup>45</sup>.

## VI. El procedimiento expropiatorio

### VI.1. El procedimiento como garantía de buena Administración

En el estado actual del ordenamiento dominicano el procedimiento se encuentra configurado como una garantía de certeza de la actuación administrativa y de la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas. De hecho, el considerando séptimo de la LPA es taxativo en ese sentido:

“Que el mandato de la Carta Fundamental del Estado de incorporar con carácter general en la Administración Pública el procedimiento administrativo, en adición a garantizar la vigencia efectiva de la cláusula constitucional del Estado Democrático, constituye un instrumento esencial que posibilita el acierto de las decisiones administrativas y potencializa el respeto de los derechos fundamentales de las personas en su relación con la Administración y demás órganos y entes que ejercen función de naturaleza administrativa en el Estado.”

Lo que implica la integración de la buena Administración como un conjunto de derechos de naturaleza procedimental que persiguen que el ejercicio de la función administrativo se enmarque en una aplicación normativa objetiva, oportuna, que considere las alegaciones de los interesados y que

43 SCJ, 3ª Sala, 20 de diciembre de 2019, núm. 0808-2019; y SCJ, 3ª Sala, 30 de enero de 2020, núm. 033-2020-SSEN-00040.

44 SCJ, 3ª Sala, 28 de octubre 2020, núm. 003-2020-SSEN-00733.

45 SCJ, 3ª Sala, 30 de octubre de 2019, núm. 589.

sea racionalmente motivada, como expresamente dispone el art. 4 de la LPA. Según indicó el Tribunal Constitucional, se trata de una serie de obligaciones dimanantes de la buena Administración, que es un derecho fundamental nuevo recogido implícitamente por los artículos 138, 139 y 146 de la Constitución<sup>46</sup>.

De modo que la LPA se instituye en el vehículo jurídico que expande la buena Administración hacia todas las relaciones de las personas con los organismos públicos, pues como ha indicado el Tribunal Constitucional tiene consideración universal y su disfrute no se encuentra condicionado ni mediatizado por ninguna exigencia ni por ninguna autoridad<sup>47</sup>. De ahí que el Tribunal Constitucional agregue, en la misma decisión:

“ Toda persona tiene derecho, por tanto, a exigir el imperio de los parámetros propios de la buena administración en sus relaciones con las instituciones públicas, los cuales imponen a la Administración el respeto de un cierto estándar de comportamiento en sus relaciones con los administrados ”.<sup>48</sup>

En ese orden ha de destacarse que los derechos concretos de la buena Administración deben observarse en el procedimiento expropiatorio conjuntamente con los principios enumerados en el art. 3 de la LPA, a fin de que se realice un ejercicio adecuado de la potestad de expropiación y se obtenga una buena decisión.<sup>49</sup> Dentro de estos preceptos pueden enunciarse, sin ánimos de exhaustividad, que la potestad expropiatoria sea ejercida de manera proporcionada (que de acuerdo al art. 3.9 de la LPA implicaría su reducción a lo estrictamente necesario, es decir: aquellos

supuestos donde no existe otra medida alternativa menos restrictiva<sup>50</sup>) y que la decisión expropiatoria esté adecuadamente motivada (art. 3.4, LPA).

Por tanto, la buena Administración exige que el ejercicio de la potestad expropiatoria se realice observando los derechos y principios procedimentales de la LPA para garantizar que la declaratoria de utilidad pública o interés social se realice mediante un acto razonable, adecuado al fin que se persigue, debidamente motivado y respetuoso del derecho de defensa de la persona expropiada.

## VI.2. Las fases del procedimiento expropiatorio

La expropiación, de acuerdo con la lógica de los artículos 1 y 2 de la LPE, inicia de manera extrajudicial, a través de la emisión de un decreto del Poder Ejecutivo que declara la afectación de utilidad o interés social del bien que se desea adquirir. Este decreto constituye un acto administrativo que inicia lo que suele conocerse como la fase administrativa del procedimiento expropiatorio, dándole paso a un acercamiento hacia el sujeto expropiado para intentar un acuerdo para la adquisición o cesión amistosa del bien declarado de utilidad pública o interés social.

En caso de que el acercamiento (que constituye un trámite procedimental obligatorio) permita la concretización de un acuerdo entre las partes, el procedimiento expropiatorio finalizará en la fase administrativa, conforme al art. 28.f de la LPA. Se configuraría entonces, según el decir del Tribunal Constitucional<sup>51</sup>, una expropiación voluntaria porque no se cuestiona el acto expropiatorio y existe un acuerdo sobre el justiprecio del bien afectado de

46 Sentencia TC/0322/14, 22 de diciembre de 2014.

47 Sentencia TC/0341/15, de 9 de octubre de 2015.

48 Idem.

49 Entre nosotros hay quienes (Jiménez Martínez, Katia Miguelina, La buena administración como base de la potestad expropiatoria, Santo Domingo, IUDEx, 2017, pp. 115-ss.) han advertido la necesidad de reformar la LPE para adaptar su fase administrativa a las exigencias de la buena Administración, debido a la ausencia de contenido específico en la referida norma legal. No obstante, y sin dejar de reconocer la necesidad de revisión y sustitución de la LPE por un nuevo texto, consideramos que la falta de regulación o contenido específico no implica una imposibilidad para que el procedimiento expropiatorio sea realizado acorde con la exigencia de buena Administración, en vista de que la LPA es aplicable supletoriamente (y por lo tanto debe necesariamente considerarse) en virtud de su art. 15. Se trata de una situación de supletoriedad normativa y no, como se ha indicado, de ausencia de base legal.

50 Que también parece tener base en el Derecho convencional. Vid. Corte IDH, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 3 de marzo de 2011, párrs. 63-65; y Corte IDH, caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 154

51 Sentencia TC/0261/14, 5 de noviembre de 2014.

utilidad pública o interés social, que es uno de los supuestos expresamente previsto por el art. 51.1 de la Constitución.

Pero en caso de no lograrse ningún acuerdo sobre el justiprecio, la Administración Pública deberá apoderar al Tribunal Superior Administrativo, que es una jurisdicción especializada del Poder Judicial, para que pronuncie la expropiación pretendida. Se trata de la expropiación del Derecho público francés<sup>52</sup>, que es el sistema establecido en el ordenamiento dominicano, y en virtud del cual la Administración debe procurar del juez judicial el pronunciamiento de la expropiación del bien afectado de utilidad pública o interés social, a través de un proceso contradictorio que deberá observar todas las garantías que impone el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>53</sup>.

Lo que comprende, lógicamente, la obligación de que el tribunal centre su análisis para verificar si el decreto que inició el procedimiento realmente se encuentra justificado en una causa de utilidad pública e interés social, si está debidamente motivado y respetó el derecho de audiencia del expropiado.

## VII. El control judicial de la decisión expropiatoria

Entre nosotros se ha sostenido con justa razón que la LPE no es una norma que regule el proceso expropiatorio en su totalidad, sino que se trata de una ley que dispone un proceso judicial para determinar el precio del bien afectado por la decisión expropiatoria en el supuesto de no lograrse un acuerdo con el propietario<sup>54</sup>. De manera que en este proceso no está concebido para cuestionar la legalidad de la expropiación en sí, sino para la determinación del justiprecio correspondiente.

Situación que no resulta en nada extraña, pues en base a normas de contenido similar se ha sostenido en Derecho comparado que la única garantía del expropiado es el justiprecio por la privación de su propiedad, en el entendido de que no puede oponerse al ejercicio de la potestad expropiatoria. Tanto así que la doctrina comparada da cuenta de una línea jurisprudencial que consideraba que la expropiación se producía “por las buenas o por las malas”, de manera que no existía forma de evitar la privación de la propiedad<sup>55</sup>.

Línea de pensamiento que (al parecer) se intentó sostener en un primer momento en el ordenamiento dominicano cuando la Suprema Corte de Justicia sostuvo:

“(…) la recurrente sostiene, en esencia, que (...) no se estaba en presencia de un caso de utilidad pública ni de interés social; pero,

(...) la apreciación de en qué momento o en qué circunstancia existe una causa de utilidad pública o interés social (...) corresponde soberanamente a las instituciones de carácter político establecidas por la Constitución del Estado, y que ese carácter político resulta precisamente (...) de la capacidad el indicado poder el de apreciación de necesidades variables; que no entrando la cuestión planteada en el ámbito judicial, el medio que al respecto se ha propuesto no puede ser acogido;”<sup>56</sup>

Criterio que la Suprema Corte de Justicia varió unos años luego, al sostener que “(...) sólo al Poder Ejecutivo compete la facultad de declarar la expropiación de un inmueble determinado y no a los tribunales de justicia, pero no les niega a éstos la facultad de examinar el procedimiento de expropiación (...)”<sup>57</sup>.

52 Cfr. García de Enterría, Eduardo, Principios de la ..., ob. cit., pp. 54-55.

53 Sentencia TC/00205/13, de 13 de noviembre de 2013.

54 Castellanos Khoury, Justo Pedro, “La tutela del ...”, ob. cit., p. 805.

55 Hernández-Mendible, Víctor, “Contribución al estudio del artículo 101 de la constitución de la república”, en Revista de la Facultad de Ciencia Jurídica y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, núm. 89, 1993, p. 330.

56 SCJ, 17 de agosto de 1966, B. J. 669, pp. 1366-1367.

57 SCJ, 28 de mayo de 1986, B.J. 906, p. 612.

Agregando, en la página siguiente, “(...) que (...) entre las facultades del tribunal que sea apoderado de este procedimiento se encuentra la de comprobar si el Decreto de expropiación así dictado cumplía esos fines (...)”<sup>58</sup>.

Llegados a este punto debe indicarse que el establecimiento de una cláusula general de competencia y de la tutela judicial efectiva mediante los artículos 69, 139 y 165.2 de la Constitución despeja cualquier duda al respecto, ya que ello implica la existencia de un control judicial pleno y universal de la actuación administrativa; y es así, precisamente, como lo viene considerado la doctrina y la jurisprudencia dominicana tras la reforma constitucional de 2010.<sup>59</sup>

Por lo que debe concluirse que la persona expropiada tiene, además del derecho a que la expropiación se realice mediante un procedimiento adecuado (de buena Administración), el derecho a combatir el acto expropiatorio mediante su impugnación judicial, ya sea por vicios de forma, desviación de poder, el control de los hechos determinantes de la causa expropiandi (a fin de determinar su veracidad) o cualquier otro tipo de contrariedad a derecho, debiendo el juez, una vez constada la transgresión denunciada, declarar la nulidad del acto.

Ese es el sentido correcto del control judicial pleno que proclama la Constitución dominicana. Y en esa línea de ideas puede citarse como ejemplo una reciente decisión de la Corte de Casación dominicana, en la cual declaró:

“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 del derecho fundamental sobre la propiedad privada, basado en causas justificadas de utilidad pública o de interés social.”<sup>60</sup>

De ahí que en el estado actual del ordenamiento dominicano los tribunales pueden controlar la actividad expropiatoria por cualquier tipo de contrariedad a derecho a través del proceso contencioso-administrativo regulado por la Ley núm. 1494 de 1947, que instituye la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y la Ley núm. 13-07, de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa. Solo así adquieren sentido las garantías formales y materiales que rodean el derecho de propiedad, pues sin un control judicial adecuado nada impediría que la Administración sobrepase los límites normativos para privar el derecho de propiedad de las personas de manera arbitraria.

## Conclusiones

Llegados a este punto podemos enunciar, a modo de conclusión, que la figura de la expropiación es una herramienta útil para que la Administración Pública pueda perseguir la satisfacción del interés general cuando ello exija privar la propiedad privada de alguna persona por causa de utilidad pública o interés social. De hecho, esto conecta con la función social que el art. 51 de la Constitución le asigna a la propiedad.

Sin embargo, no debe olvidarse que la expropiación es también una garantía orientada a restringir la privación de la propiedad a los supuestos donde no existe otra medida alternativa menos restrictiva, cuya verificación deberá realizarse observando los

58 Ibidem, p. 613.

59 Jorge Prats, Eduardo, Derecho constitucional, ob. Cit., pp. 214-215; SCJ, 3.ª Sala, 22 de agosto de 2018, núm. 540.

60 SCJ, 3.ª Sala, 29 de noviembre de 2019, núm. 672-2019.

derechos y principios de buena Administración, a fin de que se adopte una decisión correcta y de calidad.

Se trata, igualmente, de una figura que asegura la integridad patrimonial de la persona expropiada, por lo que el pago de justo valor indemnizatorio deberá realizarse de manera previa a la transferencia de la propiedad, salvo que se trate de una expropiación de emergencia, que solo procede en los casos de Estado de Emergencia o de Defensa proclamado con autorización del Congreso Nacional.

## Referencias

- Amiama, Manuel, *Prontuario de legislación Administrativa Dominicana*, Santo Domingo, SEAP, 2008, p. 221.
- Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, Lima, Palestra, 2010.
- Concepción Acosta, Franklin, *Teoría de las vías de ejecución en el derecho administrativo*, Santo Domingo, Impresora Soto Castillo, 2017.
- Constituciones de la República Dominicana.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Granier y otros [Radio Caracas Televisión] vs. Venezuela, sentencia de 22 de junio de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 17.ª ed., Madrid, Civitas, 2015, p. 73.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 14.ª ed., 2015.
- García de Enterría, Eduardo, *Principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, Civitas, 2006.
- González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, 2016.
- Hernández Jerez, Rachel, “Expropiación y responsabilidad patrimonial del Estado en la República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo [Dir.], *El nuevo constitucionalismo y la constitucionalización de la sociedad y el derecho*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2008.
- Hernández-Mendible, Víctor, “Contribución al estudio del artículo 101 de la constitución de la república”, en *Revista de la Facultad de Ciencia Jurídica y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, núm. 89, 1993.
- Interés general, *derecho administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2012.
- Jiménez Martínez, Katia Miguelina, *La buena administración como base de la potestad expropiatoria*, Santo Domingo, IUDEX, 2017.
- Jorge Prats, Eduardo, *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2018.
- Jorge Prats, Eduardo, *Derecho constitucional*, t. II, 2.ª ed., Santo Domingo, Ius Novum, 2012.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 6.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Meilán Gil, José Luis, *Categorías jurídicas en el derecho administrativo*, Madrid, Iustel, 2011.
- Notas de derecho constitucional, 6.ª ed., Santo Domingo, Editora Punto Mágico, 1995.
- Parada, Ramón, “Evolución y crisis del instituto expropiatorio”, en *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1999.

Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, Sentencia núm. 030-02-2018-SSEN-00326, de fecha 28 de septiembre de 2018.

Recio, Adonis, Jurisprudencia del tribunal superior administrativo, Santo Domingo, 2019.

Rojas Báez, Julio José, "La expropiación en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a la República Dominicana", en Jorge Prats, Eduardo (Dir.), La organización del poder para la libertad, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2020, pp. 907-940.

SCJ, 17 de agosto de 1966, B. J. 669, pp. 1366-1367.

SCJ, 28 de mayo de 1986, B.J. 906, p. 612.

SCJ, 28 de mayo de 1986, B.J. 906.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 20 de diciembre de 2019, núm. 0808-2019.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 22 de agosto de 2018, núm. 540.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 28 de octubre 2020, núm. 003-2020-SSEN-00733.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 29 de noviembre de 2019, núm. 672-2019.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 29 de noviembre de 2019, núm. 672-2019.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 29 de septiembre de 2021, núm. 033-2021-SSEN-00846.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 30 de enero de 2020, núm. 033-2020-SSEN-00040.

SCJ, 3.<sup>a</sup> Sala, 30 de octubre de 2019, núm. 589.

SCJ, agosto de 1966, B. J. 669.

Sentencia TC/00205/13, de 13 de noviembre de 2013.

Sentencia TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013.

Sentencia TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013.

Sentencia TC/0226/14, de 23 de septiembre de 2014.

Sentencia TC/0261/14, 5 de noviembre de 2014.

Sentencia TC/0322/14, 22 de diciembre de 2014.

Sentencia TC/0341/15, de 9 de octubre de 2015.

Sentencia TC/0623/15, de 18 de diciembre de 2015.

Sentencia TC/182/20, 23 de junio de 2020.

Suprema Corte de Justicia, 3.<sup>a</sup> Sala, 28 de octubre 2020, núm. 003-2020-SSEN-00733.

Tratado de derecho administrativo, t. II, 13.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 2012.

Troncoso de la Concha, Manuel de Jesús, Elemento de derecho administrativo, 4.<sup>a</sup> ed., Santo Domingo, INAP, 1981.

Villar Palasí, José Luis, Técnicas remotas del derecho administrativo, Madrid, INAP, 2001.

# El gobierno de los jueces y los límites del juez constitucional: una visión del caso República Dominicana

Víctor A. León Morel\*

Recibido: 26 de mayo de 2021 – Aceptado: 25 de noviembre de 2021

## Resumen

En el desarrollo del presente artículo, analizamos una de las problemáticas más interesantes sobre la filosofía del Derecho y el Derecho constitucional, respecto a los límites del juez constitucional, en su rol jurisdiccional como tribunal de última instancia en el ordenamiento jurídico. En dicho artículo, enfocamos nuestra postura en los límites extrínsecos e intrínsecos del juez constitucional, tomando como base de nuestro análisis el Tribunal Constitucional Dominicano, las atribuciones que el ordenamiento jurídico-político otorga a dicho tribunal, cuáles son sus limitantes, así como aspectos relevantes respecto a la legitimidad del órgano de cierre. Para el referido análisis, procedimos a revisar aspectos históricos relevantes sobre la génesis de los Tribunales Constitucionales, así como doctrina comparada y nacional, y precedentes del propio Tribunal Constitucional Dominicano. En conclusión, este trabajo tiene como objetivo principal analizar la conveniencia de un “gobierno de los jueces” y sus límites en República Dominicana, desde su incidencia en aspectos políticos y jurídicos.

**Palabras clave:** límites constitucionales, gobierno de los jueces, interpretación constitucional, derechos fundamentales, tribunal constitucional.

## Abstract

*In this paper we analyze one of the most interesting problems of the Philosophy of Law and Constitutional Law regarding the limits of the constitutional judge, in his jurisdictional role as court of last resort in the legal system. In this article, we focus our position on the extrinsic and intrinsic limits of the constitutional judge, taking as the basis of our analysis the Dominican Constitutional Court, the powers that the legal-political system grants to said court, its limitations, and other relevant aspects regarding the legitimacy of the closing body. For the aforementioned analysis we review relevant historical aspects about the genesis of constitutional courts, as well as comparative and national doctrine, and precedents of the Dominican Constitutional Court itself. This paper's main objective is to analyze the convenience of a “government of judges” and its limits in the Dominican Republic from its impact on political and legal aspects.*

**Keywords:** constitutional limits, government of judges, constitutional interpretation, fundamental rights, constitutional court.

---

\* Abogado Senior de la firma Headrick, Rizik, Álvarez y Fernández, egresado de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Maestría en Práctica Legal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Correo electrónico: vleonnmorel@gmail.com.

*“La labor más importante del ser humano es buscar la moralidad en sus actos. Es de lo que depende nuestro equilibrio interno, y nuestra propia existencia. La moralidad en nuestros actos es lo único que puede conferir belleza y dignidad a la vida. Quizá la principal tarea de la educación sea convertirlo en una fuerza vital, e inscribirlo claramente en las conciencias. Hay que evitar que los cimientos de la moral dependan de algún mito o estén ligados a alguna autoridad, debido al riesgo de que las dudas sobre el mito o sobre la legitimidad de la autoridad pongan en peligro los cimientos del buen juicio y de la acción correcta.”*<sup>1</sup>

—Albert Einstein

## Introducción.

El movimiento neoconstitucionalista<sup>2</sup> introdujo un órgano de control concentrado ajeno al Poder Judicial a fines de ser el guardián de la Constitución en última instancia. Este movimiento nace en Austria con el Tribunal Constitucional de Austria previsto en la Constitución de 1920, y luego en Alemania con la insigne Ley Fundamental de Bonn en 1949, donde se procuraba dar una rigidez y estabilidad a ciertos derechos fundamentales, desde los artículos 1 al 20, los cuales estaban protegidos por una cláusula de intangibilidad, y por unos guardianes de la Constitución, los jueces del Tribunal Constitucional Federal, órgano creado por la referida Constitución, que actuaba como un comité permanente para el perfeccionamiento e integración de la Ley Fundamental<sup>3</sup>.

Este órgano para limitar el poder estaba más que justificado en varios países que vivieron dictaduras por largos años y los derechos fundamentales no

eran más que un texto sin efectividad, así como la Constitución un pedazo de papel, en palabras de Lasalle, si no podía tener aplicabilidad en un determinado Estado<sup>4</sup>. Ahora bien, una de las polémicas que generó este tipo de órganos constitucionales, es sobre quién debe ser el guardián de la constitución, la cual Kelsen y Schmitt debatieron sin que hasta la fecha exista una respuesta definitiva.

Kelsen, conocido como el padre del constitucionalismo moderno y del Derecho procesal constitucional, en su famoso texto denominado La garantía jurisdiccional de la Constitución en fecha 23 de abril de 1928, donde afirmaba que el control de las normas “no puede ser confiado a ninguna instancia más que a la jurisdicción constitucional” y los tribunales constitucionales constituyen “un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia, es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte constitucional constituía un supertribunal”<sup>5</sup>.

Mientras que, para Schmitt, los Tribunales de Justicia pueden controlar las leyes simples con respecto a la ley constitucional, pero no pueden defender ni proteger la Constitución. De este modo, Schmitt distingue entre control judicial y protección política, distinción esta que se deriva directamente de la separación schmittiana fundamental, ya expresada en la Teoría de la Constitución; entre Constitución, entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado, como forma sustancial de la unidad política, y ley constitucional, como la realización normativa, que presupone aquella como su fundamento<sup>6</sup>.

1 EINSTEIN Albert, “Carta a un sacerdote, 20 de noviembre de 1950; The human side, P. 95, citado del libro “Lecturas esenciales para el no creyente escogidas y presentas por Christopher Hitchens”, disponible en línea en: <https://books.google.com.do/books?id=ayMrDQAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

2 A pesar de que reconocemos que existen varios autores que discrepan de este término, por entenderlo ambiguo, no entraremos a analizar esas consideraciones pues no son el objeto de este artículo. Algunos de los críticos de este término para designar una nueva etapa en el constitucionalismo serían Luis Prieto Sanchís en su obra “El Constitucionalismo de los Derechos” y Manuel Atienza en varias obras, entre ellas Filosofía del Derecho y Transformación social”, en las cuales se critica el uso que Miguel Carbonell le asigna al neoconstitucionalismo.

3 RUTHERS, Bernds, “La revolución secreta, del Estado de derecho al Estado Judicial”, Marcial Pons, Madrid, 2020, P. 105.

4 CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “¿qué es una Constitución?” Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

5 KELSEN, HANS, “Sobre la jurisdicción constitucional”, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2018, P. 83.

6 HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 86. Octubre-Diciembre 1994, P. 208.

Esta breve pero necesaria introducción nos demuestra que mientras Kelsen defendía la función de los Tribunales Constitucionales y de sus jueces como guardianes de la Constitución, Shmitt entendía lo contrario, pues como la Constitución era un acto político, no podía ser controlado por un órgano que carece de legitimidad para esos fines.

El tema es de gran relevancia pues por poner un ejemplo, en Estados Unidos cada cierto tiempo, y en vista de las facultades del Presidente de nominar candidatos cuando existan vacantes, se tornan debates acerca del nombramiento de candidatos demócratas o republicanos a fines de controlar aspectos fundamentales en la sociedad norteamericana, como el aborto. Esto ha provocado que los políticos intenten controlar de forma absoluta el órgano judicial, como en el caso del *Court Packing Plan*<sup>7</sup> de Roosevelt en 1937 y su propuesta fallida de agregar 6 jueces más. Otro caso sucedió recientemente cuando los demócratas sometieron un proyecto de ley<sup>8</sup> para aumentar a 13 los jueces de la Corte Suprema y así retomar el control de este importante órgano jurisdiccional. Un caso más reciente que es relevante mencionar es el de Merrick Garland, nominado por Obama en marzo del año 2016, para llenar la vacante del juez Scalia en la Corte Suprema, aunque, su candidatura ni siquiera fue conocida por el pleno del Senado debido a que los miembros del Comité Judicial del partido Republicano se negaron alegando que debido a la proximidad de las elecciones presidenciales no le correspondía a Obama dicha nominación.

Al día de hoy este autor entiende que la Constitución es, además de una decisión política, una norma jurídica, como afirmaba correctamente quien algunos han denominado como el padre del derecho constitucional dominicano, Juan Manuel

Pellerano Gómez, en su artículo denominado bajo el mismo nombre del año 1992, al indicar lo siguiente:

*El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica es una resultante del régimen democrático, una vez que ella dirime, fundamentalmente, los conflictos provocados por la vulneración a los derechos de la persona humana, que cometen, en su mayor parte, los funcionarios y agentes del Estado*<sup>9</sup>.

Siendo la Constitución no solo una decisión política, sino también una norma jurídica, entendemos que corresponde a unos jueces decidir respecto a los conflictos que se deriven de la misma. Ahora bien, en razón de que los Tribunales Constitucionales o en su defecto el órgano que ejerza funciones de control concentrado de constitucionalidad se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, en ciertos casos se ha debatido que se trata de un gobierno de los jueces, los cuales no tienen ningún límite al poder, y como expresa la famosa frase del *Lord Acton*, el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente todo<sup>10</sup>, trataremos de expresar algunas ideas en el presente artículo sobre los límites del juez constitucional, haciendo énfasis en el caso de República Dominicana.

## I. El juez constitucional.

Antes de adentrarnos a analizar los límites que debe tener el juez constitucional, debemos aclarar que en el presente artículo no nos referimos a todos los jueces constitucionales en sentido literal, pues en República Dominicana los jueces desde menor a mayor jerarquía tienen atribuciones constitucionales, debido a los mandatos combinados de los artículos 6 sobre la Supremacía Constitucional, y 188 sobre el control difuso de la Constitución dominicana que establecen lo siguiente:

7 <https://www.fjc.gov/history/timeline/fdrs-court-packing-plan>;

8 DEMOCRACY NOW, 16 DE ABRIL DE 2021, "LEGISLADORES DEMÓCRATAS PROPONEN UN PROYECTO DE LEY PARA AMPLIAR EL NÚMERO DE JUECES DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS", DISPONIBLE EN LÍNEA: [HTTPS://WWW.DEMOCRACYNOW.ORG/ES/2021/4/16/TITULARES/DEMOCRATS\\_UNVEIL\\_BILL\\_TO\\_EXPAND\\_SCOTUS\\_THE\\_COURT\\_IS\\_BROKEN](https://www.democracynow.org/es/2021/4/16/titulares/democrats_unveil_bill_to_expand_scotus_the_court_is_broken);

9 PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel, "La Constitución como Norma Jurídica", Texto del discurso que pronunciara el Dr. Pellerano Gómez al ser investido como Profesor Honorario del Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM, e13 de diciembre de 1992, publicado en la edición número 9 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

10 DALBERG-ACTON, John Emerich Edward "Ensayos sobre la libertad y el poder", 1998, Unión Editorial, disponible en línea: <https://www.elcato.org/sites/default/files/ensayos-sobre-la-libertad-y-el-poder-libro-electronico.pdf>

*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.*

*Artículo 188.- Control difuso. Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.*

Hacemos la anterior aclaración, pues estos jueces tienen límites claros y razonables en virtud del poder limitado en sus funciones, al emitir sentencias que son recurribles a tribunales superiores. En estos casos, no existe como tal un gobierno de los jueces, pues aunque sus decisiones son importantes, no necesariamente son definitivas.

Sobre lo anterior, el destacado constitucionalista y periodista, Adriano Miguel Tejada en un editorial de Diario Libre indicó lo siguiente al evaluar el perfil del juez constitucional:

*Aunque en nuestro país todos los jueces son jueces constitucionales en la medida en que están obligados a fallar cuando se presente la cuestión constitucional en el caso que estén juzgando, no es menos cierto que esas decisiones están sujetas al escrutinio de tribunales de alzada. Por tanto, su efecto puede ser mínimo sobre el sistema en caso de que sea rechazada la postura del tribunal inferior. Las decisiones del Tribunal Constitucional, por el contrario son definitivas. De hecho son cuasi leyes pues se aplican a todo el mundo y obligan a las instituciones estatales, incluyendo a los poderes del Estado<sup>11</sup>.*

En las próximas líneas, abordaremos los límites de los jueces constitucionales, dividiendo dos grandes renglones: 1) límites intrínsecos y; 2) límites extrínsecos; para luego presentar nuestras conclusiones sobre el caso de República Dominicana.

## II. Límites intrínsecos

Los jueces constitucionales, en un modelo de control concentrado, estarán conformados por tres grupos:

1) Los jueces constitucionales que solo actúan como legisladores negativos, como lo había concebido Kelsen en su visión conservadora pero necesaria;

2) Los jueces constitucionales que actúan no solo como legisladores negativos, sino también como legisladores positivos al dictar sentencias interpretativas y otras relacionadas a estas funciones; Un ejemplo concreto se puede verificar en el artículo 47 de la Ley 137-11 del Tribunal Constitucional y los Procesos Constitucionales donde se faculta al Tribunal Constitucional Dominicano a dictar sentencias interpretativas, exhortativas o cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada.

3) Los jueces constitucionales que están en una posición intermedia a los dos anteriores, ya que sus facultades son más compatibles con un legislador complementario en su labor de interpretación constitucional, sin llegar al activismo judicial<sup>12</sup>;

Para el ex magistrado del Tribunal Constitucional español, Manuel Aragón Reyes, en su artículo denominado “Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”, la función

11 TEJADA, Adriano Miguel, “Perfil del juez constitucional” 30 de noviembre de 2018, Editorial de Diario Libre, disponible en línea en: <https://www.diariolibre.com/opinion/editorial/perfil-del-juez-constitucional-OH11527779>

12 El profesor Patricio Alejandro Maraniello define en términos generales un juez activista como un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, 4 de febrero de 2012, disponible en línea en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548361>. Para profundizar sobre el tema, recomendamos el artículo denominado “El activismo judicial de los tribunales constitucionales y el principio de separación de poderes”, escrito por Jimena Conde Jiminián, dentro del Liber Amicorum “La organización del poder para la libertad”, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, P. 577-644.

de los jueces constitucionales es sumamente compleja, al establecer lo siguiente:

*Por ello, la función de los jueces (y sobre todo del juez constitucional como supremo intérprete de la Constitución) posee una dimensión “recreadora” de la Constitución que no se puede negar, pero con el límite de que, al interpretarla, no pueden, en modo alguno, disponer libremente de ella. La Constitución será, y ello es obvio, lo que su supremo intérprete diga que es, pero, al mismo tiempo, esa función interpretadora tiene límites que el juez constitucional no puede transgredir, porque es el supremo intérprete de la Constitución, sí, pero no su supremo dueño. El juez constitucional no puede suplantar al poder constituyente ni al poder de reforma constitucional, porque si lo hiciera, actuaría como soberano, cosa que no lo es en una Constitución digna de ese nombre, esto es, en una Constitución democrática<sup>13</sup>.*

Para Konrad Hesse, la determinación de límites de los jueces constitucionales no puede basarse únicamente en el principio de autorrestricción judicial, pues estos límites dependerán en gran medida de la interpretación, amplia o estricta, de las normas de la Constitución aplicables, y en función de ello, se amplía o se estrecha la medida del control<sup>14</sup>.

Uno de los mayores problemas del denominado *self restraint* es que los conflictos constitucionales respecto al control concentrado de constitucionalidad usualmente ocurren entre principios abstractos, vagos e indeterminados, lo que conlleva al juez constitucional a atribuirle en algunos casos significados incorrectos y arbitrarios, lo que Ferrajoli ha denominado bajo el término de la creación judicial ilegítima.<sup>15</sup> El filósofo italiano indica lo siguiente sobre el tema:

*Se entiende por ello que hoy en día el grave problema que afecta a nuestros ordenamientos es la crisis de la ley y del papel de limitación del arbitrio que, en el modelo teórico del Estado de Derecho, es desempeñado por el principio de legalidad: por la legalidad constitucional como sistema de límites y vínculos impuestos a la legislación; por la legalidad ordinaria como sistema de límites y vínculos impuestos a la jurisdicción. Como consecuencia, se ha producido un aumento patológico de la discrecionalidad judicial, que corre el riesgo de excederse en el arbitrio, y una consiguiente expansión del poder de los jueces — que, más allá de cierto límite, menoscaba su fuente de legitimación y perjudica el equilibrio de las relaciones entre los poderes.*

*El antiguo magistrado y vicepresidente del Tribunal Constitucional peruano, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera en su obra “Sobre los límites del juez constitucional”, entiende que los límites intrínsecos de un juez constitucional vienen en función a su carácter de autoridad, estableciendo lo siguiente:*

*“De este modo, puedo afirmar que su carácter de autoridad obliga a los jueces y juezas a actuar conforme a Derecho y conforme a sus responsabilidades, y en ese marco, deben respetar **critérios de racionalidad (logicidad, sensatez), razonabilidad (o proscripción de la arbitrariedad) o corrección funcional (desarrollo de las competencias propias y de las que se desprendan o infieran de ellas).**”*

En nuestro caso, los primeros dos límites se refieren a la motivación de la sentencia que el juez constitucional dicta, lo cual evidentemente entra dentro de un plano un tanto subjetivo, aunque nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado un estándar mínimo de motivación en la sentencia

13 Este trabajo fue expuesto en la ceremonia académica de investidura del Doctorado Honoris Causa otorgado al autor por la Universidad Benito Juárez Autónoma de Tabasco y formará parte del libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo en fecha 2 de abril de 2013, disponible en línea: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932013000200001#notas](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200001#notas)

14 HESSE, Konrad, “La jurisprudencia y la Jurisdicción Constitucional”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No. 4, México, Editorial Porrúa, Julio-Diciembre 2005, p. 167.

15 FERRAJOLI, LUIGI, “ARGUMENTACIÓN INTERPRETATIVA Y ARGUMENTACIÓN EQUITATIVA: CONTRA EL CREACIONISMO JUDICIAL”, TEORÍA Y DERECHO: REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO. NO. 20, 2016, P. 67, DISPONIBLE EN LÍNEA: <HTTPS://OJS.TIRANT.COM/INDEX.PHP/TEORIA-Y-DERECHO/ARTICLE/VIEW/456/449>

TC/0009/13. Asimismo, en la sentencia TC/0454/16 se estableció de forma precisa que toda decisión judicial debe estar precedida de una motivación que reúna los siguientes elementos: claridad, congruencia y lógica, de suerte tal que se constituya en una garantía para todo ciudadano de que el fallo que resuelve su causa no sea arbitrario y esté fundado en derecho<sup>16</sup>.

Sobre el último límite respecto a la corrección funcional, podríamos indicar que en principio, se encuentran en los artículos 184 y 185 de la Constitución, cuando definen la creación del Tribunal Constitucional dominicano y sus atribuciones, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 184.-Tribunal Constitucional. Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

Artículo 185.-Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia:

- 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;
- 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;
- 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;

#### **4) Cualquier otra materia que disponga la ley.”**

Como resaltamos, la reserva de ley otorgada por el constituyente al legislador permite que estos últimos dispongan la creación de nuevas competencias para el órgano constitucional, como en efecto ocurrió con la Ley 137-11 del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, que otorgó competencias para conocer los recursos de revisión en materia de amparo y en revisión de decisión jurisdiccional, como órgano de cierre definitivo en materia ordinaria en ocasión de una violación a derechos fundamentales producida en el Poder Judicial.

Este límite jurisdiccional de competencia atributiva ha sido decidido por el Tribunal Constitucional dominicano en varias sentencias, como por ejemplo la reciente sentencia TC/0491/20, la cual reiteró un criterio establecido en la sentencia TC/0012/13 en la cual fue apoderado directamente de una acción de amparo directamente ante dicho tribunal, y decidió declarar incompetente dicha acción, argumentando lo siguiente:

- e.** En el presente caso advertimos que se trata de una acción de amparo interpuesta de manera directa ante este tribunal constitucional. Sobre este asunto el tribunal sentó su precedente relativo a la incompetencia mediante la referida sentencia TC/0012/13, del once (11) de febrero de dos mil trece (2013), estableciendo en el literal i, lo siguiente: i) Todo lo anterior evidencia que entre las competencias otorgadas al Tribunal Constitucional no figura la de conocer acciones de amparo, sino la de revisar las decisiones de amparo que hayan emitido los tribunales competentes. En razón de esto, debe declararse la incompetencia del Tribunal Constitucional para conocer de acciones de amparo.

---

16 Sentencia TC/0454/16, 27 de septiembre de 2016, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9183/tc-0454-16.pdf>

f. De modo que las acciones de amparo no están comprendidas dentro de las competencias que reconocen al Tribunal Constitucional la Constitución y su ley orgánica. En efecto, el artículo 185 de la Constitución establece que corresponderá al Tribunal Constitucional conocer en única instancia: 1) de las acciones directas en inconstitucionalidad, 2) el control preventivo de tratados, 3) los conflictos de competencia entre poderes públicos, así como 4) cualquier otra materia que disponga la ley.

h. De lo anteriormente expuesto se colige que en el sistema de justicia constitucional dominicano ni el constituyente ni el legislador le otorgaron competencia al Tribunal Constitucional para conocer de manera directa las acciones de amparo, sino, de manera indirecta, a través del recurso de revisión constitucional de las sentencias dictadas por los jueces que han conocido sobre las acciones de amparo. Se trata de una competencia revisora, lo que impide a este tribunal conocer directamente o per saltum una acción de amparo; por tanto, es imperativo que la pretensión haya sido conocida previamente por juez competente. Por estos motivos, debe declarar su incompetencia para conocer de la presente acción de amparo<sup>17</sup>.

En otras decisiones sobre los límites del juez constitucional, el Tribunal Constitucional ha adoptado una tesis francesa denominada “teoría de la inexistencia del acto jurídico” cuando se pretende apoderar al mismo de una competencia no atribuida por la Constitución ni por la Ley. Un ejemplo es la sentencia TC/0521/16 se estableció lo siguiente:

*a) La “Teoría del acto inexistente” nace en la doctrina francesa clásica, como un remedio procesal en el marco del derecho civil, para definir aquellos actos que adolecen de los elementos constitutivos esenciales o que no*

*han sido acompañados de las solemnidades indispensables para darle una existencia jurídica conforme al espíritu del derecho positivo, lo que impide su configuración; por tanto, son actos que no surten ningún efecto jurídico. El pronunciamiento de la inexistencia constituye una sanción mayor a la pronunciada por la nulidad absoluta, que está reservada para actos existentes, pero afectados de vicios.*

*e) En consecuencia, este tribunal estima que el presente recurso de revisión debe ser considerado como un recurso jurídicamente inexistente, por no estar configurado entre los procedimientos constitucionales que el artículo 184 de la Constitución atribuye a este tribunal, ni en las facultades que le confiere su ley orgánica<sup>18</sup>.*

La Ley 137-11 otorga amplias facultades al juez constitucional para dictar sentencias que invaden la esfera de otros poderes del Estado, como las sentencias interpretativas aditivas, que necesariamente entran en conflicto con las funciones del Poder Legislativo. Asimismo, en otro trabajo nos referimos a las famosas sentencias estructurales, en las cuales no solo se toman decisiones propias del Poder Legislativo sino también del Ejecutivo, impactando gravemente las políticas públicas de un Estado<sup>19</sup>.

Por esto, varios autores entienden que el límite del juez constitucional será analizado conforme a las razones o argumentaciones que este ofrezca para tomar una decisión de este tipo, es decir, si las razones de derecho justifican tomar una decisión que entre en conflicto con otros poderes del Estado.

### III. Límites extrínsecos

Los límites extrínsecos del juez constitucional pueden ser divididos en dos subtemas que trataremos brevemente: 1) Límites al juez constitucional en

17 Sentencia TC/0491/20, 29 de diciembre del año 2020, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/24774/tc-0491-20-tc-06-2020-0036.pdf>

18 Sentencia TC/0521/16, 7 de noviembre del año 2016, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9250/tc-0521-16.pdf>

19 LEON MOREL, Víctor A., “Análisis de las sentencias estructurales”, 29 de septiembre 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/analisis-de-las-sentencias-estructurales-caso-del-tribunal-constitucional-dominicano/>

función de la naturaleza de los casos que resuelve;  
2) Límites al juez constitucional en función a sus roles y legitimidad política-democrática.

Digamos que en la categoría inicial en función a la naturaleza de los casos que resuelven Ronald Dworkin ha indicado que puede haber (i) casos fáciles que pueden ser resueltos con un simple razonamiento deductivo, (ii) casos difíciles donde la solución involucra la ponderación e incluso armonización de bienes jurídicos protegidos en conflicto, y donde no necesariamente hay una sola solución, y Atienza ha agregado una tercera categoría de (iii) casos trágicos (que pudieran ser una subcategoría dentro de los casos difíciles) donde no hay una respuesta, o sí hay, pero ninguna es correcta; entendida tal corrección como que cualquier solución que se elija será contraria al ordenamiento jurídico porque será contradictoria con otra solución que también permite el mismo ordenamiento y que puede ser adoptada por el órgano decisor.

Sobre los casos fáciles, Atienza nos dice que en estos solo corresponde la aplicación pura y simple del Derecho; requieren básicamente que se identifique el derecho aplicable al caso, sin mayor referencia a consideraciones adicionales<sup>20</sup>. En estos casos, el límite del juez está claramente marcado porque solo puede existir una sola decisión “correcta”. Un buen ejemplo se ve en la interpretación de reglas jurídicas, interpretadas bajo el método literal o gramatical, en la cual el juez constitucional no puede atribuirle un significado arbitrario a una norma clara y precisa.

El problema es que la mayoría de los casos que debe resolver el juez constitucional con relación al fondo, en lo que respecta al control concentrado de constitucionalidad, se enmarcan dentro de los casos difíciles, lo que otorga cierto margen discrecional que permite que decidir de una forma u otra, lo que dificulta identificar en esos casos cual sería el límite cuando no existe una sola decisión correcta en el caso concreto, sino que pueden existir varias, como

por ejemplo, al hablar de conflictos entre derechos fundamentales tan controversiales como el derecho a la vida de la madre y del feto en los casos de aborto. Los principios, como nos indica Alexy, son mandatos de optimización que indican que algo sea realizado en la medida de lo posible, y su alto grado de abstracción e imprecisión permite que los jueces constitucionales lleguen a ciertas conclusiones, no tomadas conforme los hechos y el derecho del caso, sino más bien respecto a posiciones particulares que posteriormente justificaran gracias a la amplitud de discrecionalidad en la motivación de la norma.

En estos casos difíciles, autores como Jesús Vega han indicado que *surgen prácticas activistas por parte del juez constitucional, que requieren la reformulación de reglas, la introducción de excepciones y la producción de nuevas reglas por los jueces*<sup>21</sup>.

Respecto al límite del juez constitucional en función a sus roles y su legitimidad política-democrática, este es uno de los temas que mayores controversias ha generado en el ámbito de la filosofía del derecho, sobre la cual hay dos posiciones encontradas de grandes filósofos como Ronald Dworkin (que defiende el gobierno de los jueces) y Jeremy Waldron (que defiende el constitucionalismo popular ejercido a través del Parlamento como representante del pueblo).

En resumen, Waldron asume claramente que ha de ser el parlamento, a través de un procedimiento de carácter estrictamente mayoritario, el órgano encargado de discutir y resolver en última instancia los problemas de interpretación de las leyes en los casos controvertidos que involucran derechos humanos. De entrada, el teórico escribe desde un contexto donde no se cuenta con una carta formal de derechos, asumiendo que esto es lo correcto. Sin embargo, el mismo observa que si fuese el caso contrario de que dicha carta existiese, los tribunales tendrían que limitarse a señalar las posibles discrepancias entre las leyes

20 ATIENZA, Manuel, “Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica”, Madrid, Palestra, 1997, P. 192.

21 VEGA, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 41, 2018, p. 134.

controvertidas y la carta de derechos —la propia Constitución o el derecho internacional. En ningún caso estarían dichos tribunales autorizados a dejar de aplicar o derogar aquellas leyes, porque esto implica que un grupo muy reducido y no electo de personas se oponga a la autoridad democrática de las mayorías<sup>22</sup>.

Dworkin en cambio, en varias obras, entre ellas *El imperio de la justicia*, nos indica que algún órgano del gobierno debe decidir por todos y tener la última palabra, y sabe que esto demanda una teoría de la obediencia al derecho. Dicho autor, al igual que Waldron, sostiene una teoría de la autoridad.

Este debate sobre constitucionalismo débil —democracia fuerte, y viceversa, se ha mantenido a lo largo de la historia del constitucionalismo moderno, sin que exista una solución definitiva y adecuada. Nuestro ordenamiento jurídico funciona bajo la premisa contraria de constitucionalismo fuerte —democracia débil, donde un órgano de control extra poder es quien decide en última instancia sobre los derechos fundamentales.

Para el profesor y doctor en Derecho constitucional, Diego Moreno Rodríguez, una condición que debe cumplirse para que una sociedad adopte un pluralismo razonable a fin de que sean las mayorías las que tomen decisiones sobre derechos fundamentales, debe ser la capacidad de que esos individuos puedan deliberar moralmente dicha decisión, tomando en serio los derechos en el sentido de que están comprometidos con los mismos, incluso cuando puedan tener desacuerdos razonables entre sí, no motivados por la ignorancia o la mala fe, sino por las cargas de juicio, o bien por otros factores explicativos similares que no necesariamente deben quedar reducidos a una mera lucha de intereses egoístas<sup>23</sup>. Esta postura no es del todo compatible con una democracia

representativa, pues para bien o para mal, con o sin capacidades y aptitudes intelectuales “necesarias”, las mayorías deben ser quienes decidan respecto de cuestiones tan importantes como elegir sus representantes mediante el voto popular.

En ese sentido, si los jueces constitucionales dictan decisiones dentro del parámetro formal de sus atribuciones, pero excediendo las posibilidades de que sean cumplidas por solo tomar en cuenta el factor jurídico constitucional y no los factores económicos, históricos, sociales y culturales, sufrirá una crisis de legitimidad que conllevaría a que los ciudadanos y las instituciones no obtemperen sus decisiones. Sobre esto, en el caso particular nuestro, donde la Ley 137-11 no contempla mecanismos coercitivos para que las sentencias del juez constitucional sean cumplidas más allá de la astreinte, cobra mayor importancia.

Por esta razón, el citado Espinoza-Saldaña Barrera ha expresado que los jueces constitucionales no pueden pasar por alto su obligación de prever el efecto de sus interpretaciones y decisiones, debido a que, por la naturaleza de la norma que se interpreta, se encuentran involucrados un conjunto de intereses o valores que reclaman especial atención. En efecto, el contenido tan singular de la norma constitucional, es decir, valorativo por un lado y limitador del poder por el otro, no hace más que justificar una interpretación responsable de ella, a fin de no terminar sacrificando ni uno ni otro extremo<sup>24</sup>.

El magistrado emérito del Tribunal Constitucional español, Manuel Aragón Reyes ha expresado que *“las normas constitucionales deben interpretarse mediante argumentaciones jurídicas y no mediante argumentaciones políticas o morales, y que en el correcto razonamiento*

22 WALDRON, Jeremy, “Derechos y desacuerdos” Madrid. España, Marcial Pons, 2005, P. 140.

23 RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego, “Control Judicial de la ley y derechos fundamentales, una perspectiva crítica”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2011, P. 242-243.

24 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Sobre los límites del juez constitucional”, Perú, Editorial Zela, 2020, Segunda Edición, P. 229.

*jurídico de sus decisiones descansa la única legitimidad que el juez constitucional tiene para controlar los actos de poder*<sup>25</sup>.

Para el magistrado presidente del Tribunal Constitucional dominicano, Milton Ray Guevara, la legitimidad de dicho órgano se logra con la calidad, contenido, ejecución y respeto de las decisiones de tribunales, expresando que *“hay un criterio de revolución cultural, por lo que, en consecuencia, más allá de la legitimidad formal que da a los tribunales su creación por la vía constitucional o legal, la legitimidad de funcionamiento se logra por la calidad, el contenido, la ejecución y respeto de sus decisiones”*<sup>26</sup>.

El factor político en las decisiones del juez constitucional es fundamental, pues como indicamos anteriormente aunque la Constitución es una norma jurídica, también es evidentemente una norma política que depende del consenso de distintos actores y representantes en una sociedad pluralista como la nuestra, por lo que una decisión que solo tome en cuenta el elemento jurídico no está analizando el panorama completo ni la incidencia de la misma, sobre todo en nuestro sistema de derecho que contempla esas decisiones como vinculantes para todas las personas y los poderes públicos.

Asimismo, como afirma la profesora Jimena Conde, se trata, por tanto, de un juez que ya no se conforma con ser simplemente la boca de la ley, pero cuya forma de involucrarse en los asuntos públicos puede ser restringida o activa. En este último caso, dependería de si los jueces constitucionales estarían dispuestos a ejercer un activismo judicial a conciencia, sin sujetarse a los límites que lo separan del ámbito competencial de los otros Poderes del Estado o de asumir textualmente las disposiciones normativas a interpretar<sup>27</sup>.

En conclusión, somos de opinión que un elemento fundamental en la legitimación de una decisión es la debida motivación ofrecida por el juez constitucional, lo que va a permitir que los receptores de las mismas y el público en general no la desmeriten alegando razones externas a las jurídico constitucionales propias de un Estado Constitucional de Derecho.

#### IV. Conclusiones

El antiguo presidente del Tribunal Constitucional español, Manuel García Pelayo expresaba que un juzgador hiperactivista, el cual se considera que su accionar no tiene límites, y, además, busca sustentar su actuación en parámetros de calidad u oportunidad, es en rigor tan o más nocivo que quien abdica de asumir tan significativas responsabilidades; y deviene en los hechos en la negación de lo que se busca obtener de un juez o una jueza constitucional y una rémora para la consolidación del Estado Constitucional al cual dice proteger y representar<sup>28</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico dificulta que un juez constitucional pueda asumir una posición hiperactivista al punto en que incida más allá de un voto particular, en razón de la mayoría calificada contenida en el artículo 186 de la Constitución. Esta postura la hemos abordado en otro artículo titulado “Ventajas y desventajas del sistema de votos particulares en las Altas Cortes”, ya que los efectos particulares no tienen efectos vinculantes, sino más bien pedagógicos<sup>29</sup>.

En sentido general, entendemos que aparte de las consideraciones que hemos expresado en el presente artículo, el mayor límite que debe tener todo juez constitucional es su conciencia, pues la textura abierta de las normas constitucionales

- 
- 25 ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “Garantismo” y Aplicación Judicial de la Constitución, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2015, P. 103, disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/7.pdf>
- 26 RAY GUEVARA, Milton, Ponencia: “La Legitimación de los Órganos de la Justicia Constitucional en el Siglo XXI” 11 de noviembre 2015, disponible en línea: <https://tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-legitimidad-se-logra-con-la-calidad-contenido-ejecución-y-respeto-de-las-decisiones-de-tribunales/>
- 27 CONDE JIMINIÁN, Jimena, “El Activismo Judicial de los Tribunales Constitucionales y el Principio de Separación de Poderes”, La Organización del Poder para la Libertad, Santo Domingo, enero 2020, Librería Jurídica Internacional, P. 580.
- 28 GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado Constitucional de Derecho”, Lectura de Temas Constitucionales, Lima, 1988.
- 29 LEÓN MOREL, Víctor A., “Análisis de las sentencias estructurales: caso del Tribunal Constitucional Dominicano”, 28 de septiembre 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/analisis-de-las-sentencias-estructurales-caso-del-tribunal-constitucional-dominicano/>.

le otorgan amplios poderes discrecionales para interpretar y aplicar el Derecho, dificultando la existencia de límites claros y específicos, más allá de las competencias que deben ser debidamente asignadas por la Constitución y las leyes. Sin embargo, en el caso concreto que un tribunal constitucional decida sobrepasar estos límites, no hay un órgano de control superior que pueda decidir sobre ese exceso de poder.

Sobre lo anterior, toma mayor peso el grado de legitimidad que tienen los tribunales constitucionales, ya que en la medida en que sus decisiones se entiendan conformes al derecho y con la justicia, serán mejor recibidas por la sociedad y facilitarán su labor como órgano de mayor jerarquía en un Estado.

Al final, como ha establecido el profesor Carlos Cossio en su obra “Las Lagunas del Derecho”, el margen de discrecionalidad de un juez depende de los límites que el derecho establece para la solución de una controversia<sup>30</sup>.

## Referencias

ATIENZA, Manuel, “Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica”, Madrid, Palestra, 1997.

ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “Neoconstitucionalismo”, “Garantismo” y Aplicación Judicial de la Constitución, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2015, disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/7.pdf>

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “¿qué es una Constitución?” Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. núm. 58. Enero-Abril 2000.

CONDE JIMINIÁN, Jimena, “El Activismo Judicial de los Tribunales Constitucionales y el Principio de Separación de Poderes”, La Organización del Poder para la Libertad, Santo Domingo, Enero 2020, Librería Jurídica Internacional.

COSSIO, Carlos, “Las Lagunas del Derecho”, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward “Ensayos sobre la libertad y el poder”, 1998, Unión Editorial, disponible en línea: <https://www.elcato.org/sites/default/files/ensayos-sobre-la-libertad-y-el-poder-libro-electronico.pdf>

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Sobre los límites del juez constitucional”, Perú, Editorial Zela, 2020, Segunda Edición.

FERRAJOLI, Luigi, “Argumentación Interpretativa y Argumentación Equitativa: Contra El Creacionismo Judicial”, Teoría y Derecho: revista de Pensamiento Jurídico. N.º 20, 2016, disponible en línea: <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/456/449>

GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado Constitucional de Derecho”, Lectura de Temas Constitucionales, Lima, 1988.

HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) núm. 86. Octubre-Diciembre 1994.

HESSE, Konrad, “La jurisprudencia y la Jurisdicción Constitucional”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N.º 4, México, Editorial Porrúa, Julio-Diciembre 2005.

JORGE PRATS, Eduardo, “Derecho Constitucional Vol. I”, IUS NOVUM, Santo Domingo, Agosto 2010.

30 COSSIO, Carlos, “Las Lagunas del Derecho”, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018, p. 42.

KELSEN, HANS, “Sobre la jurisdicción constitucional”, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2018.

LEON MOREL, Víctor A., “Análisis de las sentencias estructurales: caso del Tribunal Constitucional Dominicano”, 28 de septiembre 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/analisis-de-las-sentencias-estructurales-caso-del-tribunal-constitucional-dominicano/>

LEON MOREL, Víctor A., “Ventajas y Desventajas del sistema de votos particulares en las Altas Cortes”, 12 de agosto 2020, disponible en línea: <https://abogadosdq.com/ventajas-y-desventajas-del-sistema-de-votos-particulares-en-las-altas-cortes/>

PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel, “La Constitución como Norma Jurídica”, Texto del discurso que pronunciara el Dr. Pellerano Gómez al ser investido como Profesor Honorario del Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM, el 13 de diciembre de 1992, publicado en la edición número 9 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

RAY GUEVARA, Milton, Ponencia: “La Legitimación de los Órganos de la Justicia Constitucional en el Siglo XXI” 11 de noviembre 2015, disponible en línea: <https://tribunalconstitucional.gob.do/sala-de-prensa/noticias/magistrado-ray-guevara-legitimidad-se-logra-con-la-calidad-contenido-ejecución-y-respeto-de-las-decisiones-de-tribunales/>

RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego, “Control Judicial de la ley y derechos fundamentales, una perspectiva crítica”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2011.

RUTHERS, Berndts, “La revolución secreta, del Estado de derecho al Estado Judicial”, Marcial Pons, Madrid, 2020.

TEJADA, Adriano Miguel, “Perfil del juez constitucional” 30 de noviembre de 2018, Editorial de Diario Libre, disponible en línea en: <https://www.diariolibre.com/opinion/editorial/perfil-del-juez-constitucional-OH11527779>

VEGA, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N.º 41, 2018.

WALDRON, Jeremy, “Derechos y desacuerdos” Madrid. España, Marcial Pons, 2005.

Democracy Now, 16 de abril de 2021, “Legisladores demócratas proponen un proyecto de ley para ampliar el número de jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos”, disponible en línea: [https://www.democracynow.org/es/2021/4/16/titulares/democrats\\_unveil\\_bill\\_to\\_expand\\_scotus\\_the\\_court\\_is\\_broken](https://www.democracynow.org/es/2021/4/16/titulares/democrats_unveil_bill_to_expand_scotus_the_court_is_broken)

REPÚBLICA DOMINICANA, Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial N.º 10561, del 26 de enero de 2010 [en línea]. Disponible en línea: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf>

Sentencia TC/0454/16, 27 de septiembre de 2016, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9183/tc-0454-16.pdf>

Sentencia TC/0491/20, 29 de diciembre del año 2020, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/24774/tc-0491-20-tc-06-2020-0036.pdf>

Sentencia TC/0521/16, 7 de noviembre del año 2016, Tribunal Constitucional Dominicano, disponible en línea: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/9250/tc-0521-16.pdf>

# Análisis de la sentencia núm. TC/0905/18 del Tribunal Constitucional sobre el caso del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo

José Augusto Fermín\*

Recibido: 22 de junio de 2021 – Aceptado: 8 de diciembre de 2021

## Resumen

La sentencia núm. TC/0905/18 del Tribunal Constitucional establece un precedente perjudicial para el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), porque desprotege legal y constitucionalmente el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo. Se analiza el conflicto presentado en este caso entre los derechos fundamentales a la protección del medioambiente y el derecho de propiedad.

**Palabras clave:** Parque Nacional Manolo Tavárez Justo, Tribunal Constitucional, derecho a la protección del medioambiente, derecho de propiedad, áreas protegidas, desarrollo sostenible y República Dominicana.

## Abstract

*The decision No. TC/0905/18 of the Constitutional Court establishes a harmful precedent for the National System of Protected Areas because it legally and constitutionally unprotects the Manolo Tavárez Justo National Park. The conflict presented in this case between the fundamental rights to environmental protection and the right to property is analyzed.*

**Keywords:** *Manolo Tavárez Justo National Park, Constitutional Court, right to environmental protection, right to property, protected areas, sustainable development and Dominican Republic.*

---

\* Licenciado en Derecho (summa cum laude) de la PUCMM, magister en Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona y abogado en Fermín & Taveras. josea@fermintaveras.com

## Introducción

En sentido general, este caso trata sobre la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta el 11 de mayo de 2016 por la Junta de Asociaciones de la Zona Piñera y Cafetalera de Toma y Palmarejo (JUNTOPA), Inc. y compartes (en lo adelante, los recurrentes o accionantes) contra el Decreto núm. 371-11, promulgado el 13 de junio de 2011.<sup>1</sup> Los fundamentos de esta acción fueron las supuestas violaciones al principio de razonabilidad de la norma jurídica previsto en el numeral 15 del artículo 40 de la Constitución, al derecho de propiedad consagrado en el artículo 51 de la Carta Magna y a los principios de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica establecidos en el artículo 110 de la Constitución.<sup>2</sup> Posteriormente, el Tribunal Constitucional dictó el 10 de diciembre de 2018 la sentencia analizada.<sup>3</sup>

Cabe destacar que ese decreto creó el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo en la vertiente norte de la cordillera Central, debido a la importancia ecológica e histórica de esa zona.<sup>4</sup> Específicamente, porque ahí nacen las principales cuencas hidrográficas que abastecen de agua potable a gran parte de la población del nordeste de la isla y la producción agrícola de esa región.<sup>5</sup> De igual modo, la importancia histórica de este parque nacional radica en que en sus exuberantes bosques se desarrollaron el 28 de noviembre de 1963 varios combates entre el Movimiento Revolucionario 14 de Junio y las fuerzas militares del Triunvirato luego del derrocamiento de Juan Bosch.<sup>6</sup> Precisamente, en

la localidad de Las Manaclas ubicada en esta zona fue fusilado el principal dirigente del Movimiento Revolucionario 14 de Junio, Manuel Aurelio Tavárez Justo (Manolo).<sup>7</sup> Por eso, el nombre de esta área protegida en honor a ese héroe nacional. En síntesis, los recurrentes alegaban que el decreto era, supuestamente, inconstitucional porque con la creación de este parque nacional se vulneraban los derechos de propiedad de varias personas y se afectaban a diversas comunidades de la zona.<sup>8</sup>

### Análisis jurídico de la sentencia

Para decidir esta acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional utilizó el test leve de razonabilidad para determinar si el decreto incumplía o no el principio de razonabilidad de la norma jurídica basándose en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (análisis de medio y finalidad de la norma jurídica).<sup>9</sup> Así, luego de ponderar y realizar el test leve de razonabilidad del decreto impugnado, el Tribunal Constitucional juzgó que el decreto violentaba el principio de razonabilidad, por lo que era inconstitucional.<sup>10</sup> En consecuencia, esta alta corte acogió la acción directa de inconstitucionalidad incoada por los accionantes en este proceso.<sup>11</sup> Su decisión se fundamentó, erradamente, en que las presuntas comunidades afectadas por el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo no fueron consideradas ni tampoco integradas al plan de manejo de esta área protegida.<sup>12</sup> Por lo tanto, el Tribunal Constitucional entendió, erróneamente, que esas

1 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0905/18 dictada el 10 de diciembre de 2018.

2 *Ibidem*.

3 *Ibidem*.

4 Decreto núm. 371-11 que creó el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo en la vertiente norte de la cordillera Central, promulgado el 13 de junio de 2011. Gaceta Oficial núm. 10623, publicada el 28 de junio de 2011.

5 *Ibidem*.

6 Movimiento Revolucionario 14 de Junio. Enciclopedia Dominicana SOS. Fundación SOS Educativa. Consulta realizada el 25 de abril de 2021. Disponible en línea: [http://enciclopediadominicana.org/Movimiento\\_Revolucionario\\_14\\_de\\_junio](http://enciclopediadominicana.org/Movimiento_Revolucionario_14_de_junio)

7 *Ibidem*.

8 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0905/18 dictada el 10 de diciembre de 2018.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

comunidades se encontraban en un supuesto estado de vulnerabilidad social y económica a raíz de la creación del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo.<sup>13</sup>

A continuación, se explicarán los argumentos por los cuales la sentencia analizada es infundada y contradictoria. Primero, esta alta corte juzgó que el área protegida mediante el decreto impugnado estaba previamente resguardada por otras leyes especiales.<sup>14</sup> Verbigracia, la Ley 202-04 sobre áreas protegidas y la Ley 4389 que creó el Parque Nacional Armando Bermúdez en 1956.<sup>15</sup> Sin embargo, la Ley 4389 establece y protege un parque nacional distinto al área que abarcaba el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo.<sup>16</sup> Esta área protegida colindaba con el Parque Nacional Armando Bermúdez, pero en el fondo los límites territoriales y coordenadas georreferenciales de ambas áreas protegidas son distintos.<sup>17</sup> Por su parte, la Ley 202-04 protege aquellas unidades de conservación ecológicas que hayan sido declaradas legalmente como áreas protegidas.<sup>18</sup> De modo que, a partir de la sentencia analizada que derogó y declaró la inconstitucionalidad del Decreto núm. 371-11 se eliminó de nuestro ordenamiento jurídico la creación y protección del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo.

Segundo, considerando la naturaleza, circunstancias y complejidad del caso era necesario e importante que el Tribunal Constitucional realizara previamente un descenso o una inspección *in situ* en el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo para confirmar, realmente, si estas presuntas comunidades existen y cómo están siendo supuestamente afectadas por esa área protegida. Más aún, cuando en otro

importante caso y precedente constitucional en materia de áreas protegidas relacionado con el Parque Nacional Juan Bautista Pérez Rancier, mejor conocido como Parque Nacional de Valle Nuevo (Madre de las Aguas); una comisión de jueces del Tribunal Constitucional acompañados de un perito de la Academia de Ciencias realizaron una inspección *in situ* y descenso a Valle Nuevo para confirmar la realidad de los hechos y alegatos discutidos en ese proceso; a la luz del principio de oficiosidad.<sup>19</sup>

De ahí que, surge la pregunta: ¿por qué los jueces del Tribunal Constitucional no hicieron una inspección *in situ* y descenso al Parque Nacional Manolo Tavárez Justo, si la naturaleza y complejidad del caso lo ameritaba? Por tales motivos, en este caso, el Tribunal Constitucional vulneró el principio de oficiosidad consagrado en el acápite 11 del artículo 7 de la Ley 137-11, que establece lo siguiente:

“Artículo 7.-Principios Rectores. El sistema de justicia constitucional se rige por los siguientes principios rectores: (...)

11) Oficiosidad. Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio, las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido convocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente” (negritas agregadas).<sup>20</sup>

Esto se fundamenta en que los recurrentes no aportaron ninguna prueba que demostrara, fehacientemente, si las supuestas comunidades

13 Ibídem.

14 Ibídem.

15 Véase la Ley 202-04, Sectorial de Áreas Protegidas. Igualmente, véase la Ley 4389 que creó el Parque Nacional Armando Bermúdez como reserva forestal con fines científicos y de protección a la naturaleza.

16 Véase la Ley 4389 que creó el Parque Nacional Armando Bermúdez como reserva forestal con fines científicos y de protección a la naturaleza.

17 Véase los artículos 3, 4 y 5 del Decreto núm. 371-11 que creó el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo en la vertiente norte de la cordillera Central. Asimismo, véase la Ley 4389 que creó el Parque Nacional Armando Bermúdez como reserva forestal con fines científicos y de protección a la naturaleza.

18 Véase la Ley 202-04, Sectorial de Áreas Protegidas.

19 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0021/17 dictada el 18 de enero de 2017.

20 Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, promulgada el 13 de junio de 2011. Gaceta Oficial núm. 10622, publicada el 15 de junio de 2011.

afectadas existen y cómo estaban siendo perjudicadas por el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo. En ese sentido, era procedente que el Tribunal Constitucional realizara una inspección in situ para determinar la verdad material del caso y no conformarse con la verdad procesal construida convenientemente por los accionantes. De hecho, la Academia de Ciencias y la Comisión Ambiental de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) luego de realizar sus investigaciones e informes técnicos sobre este caso concluyeron lo siguiente:

***“El Tribunal Constitucional fundamentó su sentencia en consideraciones aviesamente falsas, sin hacer una investigación “in situ” como lo ha hecho la Academia de Ciencias, al afirmar que existen “40 comunidades que podrían perder su derecho de propiedad...” En realidad, no existen tales asentamientos comunitarios, ni siquiera un conglomerado humano con más de 10 o 15 casas en ninguna parte del área protegida de entonces, algo que la tecnología satelital puede verificar y mostrar la realidad de los hechos.***

***Las comunidades de Toma y Palmarejo, que dicen los accionantes representar, están totalmente fuera de los dominios del Manolo Tavárez, comenzando por Palmarejo que se encuentra varios kilómetros alejada de sus linderos”.***<sup>21</sup>

Por otro lado, esta alta corte no se refirió ni tampoco justificó en su sentencia cómo en este caso se conculcaban los supuestos derechos de propiedad argüidos por los accionantes y por qué se lesionaban los principios constitucionales de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica. Al respecto, el Tribunal Constitucional se limitó simplemente a mencionar de manera general las supuestas violaciones a estos principios

constitucionales alegadas por los accionantes, pero no explicó cómo se violentaban supuestamente esos principios en este caso in concreto.<sup>22</sup> Estos principios constitucionales no formaron parte del análisis o test de razonabilidad realizado por el Tribunal Constitucional para determinar la constitucionalidad o no del decreto impugnado.<sup>23</sup> Por tales motivos, esos razonamientos asumidos por el Tribunal Constitucional son erróneos.

Además, el Tribunal Constitucional no profundizó la delicada colisión de derechos fundamentales que había en este caso considerando los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu (método de la ponderación o proporcionalismo de Robert Alexy). Específicamente, entre el derecho a la protección del medioambiente consagrado en los artículos 66 y 67 de la Constitución (derechos colectivos y difusos) y el derecho de propiedad establecido en el artículo 51 de la Carta Magna. Por consiguiente, esta alta corte debió realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad con relación a ese conflicto de derechos fundamentales. En este caso, el derecho a la protección del medioambiente primaba sobre el derecho de propiedad, porque con la creación del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo se garantizaba la protección idónea, necesaria y proporcional de una zona de gran relevancia ecológica, histórica y cultural de la República Dominicana. Especialmente, en materia de preservación de recursos hídricos, forestales, biodiversidad (especies endémicas y en peligro de extinción) y ecosistemas de esa área protegida.

Precisamente, la preponderancia que en este caso tenía el derecho a la protección del medioambiente sobre el derecho de propiedad radica, *a fortiori*, porque es innegable que en los últimos años la República Dominicana ha vivido sequías prolongadas y extremas a causa del calentamiento global y cambio climático;<sup>24</sup> razones por las cuales

21 TEJADA GÓMEZ, José. Academia de Ciencias y UASD critican fallo del Constitucional sobre parque Manolo Tavárez Justo. En: Diario Digital RD. Actualidad. Fecha de la publicación: 4 de junio de 2019. Consulta realizada el 28 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://diariodigital.com.do/2019/06/04/academia-de-ciencias-y-uasd-dicen-sienta-un-precedente-funesto-fallo-del-tc-sobre-parque-manolo-tavarez-justo.html>

22 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0905/18 dictada el 10 de diciembre de 2018.

23 Ibidem.

24 PÉREZ, Narciso. Dice sequías serán más prolongadas en el país. En: Diario Libre. Agua Potable. Fecha de la publicación: 5 de septiembre de 2018. Consulta realizada el 25 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/medioambiente/dice-sequias-seran-mas-prolongadas-en-el-pais-DE10724676>.

en el país áreas agrícolas que antes eran fértiles y productivas ahora son áridas o desérticas debido al proceso de desertificación o desertización.<sup>25</sup> La región nordeste ha sido una de las regiones más afectadas por estas mortales sequías y fenómenos climáticos adversos;<sup>26</sup> considerando que la República Dominicana como Estado insular es uno de los países más vulnerables ante las severas consecuencias y efectos de la crisis climática y ecológica.<sup>27</sup> En este contexto, la sentencia analizada afecta negativamente la supervivencia de los habitantes de la región nordeste del país, dado que desprotege legal y constitucionalmente las principales cuencas hidrográficas, bosques, biodiversidad y fuentes de vida de esa región; que en esencia afecta también a todo el país.

A partir de estas explicaciones es válido resaltar que actualmente poderosas empresas mineras multinacionales (Unigold Dominicana, entre otras más) tienen grandes intereses económicos en explorar, explotar y depredar los valiosos yacimientos minerales y recursos naturales del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo.<sup>28</sup> Estas empresas tenían un gran poder económico, influencia y lobby político durante el gobierno pasado.<sup>29</sup> Lo mismo ocurría con otros sectores económicos interesados en desarrollar insostenibles proyectos agroforestales y aserraderos ilegales en la zona núcleo de este parque nacional.<sup>30</sup> Para sustentar estos argumentos, la Academia de Ciencias y Comisión Ambiental de la UASD explican que con esta sentencia se incrementa la vulnerabilidad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.<sup>31</sup> Al respecto, estas instituciones

según sus investigaciones e informes técnicos exponen lo siguiente:

***“Sin embargo, desde la divulgación misma del Decreto, algunos sectores económicamente influyentes han estado incidiendo para que el mismo fuera derogado o atacado por la vía constitucional con el propósito de explotar la zona a través de planes de aprovechamiento forestal mediante los cuales se cortarían miles de árboles y para poder avanzar con planes de extracción minera, cuyas concesiones de exploración fueron emitidas mediante el permiso ambiental No. 0228-03 del año 2018 que autoriza la exploración de oro, plata, zinc, cobre y minerales asociados en comunidades de provincias ubicadas en la zona núcleo del Parque Nacional. (...) Tanto los planes de aprovechamiento forestal como los permisos mineros son posteriores a la declaración del parque y se otorgaron en violación a la Ley”<sup>32</sup>***

De igual modo, las carencias probatorias reflejadas en este proceso son notorias, puesto que los recurrentes no depositaron pruebas que acreditaban y probaban, verazmente, sus presuntos derechos de propiedad sobre los terrenos afectados supuestamente por el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo. Asimismo, tampoco depositaron pruebas que acreditaban y probaban, legalmente, sus calidades jurídicas y legitimidades procesales para interponer esta acción de inconstitucionalidad.

25 CAMPOS, Niza. Desertificación afecta 50% del territorio de RD. En: Diario Libre. Fecha de la publicación: 18 de junio de 2005. Consulta realizada el 26 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/desertificacin-afecta-50-del-territorio-de-rd-FBDL66788>.

26 AQUINO, Marisol. Sequías de 1997, 2015 y la actual, las más extremas en el país. En: Diario Libre. Meteorología. Fecha de la publicación: 11 de marzo de 2019. Consulta realizada el 27 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/ciudad/sequias-de-1997-2015-y-la-actual-las-mas-extremas-en-el-pais-JJ12282469>.

27 *Plan Nacional de Adaptación para el Cambio Climático en la República Dominicana 2015-2030 (PNACC RD). Un país resiliente frente al cambio climático.* Consejo Nacional para el Cambio Climático y Mecanismo de Desarrollo Limpio (CNCCMDL), Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Santo Domingo, República Dominicana, 2016, pág. 9. Consulta realizada el 27 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://ambiente.gob.do/wp-content/uploads/2018/03/Plan-Nacional-de-Adaptaci%C3%B3n-para-el-Cambio-Clim%C3%A1tico-en-la-Rep%C3%BAblica-Dominicana-2015-2030-PNACC.pdf>

28 TEJADA GÓMEZ, José. Academia de Ciencias y UASD critican fallo del Constitucional sobre parque Manolo Tavárez Justo.

29 Ibídem.

30 Ibídem.

31 Ibídem.

32 Ibídem.

Por tales razones, la magistrada Katia Miguelina Jiménez resaltó con su voto disidente las irregularidades de las pruebas depositadas por los accionantes en este proceso.<sup>33</sup> jurídicas de los accionantes, las legitimidades procesales de esos grupos o asociaciones fantasmas y sus supuestos derechos de propiedades dentro del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo.<sup>34</sup> En ese tenor, la magistrada Jiménez argumentó lo siguiente:

**“2.2.3. Asimismo, vale destacar que mientras en su escrito la parte accionante alega que el conglomerado reclamante constituye un grupo de propietarios de terrenos localizados dentro del Parque Nacional Manuel Tavárez Justo, advirtiéndose en el escrito contentivo de la acción directa de inconstitucionalidad asociaciones sin fines de lucro, los aludidos contratos de compraventa inmobiliarios han sido suscritos a título personal; revelando, consecuentemente, una irregularidad manifiesta.**

**2.2.4. Al examinar los indicados documentos, advertimos que los mismos no constituyen títulos que tengan vocación para conferir calidad a los accionantes a los fines de emprender ante este Tribunal Constitucional la impugnación de marras, la cual ha sido juzgada mediante la sentencia respecto de la cual disentimos.**

**2.2.5. En este orden de ideas, constatamos que al interpretar las disposiciones vigentes que conceden calidad para accionar en inconstitucionalidad, la parte accionante no ofrece en su instancia recursiva la acreditación que justifique a este tribunal su calidad para emprender el escrutinio sobre la supuesta colisión constitucional del decreto de referencia”<sup>35</sup>**

En otro orden, la sentencia es infundada y contradictoria porque el Tribunal Constitucional juzgó y reconoció la importancia ecológica, histórica y cultural del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo,<sup>36</sup> pero paradójicamente declaró inconstitucional el decreto impugnado.<sup>37</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional juzgó lo siguiente:

**11.6. El primer elemento del indicado test procura determinar cuál es la finalidad de la norma. En la especie, el decreto impugnado procura «la implementación de medidas y obras destinadas a preservar los nacimientos de los ríos, y con ello los ecosistemas más valiosos y la biodiversidad del país que aún se encuentra en las zonas de nacimiento y cuencas de los ríos Bao, Ámina, Magua, Cidra, Mao, Guayubín, arroyuelos y afluentes con el propósito de contribuir con el desarrollo sostenible de la República Dominicana». Igualmente, en la parte motiva del decreto impugnado se expresa que este procura la preservación del referente histórico del Movimiento 14 de Junio y del héroe nacional Manuel Aurelio Tavárez Justo, también de los espacios naturales que sirvieron de escenario a sus caros ideales, hasta su muerte en Las Manaclas.**

**11.7. Es indudable que el Decreto núm. 371-11 cumple con el fin procurado por el precitado art. 40.15 constitucional, puesto que dispone la creación del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo en el área de la cordillera central, con lo que además de contribuir a la conservación de múltiples fuentes acuíferas, coadyuva a la preservación de la memoria viva de importantes eventos protagonizados por el Movimiento 14 de Junio, encabezado por Manuel Aurelio Tavárez Justo<sup>38</sup>**

33 Véase las páginas 53 y 54 de la sentencia analizada.

34 Ibídem.

35 Ibídem.

36 Véase las páginas 34, 35 y 41 de la sentencia analizada.

37 Véase la página 44 de la sentencia analizada.

38 Véase las páginas 34 y 35 de la sentencia analizada.

Además, el Tribunal Constitucional ha reafirmado, constantemente, con su jurisprudencia, la importancia del Sistema Nacional de Áreas Protegidas para preservar el medioambiente, la biodiversidad, los recursos naturales, ecosistemas y biomas con los objetivos de proteger sus valiosos servicios ecosistémicos y contribuir con el desarrollo sostenible del país.<sup>39</sup> Tal como lo juzgó con ocasión del caso de Loma Miranda y otros relevantes precedentes constitucionales en materia de preservación de las áreas protegidas.<sup>40</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional juzgó: **“(...) hemos establecido que reviste de gran importancia para el Estado, mantener y conservar el medio ambiente a través del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”**<sup>41</sup>

Por lo tanto, a la luz de lo explicado en este análisis, el Tribunal Constitucional debió dictar una sentencia exhortativa y no declarar inconstitucional el decreto impugnado. De hecho, esta alta corte tenía la facultad o posibilidad de dictar una sentencia exhortativa en este caso, pues el párrafo III del artículo 47 de la Ley 137-11 dispone lo siguiente:

**“Artículo 47.-Sentencias Interpretativas. El Tribunal Constitucional, en todos los casos que conozca, podrá dictar sentencias interpretativas de desestimación o rechazo que descartan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto impugnado, en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados. Párrafo III.- Adoptará, cuando lo considere necesario, sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada”**<sup>42</sup>

De ahí que, en virtud de esa sentencia exhortativa, el Tribunal Constitucional le ordenase al Ministerio

de Medio Ambiente y Recursos Naturales que realizara un levantamiento y análisis técnico del plan de manejo del Parque Nacional Manolo Tavárez Justo para confirmar si las supuestas comunidades afectadas existen y si fueron excluidas o no del plan de manejo. Si hubiesen sido excluidas, el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales debería integrar a esas comunidades al plan de manejo de este parque nacional con la finalidad principal de que puedan aunar esfuerzos para garantizar la conservación de este valioso santuario ecológico, histórico y cultural. Igualmente, partiendo del hecho hipotético de que esas comunidades existen, el Tribunal Constitucional podía exhortarle al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales que realice jornadas de capacitación medioambiental y social en estas comunidades para que sus habitantes puedan aprender a preservar esta área protegida y a beneficiarse sosteniblemente de sus recursos naturales.

## Conclusión

Esta sentencia es un precedente constitucional lamentable, ya que establece una jurisprudencia peligrosa en materia de áreas protegidas que puede ser utilizada, aviesamente, por diversos sectores económicos depredadores para impugnar la constitucionalidad de otras áreas protegidas del país y tratar de garantizar sus intereses económicos. Por eso, dicha sentencia atenta contra el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y aumenta la vulnerabilidad del país frente a las severas consecuencias del calentamiento global y cambio climático. En este caso, la colisión entre los derechos fundamentales a la protección del medioambiente y el derecho de propiedad demuestra la importancia de las inspecciones in situ como herramientas procesales y constitucionales útiles para sustentar el test de proporcionalidad y razonabilidad necesario para resolver este conflicto de derechos fundamentales. Asimismo, con este

39 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0167/13 dictada el 17 de septiembre de 2013. Véase también la sentencia núm. TC/0157/17 dictada el 5 de abril de 2017. Igualmente, véase la sentencia núm. TC/0021/17 dictada el 18 de enero de 2017 y la sentencia núm. TC/0482/19 dictada el 6 de noviembre de 2019.

40 Ibidem.

41 Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0157/17 dictada el 5 de abril de 2017.

42 Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

análisis se aboga por el rol activo que debe asumir el Tribunal Constitucional como principal garante de la supremacía y justicia constitucional en materia medioambiental y de áreas protegidas, en virtud del principio de oficiosidad y otros principios constitucionales.

Actualmente, las organizaciones medioambientalistas y la sociedad, en sentido general, deberían también luchar por que el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo sea reincorporado legalmente como área protegida dentro del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Más aún, cuando el Gobierno se ha comprometido a proteger, rescatar y preservar las áreas protegidas como una de sus estrategias fundamentales para lograr la adaptación o resiliencia climática de la República Dominicana frente a los efectos del calentamiento global y cambio climático.<sup>43</sup> Indiscutiblemente, la zona que abarcaba el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo es de vital importancia para el desarrollo de la región nordeste y todo el país, porque esa zona alberga los principales recursos hídricos y naturales que garantizan la subsistencia y productividad de gran parte de la población de esa región.

Las áreas protegidas son nuestras principales fuentes de vida, bienestar social, medioambiental y económico, por lo que debemos preservarlas como los mayores tesoros para las presentes y futuras generaciones. En definitiva, por las razones desarrolladas en este artículo, esperamos que los yerros identificados con este análisis no se repitan en próximos casos similares que deba juzgar el Tribunal Constitucional.

## Referencias

“Un país para su gente”. Lineamientos generales del Programa de Gobierno del Cambio del Partido Revolucionario Moderno (2020-2024), págs. 145-154. Gabinete presidencial de Luis Abinader. Consulta realizada el 2 de mayo de 2021. Disponible en línea: [file:///Users/admin/Downloads/Lineamientos\\_Programa\\_Gobierno\\_Luis\\_Abinader.pdf](file:///Users/admin/Downloads/Lineamientos_Programa_Gobierno_Luis_Abinader.pdf)

AQUINO, Marisol. Sequías de 1997, 2015 y la actual, las más extremas en el país. En: Diario Libre. Meteorología. Fecha de la publicación: 11 de marzo de 2019. Consulta realizada el 27 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/ciudad/sequias-de-1997-2015-y-la-actual-las-mas-extremas-en-el-pais-JJ12282469>

CAMPOS, Niza. Desertificación afecta 50% del territorio de RD. En: Diario Libre. Fecha de la publicación: 18 de junio de 2005. Consulta realizada el 26 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/desertificacin-afecta-50-del-territorio-de-rd-FBDL66788>

Decreto núm. 371-11 que creó el Parque Nacional Manolo Tavárez Justo en la vertiente norte de la cordillera Central, promulgado el 13 de junio de 2011. Gaceta Oficial núm. 10623, publicada el 28 de junio de 2011.

Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, promulgada el 13 de junio de 2011. Gaceta Oficial núm. 10622, publicada el 15 de junio de 2011.

Movimiento Revolucionario 14 de Junio. Enciclopedia Dominicana SOS. Fundación SOS Educativa. Consulta realizada el 25 de abril de 2021. Disponible en línea: [http://enciclopediadominicana.org/Movimiento\\_Revolucionario\\_14\\_de\\_junio](http://enciclopediadominicana.org/Movimiento_Revolucionario_14_de_junio)

PÁEZ, Wilder. Abinader: Garantiza plan de rescate áreas protegidas y fuerte combate cambio climático. En: Diario Libre. Propuestas de los candidatos/Medioambiente. Fecha de la publicación: 16 de junio de 2020. Consulta realizada el 2 de mayo de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/politica/garantiza-plan-de-rescate-areas-prottegidas-y-fuerte-combate-cambio-climatico-FL19303530>

43 PÁEZ, Wilder. Abinader: Garantiza plan de rescate áreas protegidas y fuerte combate cambio climático. En: Diario Libre. Propuestas de los candidatos/Medioambiente. Fecha de la publicación: 16 de junio de 2020. Consulta realizada el 2 de mayo de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/politica/garantiza-plan-de-rescate-areas-prottegidas-y-fuerte-combate-cambio-climatico-FL19303530>. Véase también: “Un país para su gente”. Lineamientos generales del Programa de Gobierno del Cambio del Partido Revolucionario Moderno (2020-2024), págs. 145-154. Gabinete presidencial de Luis Abinader. Consulta realizada el 2 de mayo de 2021. Disponible en línea: [file:///Users/admin/Downloads/Lineamientos\\_Programa\\_Gobierno\\_Luis\\_Abinader.pdf](file:///Users/admin/Downloads/Lineamientos_Programa_Gobierno_Luis_Abinader.pdf)

PÉREZ, Narciso. Dice sequías serán más prolongadas en el país. En: Diario Libre. Agua Potable. Fecha de la publicación: 5 de septiembre de 2018. Consulta realizada el 25 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://www.diariolibre.com/actualidad/medioambiente/dice-sequias-seran-mas-prolongadas-en-el-pais-DE10724676>

Plan Nacional de Adaptación para el Cambio Climático en la República Dominicana 2015-2030 (PNACC RD). Un país resiliente frente al cambio climático. Consejo Nacional para el Cambio Climático y Mecanismo de Desarrollo Limpio (CNCCMDL), Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Santo Domingo, República Dominicana, 2016, pág. 9. Consulta realizada el 27 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://ambiente.gob.do/wp-content/uploads/2018/03/Plan-Nacional-de-Adaptaci%C3%B3n-para-el-Cambio-Clim%C3%A1tico-en-la-Rep%C3%ABlica-Dominicana-2015-2030-PNACC.pdf>

TEJADA GÓMEZ, José. Academia de Ciencias y UASD critican fallo del Constitucional sobre parque Manolo Tavárez Justo. En: Diario Digital RD. Actualidad. Fecha de la publicación: 4 de junio de 2019. Consulta realizada el 28 de abril de 2021. Disponible en línea: <https://diariodigital.com.do/2019/06/04/academia-de-ciencias-y-uasd-dicen-sienta-un-precedente-funesto-fallo-del-tc-sobre-parque-manolo-tavarez-justo.html>

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0021/17 dictada el 18 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0157/17 dictada el 5 de abril de 2017.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0167/13 dictada el 17 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0482/19 dictada el 6 de noviembre de 2019.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. TC/0905/18 dictada el 10 de diciembre de 2018.

# La ignorancia deliberada: Su incorporación en el ordenamiento jurídico dominicano a propósito de los delitos de lavado de activos

Esmeralda Corral Panadero\*

Recibido: 5 de octubre de 2021 – Aceptado: 19 de noviembre de 2021

## Resumen

La ignorancia deliberada es la ceguera intencional en la que se posiciona el autor del delito. En la aplicación del tipo subjetivo se tiende a equipar con el dolo; sin embargo, es un elemento con características propias. A lo largo de este artículo abordaremos más detalladamente esta figura, estudiaremos las diferentes formas de imputación subjetiva y la incorporación de esta en el ordenamiento jurídico dominicano. El propósito del artículo es proveer a los auxiliares de la justicia y los tribunales dominicanos de las claves que les permitan resolver los casos de dudosa interpretación.

**Palabras clave:** Ignorancia deliberada, dolo, imprudencia, imputación subjetiva, lavado de activos.

## Abstract

*Willful blindness is the intentional blindness in which the perpetrator of the crime positions itself. The application of the subjective type tends to be equipped with intention; however, it is an element with its own characteristics. Throughout this article we will address this figure in more detail, study the different forms of subjective imputation and the incorporation of the figure in the Dominican legal system: The purpose of the article is to provide the keys to the auxiliary of justice and the Dominican courts to help them resolve cases of doubtful interpretation.*

**Keywords:** *Willful blindness, intention, negligence, subjective imputation, money laundering.*

---

\* Licenciada en Derecho y Periodismo por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España, premio extraordinario de fin de carrera; magíster en Derecho Penal Económico por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España; especialista en Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo por la Cátedra URJC-KPMG, Madrid, España. País de origen: España. Correo electrónico: esmeralda.corral@gmail.com.

## Introducción

La doctrina de la ignorancia deliberada irrumpe en el derecho penal como una forma de enmarcar imputaciones que representan una seria dificultad respecto a la construcción del dolo y las exigencias propias que, históricamente, se han hecho al sujeto activo de los conocimientos del tipo objetivo.

El objeto de este artículo es analizar la figura de la ignorancia deliberada en Derecho penal dominicano. Especialmente nos centraremos en fundamentar cómo esta figura de imputación puede aplicarse en los delitos que requieren un elemento subjetivo especial o ánimo como es el delito de lavado de activos.

Para ello se realizará una descripción del concepto, que permitirá situarnos y, a partir de allí, desarrollar el estudio que nos ocupa. El artículo abarca los orígenes de la figura, desde mediados de la década de los 90, hito importante para entender dónde y cómo se inició a hablar, propiamente, de la doctrina de la ignorancia deliberada y los primeros casos donde se introdujo jurisprudencialmente.

Se estudiará a profundidad las diferentes características del tipo subjetivo para entender la diferencia entre dolo e imprudencia. De esta forma llegaremos a la equivalencia que se pretende respecto a la doctrina de la ignorancia deliberada y el dolo y lo requerido para que produzca las mismas consecuencias penales.

Finalmente veremos la doctrina aplicada al ordenamiento jurídico dominicano, especialmente por las disposiciones introducidas por el legislador a raíz de la Ley núm. 155-17, contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y su no inclusión en el proyecto de Código Penal.

## I. Concepto de ignorancia deliberada

La ignorancia deliberada es el desconocimiento de los elementos del tipo provocado por el mismo autor del delito. Pretende ser la solución alternativa de imputación subjetiva en casos dudosos, aquellos que no quedan abarcados por el dolo clásico que

implica un conocimiento de todos los elementos del tipo, pues el sujeto se posiciona en una ceguera intencional no queriendo conocer aquello que debería conocer. En palabras del Tribunal Supremo español la ignorancia deliberada es no querer saber aquello que puede y debe conocerse.<sup>1</sup>

## II. Orígenes de la figura

La ignorancia deliberada fue enunciada por primera vez en el artículo doctrinal que lleva por título *Willful ignorance, knowledge, and the “equal culpability” thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality*, publicado en febrero de 1994 en la Universidad de Wisconsin por los profesores Douglas N. Husak y Craig Callender.

El citado artículo se centra fundamentalmente en el estudio del principio de legalidad y, al hilo de su profundo análisis, se plantea la cuestión de la ignorancia deliberada (*willful blindness*) que es un término amparado por los tribunales, pero cuya definición aún no estaba muy clara. Así estos autores tratan de aportar una aclaración.

La doctrina de la *willful blindness* (ceguera intencionada) sostiene un tratamiento equivalente entre dolo y desconocimiento voluntario. Surge en el Derecho angloamericano a partir de una serie de pronunciamientos judiciales. Se considera que la ignorancia deliberada es un concepto creado para describir el estado mental de ciertos sujetos, en casos complicados de fundamentar como el *United States v. Jewell*.

Esta resolución fue dictada en 1976 por el Tribunal de Apelaciones del 9.º Circuito Federal y con posterioridad ha sido citada con frecuencia en la discusión académica, hasta el punto de que estos autores, entre otros, se refieren a ella como el *leading case* en la materia. El acusado Jewell había sido condenado en primera instancia por cruzar la frontera de México con los Estados Unidos transportando, supuestamente por encargo, 110 libras de marihuana en el maletero de un coche. La alegación del sujeto afirmando que no sabía

1 España, Segunda Sala del Tribunal Supremo, sentencia núm. 1637/1999, de 10 de enero de 2000. Ponente Giménez García. Es el primer precedente jurisprudencial en castellano donde se enuncia el tema de la ignorancia deliberada.

lo que transportaba, pese a tener la sospecha de estar haciendo algo ilegal, fue desestimada por el jurado que previamente había sido instruido de acuerdo con la doctrina de la ignorancia deliberada en los siguientes términos: “La acusación puede satisfacer la carga de la prueba demostrando, más allá de toda duda razonable, que si el acusado no era en realidad consciente de que había marihuana en su vehículo cuando entró en los Estados Unidos fue porque su desconocimiento acerca de esta circunstancia fue única y exclusivamente el resultado de haberse hecho el propósito consciente de ignorar la naturaleza de lo que llevaba en el coche, con una voluntad consciente de evitar conocer la verdad”.

La condena del jurado fue recurrida por el acusado, cuya defensa cuestionó la legalidad de esta instrucción. Sin embargo, en su posterior resolución el Tribunal de Apelaciones confirmó la condena partiendo de la equiparación que contiene el *Model Penal Code* entre conocimiento cierto y conciencia de la alta probabilidad. Según el Tribunal quien es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un hecho y no hace lo necesario para confirmar dicha existencia merece el mismo tratamiento que quien tiene plena certeza sobre tal extremo. Para justificar su decisión el Tribunal invocó, entre otras, la idea de que “la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad”, añadiendo que en caso de admitirse como eximente la existencia de un desconocimiento provocado, quienes trafican con droga se beneficiarían casi siempre de ella. El objetivo de los tribunales es condenar a aquellos sujetos que pueden carecer de los conocimientos que se exige.

Husak y Callender van a cuestionar la equiparación que se hace en el *Model Penal Code* entre conocimiento cierto y conciencia de la alta probabilidad. Ello lo explican con un gráfico ejemplo: a dos turistas americanos que van a regresar a sus casas, se les acerca un extranjero para que, a cambio de un millón de dólares, entreguen una maleta a un contacto en América. Uno de los turistas pregunta sobre el contenido de la maleta y la respuesta es clara: Ellos no tienen la necesidad de

saber su contenido. En un principio, los sujetos se niegan por la sospecha de que el interior contenga alguna sustancia ilegal; sin embargo, el extraño lleva a cabo una nueva oferta, esta vez se basa en un millón de dólares para cada uno y el transporte de dos maletas, una para cada sujeto, sin que sepan cuál de ellas contiene la droga. En este caso aceptan. ¿Qué pasaría si fuesen detenidos por la policía de aduanas?, ¿responderían por ignorancia deliberada? La respuesta a esta pregunta es afirmativa, pues desde esta posición, en el momento en el que se les cambia la oferta aceptan aun no sabiendo el contenido, ni cuál de las dos maletas contendría la sustancia ilegal, es una posibilidad que se les plantea, cuando menos dudan de su legalidad, pero deciden actuar pues no era muy probable que fuese él quien transportase la droga, siempre podría ser el compañero.

Estos autores señalan que existe una contradicción al intentar encuadrar la *willfull blindness* en el *Model Penal Code*, la sección 2.02.7:

“Section 2.02. General Requirements of Culpability. 2.02.7 (7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist”.

Cuando en esta sección se habla exclusivamente de conocimiento de la alta probabilidad, sin importar las razones por las cuales el sujeto no tiene conocimiento de su conducta. Si la citada se concibe como una definición de la ignorancia deliberada resulta defectuosa, en especial porque deja fuera de su alcance aquellos supuestos en los que el sujeto, siendo consciente de un riesgo de realización delictiva que no pueden calificarse de alta probabilidad, evita deliberadamente confirmar su sospecha. A su juicio, estos sujetos pueden ser considerados menos culpables que quien actúa con la conciencia de una alta probabilidad, pero nunca podrán ser considerados inocentes. Aplicando el ejemplo anterior en el que los dos turistas eran tentados con grandes sumas de dinero, se trata de un caso paradigmático de desconocimiento

provocado que, sin embargo, no tiene cabida en la sección 2.02.7.

En el Derecho anglosajón existe también la llamada *recklessness* (o desconsideración), es una figura autónoma respecto de la intención, que equivaldría en derecho dominicano al dolo directo y de la negligencia que es nuestra imprudencia. Por ello es una posición intermedia entre ambas, lo que supone que tiene una pena menor que el dolo, pero mayor que la imprudencia.

### III. Tipo subjetivo

Para poder imputar responsabilidad penal al sujeto activo del delito deben confluír elementos objetivos para calificar la conducta de manera antijurídica y elementos subjetivos que permitan considerar la culpabilidad del autor (con capacidad de motivación y conociendo la antijuridicidad del hecho)<sup>2</sup>.

Estos presupuestos responden al principio de culpabilidad *nullum crimen, poena sine culpa*, no resulta legítimo hacer responsable de un delito a una persona e imponerle una pena si no lo ha realizado con culpabilidad<sup>3</sup>.

Hagamos un breve resumen de las diferentes formas de imputación subjetiva para poder encajar la figura de la ignorancia deliberada como una forma independiente del dolo clásico y la imprudencia.

El tipo subjetivo puede clasificarse en dolo -en sus diferentes variantes- o imprudencia. Recordemos que el dolo es por definición el conocimiento y voluntad de cometer el hecho antijurídico<sup>4</sup>. Tiene una clasificación tripartita cuyo orden jerárquico determinará la gravedad de la acción, el Código Penal Dominicano atribuye misma pena sea cual sea su forma de realización dolosa, por lo que la clasificación del dolo no permite establecer su diferenciación en la pena que lleve acarreada.

Dolo directo de primer grado: Es la forma de dolo en la que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Cuando concurre una realización delictiva intencionada. También conocido como dolo de intención. Es el paradigma más perfecto del dolo pues en ella concurren los dos elementos que según la mayoría de los autores determinan lo que debe entenderse por una realización delictiva dolosa que implican conocimiento y voluntad.

Dolo directo de segundo grado: Dolo directo de segundo grado: En terminología del Tribunal Supremo es conocido como “dolo de consecuencias necesarias”<sup>5</sup>. En estos supuestos el autor no quiere el resultado en el sentido más auténtico de la palabra querer. Supone que la intención o propósito que persigue el sujeto no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo cuya producción también acepta<sup>6</sup>.

Dolo eventual: Estamos ante el caso en el que sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal la conducta llevada a cabo parece merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa. Al autor se le presenta la posibilidad -la eventualidad- de que el resultado se produzca, y aun así actúa<sup>7</sup>. Su similitud con la imprudencia se ha pretendido explicar con diferentes teorías como son:

- La teoría del consentimiento, o de la aprobación, asume que la distinción con la imprudencia consciente radica en que en el dolo eventual el agente ha de consentir en la probabilidad de producción del resultado. Para comprobar dicho consentimiento, suele

2 Mata Amaya, José De la et al. Teoría del delito. República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2007, p. 143.

3 Ibid.

4 Ibid., p. 145.

5 España, Segunda Sala del Tribunal Supremo, sentencia núm. 1222/2006, de 14 de diciembre de 2006, ponente Diego Ramos Gancedo. En esta decisión el Tribunal Supremo resuelve casación de sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, donde se condenó al acusado por tráfico de drogas y absolvió del delito del 556, resistencia a agente de la autoridad.

6 Es el ejemplo típico del terrorista que pone una bomba con la intención de matar a un político en su coche bomba y también muere el chofer Mata Amaya, José De la et al, op. cit., p. 148.

7 Ibid., p. 150.

utilizarse una fórmula hipotética (llamada Fórmula de Frank), según la cual estaríamos ante un dolo eventual cuando, anticipando mentalmente la efectiva producción del resultado y contemplando el mismo como seguro, el autor habría realizado igualmente la acción. Estaremos, en cambio, ante una imprudencia consciente si, en cambio, el autor dejaría de actuar si supiese con seguridad que el resultado lesivo iba a producirse<sup>8</sup>.

- La teoría de la representación, o de la probabilidad, por su parte, se desentiende de todo componente volitivo y se conforma para afirmar un dolo eventual con que el agente se represente como posible o probable la producción del resultado. Es decir, lo fundamental es el conocimiento del peligro de la acción: ante un peligro elevado estaremos en el ámbito del dolo eventual; si, en cambio, el peligro representado es menor y la producción del resultado típico se presenta como poco probable, estaremos ante una imprudencia inconsciente<sup>9</sup>.

Es tarea del juez determinar la diferencia entre un delito con dolo eventual o tipo imprudente, por lo que al final se tiene que revisar el caso concreto para poder delimitar ambas formas.

Imprudencia: Aquellos supuestos en los que el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado, pues se produce una inobservancia del cuidado debido.

La esencia de la imprudencia reside en la lesión del deber objetivo de cuidado, y se actúa con falta de la diligencia debida, así el sujeto crea un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido. El delito imprudente exige además desvalor de resultado, los tipos imprudentes sólo se sancionan cuando están consumados. La infracción de la norma de cuidado es el desvalor de la acción.

El desvalor de la acción viene constituido por la infracción del deber de cuidado. Esto es, por el incumplimiento, consciente o inconsciente, de una norma de cuidado, tanto en los delitos comisivos como, excepcionalmente, en los omisivos.

El Código Penal dominicano ha optado por introducir una incriminación expresa de la imprudencia, incorporando en la regulación de algunos delitos la previsión del castigo de su modalidad imprudente, limitando la tipificación de la imprudencia a delitos tales como homicidio y golpes y heridas (arts. 319-321), incendios (art. 458), desfalco (art. 170), ayuda a la evasión de presos (arts. 238-240), así como en alguna infracción de policía<sup>10</sup>.

Algunos tipos penales incluyen expresas referencias a elementos subjetivos cuya concurrencia resulta incompatible con la realización imprudente del hecho, y otros muchos delitos, aun cuando no contengan referencias expresas, sólo son concebibles en su modalidad dolosa, porque su lesividad viene determinada por una intención determinada del autor. Así, por ejemplo, el delito de falsificación de moneda del art. 135, exige el “ánimo u objeto de engañar sobre la materia del metal”. De igual modo, y aunque no aparezca expresamente, los delitos de falsificación o falsedades, ya sea de moneda o de documentos, presuponen un particular ánimo falsario que resulta incompatible con la imprudencia. De igual modo, delitos como el estupro (art. 337), o la difamación o injurias (art. 367), presuponen un dolo de cometer ese delito, por lo que no sería planteable su comisión por imprudencia. Y otros delitos incorporan referencias a elementos subjetivos como “voluntariamente” (art. 437), “a sabiendas” (art. 445), o “intencionalmente” (art. 443), que restringen la posibilidad de castigar la modalidad imprudente<sup>11</sup>.

8 Ibid.

9 Mata Amaya, José De la et al, op. cit., p. 151.

10 Ibid., p. 156.

11 Mata Amaya, José De la et al, op. cit., p. 157.

### a. Equiparación de la ignorancia deliberada al dolo

En el caso concreto en el que la ignorancia sea consecuencia de una estrategia para eludir posibles responsabilidades sí se puede admitir esta equiparación al dolo, siempre y cuando se den todos los requisitos que se exponen a continuación. Estos datos son claves, deben siempre respetarse y estar presentes para entender que estamos ante un caso de ignorancia deliberada en el que la pena pueda equipararse al dolo, y así la respuesta penal sea la misma prevista para la modalidad dolosa:

- Sospecha previa: Existencia de un conocimiento inicial que justifique la decisión de no querer informarse sobre ciertas cuestiones vinculadas a deberes legales o posibles actuaciones ilícitas.
- Elemento temporal: El tiempo durante el que se mantenga la decisión de no querer saber debe ser amplio, meses o años.
- Beneficio obtenido: El sujeto obtiene claras ventajas de su desconocimiento. Y sea precisamente la exoneración de responsabilidad, no tanto económica<sup>12</sup>.

Especialmente se mantiene esta postura bajo el entendido de que los actores se posicionan en estas situaciones para tener garantizada una defensa tan fuerte que les exonere de toda responsabilidad. Si se admitiese que estos casos, por no reunir los requisitos de imputación, deberían ser impunes estaríamos ante una injusticia manifiesta. Y además se correría el riesgo de que todos los potenciales delincuentes viesan por esta vía facilidades para eludir la pena y se acogiesen a esta modalidad para la comisión de los delitos.

## IV. La ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico dominicano

No hay mucha presencia de esta figura en la jurisdicción dominicana. En la búsqueda realizada para la preparación de este artículo pudimos encontrar una mención expresa en la reciente Ley

núm. 155-17, de 1 de junio de 2017, ley contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo que deroga la Ley núm. 72-02, que en su artículo 7 señala lo siguiente:

*“Artículo 7.- Tipicidad subjetiva. El conocimiento, dolo, intención o la finalidad requeridos como elemento subjetivo de cualquiera de las infracciones de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo previstas en esta ley podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. En la determinación del tipo subjetivo resultarán equivalentes el conocimiento, el dolo, la obligación de conocer y la ignorancia deliberada”.*

El legislador realiza una equiparación entre ignorancia deliberada y dolo, con la clara intención de dejar fuera de estas conductas sus formas imprudentes. Se trata de delitos con características subjetivas especiales en los que se les exige un comportamiento o ánimo tendente a su resultado lesivo del bien jurídico protegido, en esta misma ley se deja establecido un determinado animus de comisión en los delitos de lavado de activos (art. 3.2) *“La persona que oculte, disimule, o encubra la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de cualquiera de los delitos precedentes, (...)”.*

Las razones de la inclusión legislativa de la figura de la ignorancia deliberada son evidentes, basta con precisar que se incluye en una ley especial que sanciona el lavado de activos o blanqueo de capitales, con esto el legislador ha pretendido adelantarse a la labor pretoriana que ha sido necesaria para resolver casos de desconocimiento provocado y los problemas de prueba que se suscitan comúnmente en materia de lavado de activos, testaferrato, entre otros.

Internacionalmente el lavado de activos ha requerido de flexibilizaciones jurisprudenciales a la hora de valorar la intención dolosa de los imputados, así como la admisión de las pruebas indiciarias para

12 Ragués I Vallès, Ramón. La ignorancia deliberada en Derecho Penal. España, Atelier Libros Jurídicos, 2007, pp. 124-126.

vencer la ausencia de prueba directa. Esto se ha hecho, en la mayoría de los casos, aún con la ausencia de disposiciones legales expresas como la que contiene el artículo 7 de la Ley núm. 155-17.

El legislador dominicano optó por equiparar, plenamente, la ignorancia deliberada con el dolo, lo que dista un poco de la recomendación de Miró Llinares<sup>13</sup> que entiende que para aquellas situaciones de ignorancia deliberada en estricto será preferible la regulación expresa de tipos concretos que atiendan a posiciones específicas del deber en los cuales se le puede exigir al sujeto responsable que no se sustraiga arbitrariamente al conocimiento de los efectos de sus acciones en su propio beneficio.

Esta equiparación de la ignorancia deliberada con el dolo es analizada por una de las voces más autorizadas en la doctrina, el catedrático Ramón Ragués i Vallès, que señala en varias decisiones del Tribunal Supremo español lo siguiente:

*“En varias decenas de resoluciones dictadas a partir del año 2000, la Sala Segunda del Tribunal Supremo y diversas audiencias provinciales vienen entendiendo que la doctrina de la willful blindness tiene perfecta cabida en el sistema jurídico español y que los casos de desconocimiento provocado son supuestos de auténtico dolo, aunque pueda faltar en ellos el grado de conocimiento que esta figura exige. Si bien inicialmente la voluntad del sujeto de no conocer más de lo que ya sabía era considerado por el Tribunal como un mero indicio de la concurrencia del elemento de aceptación que, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, exige el dolo eventual, en numerosas resoluciones posteriores la “voluntad de no saber” se ha convertido para la Sala Segunda en un auténtico sustitutivo del conocimiento.*

*(...) En la STS de 30 de abril de 2003 se desestimó la alegación de un sujeto que fue detenido cuando transportaba droga y que*

*afirmó en su descargo haber creído que el objeto de transporte era dinero en lugar de sustancia estupefaciente. Según la Sala, la situación de ignorancia deliberada que concurre en casos como éste –el sujeto pudo y debió saber qué estaba transportando– viene a ser un equivalente del conocimiento efectivo, afirmando en tal sentido: “la explicación de que el objeto del viaje era blanquear unos millones de pesetas en Canarias no se compadece ni con la presencia de una maleta rígida con el sobrepeso de los tres kilos y medio de cocaína que ocultaba, pues el hipotético dinero a transportar no pesaría más de medio kilo, ni tampoco se compadece con el importe que iba a recibir por dicho transporte pues ni era precisa tan rocambolesca operación ni es ilícito llevar tal cantidad de una parte a otra del territorio nacional, ello le llevó a la Sala sentenciadora a estimar acreditado el elemento interno del conocimiento de la realidad de lo transportado. A la misma conclusión se llegaría por virtud del principio de «Ignorancia Deliberada» según el cual, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar”.*

Revisando la doctrina dominicana, encontramos que Manuel Ulises Bonelly Vega, en su artículo “Obligación de conocer e ignorancia deliberada”, publicado en EL CARIBE el 12 agosto de 2020, realiza un análisis del art. 7 de la Ley núm. 155-17, desarrollando sucintamente la equiparación entre dolo e ignorancia deliberada, anteriormente mencionada, para sancionar estas conductas en su modalidad dolosa. En sus palabras: “Quien ejerce un oficio está obligado a conocer las leyes que lo rigen y cuando comete un acto que, de alguna manera, las transgrede no podrá excusarse en el error o en la ignorancia de lo prohibido”<sup>14</sup>.

13 Miró Llinares, Fernando. “Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, en Revista Cuadernos de Política Criminal, número 113, España, 2014, pp. 201-252, p. 235, citado por Oré Sosa, Eduardo. “Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del Dolo en el delito de Lavado de Activos”, en Advocatus, número 37, Lima, Perú, 2018, pp. 135-142, p. 141.

14 Liranzo, Juan Alberto. La ignorancia deliberada en el derecho penal dominicano. [en línea]. Acento. Santo Domingo, 11 de abril de 2019. [fecha de consulta 20 septiembre 2021]. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/la-ignorancia-deliberada-derecho-penal-dominicano-8669919.html>

Con el respeto que merece el autor, en el punto antes citado se habla de la ignorancia deliberada equiparándola primero al error de prohibición, que consiste en el desconocimiento, inevitable o evitable, de la ilicitud de la conducta realizada, es decir, que se actúa bajo la creencia de que la conducta no es sancionable penalmente, en el caso del error vencible o evitable, no se excluye la responsabilidad, pero se permite su castigo imprudente y, en el caso del error invencible o inevitable, se excluye la responsabilidad penal.

Contrario a lo referido en el artículo, la teoría de la ignorancia deliberada implica -como hemos adelantado- un desconocimiento voluntario de los elementos del tipo, no el desconocimiento de la ilicitud de la acción o la ausencia de diligencias mínimas para salir del “error”. Esta confusión es sintomática y podría explicar, al menos en parte, la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la teoría de la ignorancia deliberada.

Sorprende que no existe mención a la ignorancia deliberada en el Proyecto de Código Penal que actualmente se debate en el congreso, en ese sentido parece ser que el legislador local deja al criterio de los tribunales la interpretación y aplicación del tipo subjetivo y con ello la posible utilización de la teoría.

No conseguimos constatar esta figura en la jurisprudencia, respecto a la anterior Ley núm. 72-02 ni la Ley núm. 155-17, los tribunales penales dominicanos mantienen una postura conservadora ante casos donde la línea divisoria entre dolo eventual e imprudencia es muy difusa. Tienden a decantarse por la aplicación de dolo eventual, en la mayoría de los casos sin explicarlo ampliamente, sin recurrir a esta figura que resolvería más técnicamente estos supuestos.

Partiendo de las disposiciones de la Ley núm. 155-17, que equiparan la ignorancia deliberada al dolo, sería importante que los tribunales tengan en cuenta algunos datos o indicios que, debidamente incorporados y acreditados en el proceso, pueden

ser de gran utilidad para valorar los elementos, éstos recogidos por la Corte Suprema de Justicia de Perú<sup>15</sup>:

- Los incrementos patrimoniales injustificados;
- El manejo de grandes sumas de dinero en efectivo;
- Las operaciones sobre activos en las que, por valerse de testaferros, sociedades instrumentales, o depósitos o apertura de cuentas en paraísos fiscales, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias;
- La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias;
- La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de los activos; o sobre lo anómalo de las operaciones detectadas;
- La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas<sup>16</sup>.

No se trata de una fórmula perfecta, pero puede servir de guía para evitar la arbitrariedad que significaría una equiparación plena sin tomar en cuenta los elementos circundantes en cada caso.

## Conclusión

A lo largo de este artículo hemos concluido que en la actualidad el tipo penal subjetivo nos revela la existencia de una laguna para poder encajar los supuestos en los que el sujeto consigue de forma intencionada no alcanzar el mínimo grado de conocimiento requerido por el dolo, al entender que el dolo eventual no resuelve adecuadamente estas imputaciones (casos de ignorancia deliberada más estrictos). Sin olvidar las dudas que plantean los tipos legales que exigen una actuación a sabiendas.

Este estudio parte de la premisa de que estos casos merecen un castigo más grave que el establecido

15 Perú, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 sobre el delito de lavado de activos, de 16 de noviembre de 2016, fundamento 34.

16 Oré Sosa, Eduardo. “Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del Dolo en el delito de Lavado de Activos”, en *Advocatus*, número 37, Lima, Perú, 2018, pp. 135-142, p. 142.

para la imprudencia, pero no deben llegar al alcance punitivo del dolo. Sin embargo, este castigo no es posible por razones de legalidad, ya que el código exige un conocimiento que no se da en estos supuestos. Por ello, se considera la existencia de una laguna punitiva; siguiendo así el planteamiento de autores ya citados como Husak y Callender quienes constataron este vacío legal en el sistema jurídico estadounidense.

La ignorancia deliberada debe entenderse como una figura intermedia de imputación subjetiva en entre el dolo, con sus distintas modalidades, y la imprudencia.

A la hora de aplicar disposiciones como la contenida en la Ley contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, es preciso analizar las circunstancias propias del caso, ya que la equiparación del artículo 7 es para todos los tipos penales y no para tipos concretos y no en todos los casos se tratará de sujetos a los cuales pueda exigirse particulares deberes de incumbencia o deberes especiales de conocimiento.

## Referencias

Bonelly Vega, Manuel Ulises. Obligación de conocer e ignorancia deliberada. Periódico El Caribe, 12 de agosto de 2020.

Husak, Douglas N. & Callender, Craig A. "Willful ignorance, knowledge, and the "equal culpability" thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality", en *University of Wisconsin Law Review*, número 113, Wisconsin, Estados Unidos, 1994.

Liranzo, Juan Alberto. La ignorancia deliberada en el derecho penal dominicano. [en línea]. Acento. Santo Domingo, 11 de abril de 2019. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/la-ignorancia-deliberada-derecho-penal-dominicano-8669919.html>

Mata Amaya, José De la et al. Teoría del delito. República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2007.

Miró Llinares, Fernando. "Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos", en *Revista Cuadernos de Política Criminal*, número 113, España, 2014, pp. 201-252.

Oré Sosa, Eduardo. "Ignorancia deliberada: a propósito de la determinación del Dolo en el delito de Lavado de Activos", en *Advocatus*, número 37, Lima, Perú, 2018, pp. 135-142.

Ragués I Vallès, Ramón. La ignorancia deliberada en Derecho Penal. España, Atelier Libros Jurídicos, 2007.

Ragués I Vallès, Ramón. "La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva", en *Indret*, número 3/2008, Barcelona, España, 2008.

## Decisiones judiciales:

– España, Segunda Sala del Tribunal Supremo, sentencia Núm. 1637/1999, de 10 de enero de 2000. Ponente Giménez García.

– España, Segunda Sala del Tribunal Supremo, sentencia núm. 1222/2006, de 14 de diciembre de 2006, ponente Diego Ramos Gancedo.

– Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, *United States v. Jewell*, 532 F. 2d 697 (1976).

– República del Perú, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 sobre el delito de lavado de activos, de 16 de noviembre de 2016.

## Disposiciones legales:

– Estados Unidos de Norteamérica, Model Penal Code, 1985 y sus modificaciones.

– República Dominicana, Código Penal Dominicano, promulgado mediante Decreto-Ley núm. 2774, de 20 de agosto de 1884 y sus modificaciones.

– República Dominicana, Ley contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo que deroga la Ley núm. 72-02, Ley núm. 155-17, de 1º de junio de 2017.

– República Dominicana, Proyecto de reforma del Código Penal de la República Dominicana.



## CONVOCATORIA

### Para remisión de trabajos para la revista **Iuris Forum**

El Consejo Editorial de la Revista Iuris Forum invita a autoras y autores para la remisión de trabajos de derecho público y privado, nacional, internacional o comparado. Se aceptarán ensayos, artículos, comentarios de decisiones jurisdiccionales y legislaciones, así como reseñas o reseñas de libros, en el marco de los lineamientos aprobados por el Consejo Editorial para su evaluación y aceptación. Para mayor información, favor, visitar los documentos en el sitio web de la revista.

La Revista Iuris Forum publica principalmente documentos inéditos en español, pero pueden incluirse textos en otros idiomas. La primera página del trabajo debe contener: (a) Título del trabajo; (b) Nombre del autor (o autores, en caso de colaboración); (c) Resumen de la hoja de vida, últimos títulos alcanzados, tipo de afiliación institucional, país de origen y correo electrónico de contacto del autor (o autores, en caso de colaboración) como primer pie de página del trabajo; (d) Resumen de un párrafo, en español, de máximo 110 palabras o 10 líneas digitadas del trabajo; (e) Resumen de un párrafo, en inglés, de máximo 110 palabras o 10 líneas digitadas del trabajo; (f) Un máximo de cinco palabras claves (en inglés y español) que más identifiquen los puntos clave o temáticas de investigación del trabajo; (g) Dirección electrónica del autor (o autores, en caso de colaboración).

El autor (o autores, en caso de colaboración) puede someter para publicación artículos o ensayos científicos, reseñas y comentarios de legislación o jurisprudencia nacional e internacional, entrevistas a juristas nacionales e internacionales y reseñas bibliográficas. Los trabajos deben ser remitidos en medio magnético o electrónico, en formato .doc (Word), a 1½ espacio y en tipografía Times New Roman 12, márgenes izquierdo y derecho de una pulgada y todas las páginas deben estar numeradas.

Los artículos y ensayos no deben superar las 15,000 palabras (incluyendo introducción y conclusión) o no ser menor de 10 ni mayor de 25 páginas. Por su parte, las reseñas y entrevistas no deben superar las 5,000 palabras o no ser menor de cinco ni mayor de 10 páginas. No obstante, el Consejo Editorial de la revista podrá dispensar de estos límites cuando se justifique la publicación. Las colaboraciones podrán incluir, al final del texto y en orden alfabético, la bibliografía de los libros, artículos de revistas y ensayos en obras colectivas que sustenten el trabajo presentado, siguiendo los criterios indicados más abajo.

La extensión de la bibliografía no se computa respecto de ningún tipo de colaboración; tampoco se computa la extensión de los resúmenes y las palabras claves, en inglés y español.

Para la elaboración de las notas a pie de página y las referencias bibliográficas se requiere el formato de la norma ISO 690:2010. Las referencias bibliográficas deberán ordenarse alfabéticamente según el formato de la norma ISO 690:2010 al final del documento.

Los trabajos deben ser remitidos en medio magnético o electrónico a la siguiente dirección electrónica publicacionesderecho-csd@ce.pucmm.edu.do El Consejo Editorial examinará cada trabajo según criterios de pertinencia, coherencia, aporte y estilo para decidir sobre la conveniencia de su publicación; posteriormente, se envían a dos miembros del Comité Evaluador, quienes evalúan, objetiva y anónimamente, la calidad del artículo.



### **Campus de Santiago**

Autopista Duarte km 1½, Santiago, República Dominicana  
T. 809 580 1962 • Fax: 809 582 4549

### **Campus de Santo Domingo**

Av. Abraham Lincoln esq. Av. Simón Bolívar, Santo Domingo, República Dominicana  
T. 809 535 0111 • Fax: 809 534 7060