

“AÑO DE LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA”

DEPARTAMENTO TÉCNICO DE REVISIÓN LEGISLATIVA

Santo Domingo de Guzmán D.N.

DETEREL 0120/2015

A la : Comisión Permanente de Cultura

Vía : **Lic. Mayra Ruiz de Astwood,**
Coordinadora de Comisiones Permanentes

CC : **Mercedes Camarena Abreu**
Secretaria General Legislativa

De : **Welnel D. Félix F.**
Director Departamento Técnico de Revisión Legislativa

Asunto : Informe sobre el Proyecto de Símbolos Patrios.

Ref. : Of. 000746, del 16 de marzo de 2015.
Exp. No.02229

En atención a su comunicación de referencia, en la que nos solicita realizar el correspondiente estudio y remitir la opinión sobre el proyecto de ley indicado en el asunto. Después de analizar dicho proyecto tenemos a bien expresarle lo siguiente:

Contenido:

PRIMERO: Se trata de un Proyecto de Ley que tiene como fin regular el uso de los símbolos patrios en la República Dominicana, acorde con el desarrollo de la sociedad de fin de siglo.

SEGUNDO: Este proyecto de ley fue presentado por el Senador José Rafael Vargas, Senador de la República, provincia Espaillat.

Facultad Legislativa Congresual:

La facultad legislativa congresual para legislar sobre esta materia está sustentada en la Constitución de la República, en el artículo 93, numeral 1, literal c) que reza: ***Disponer todo lo concerniente a la conservación de monumentos y al patrimonio histórico, cultural y artístico;*** en el artículo 93, numeral 1, literal q) que reza: ***Legislar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro poder del Estado y que no sea contraria a la Constitución*** y al artículo 36, que reza: ***La Ley Reglamentará el uso de los símbolos patrios y las dimensiones de la Bandera Nacional y del Escudo Nacional.***

Legislación Comparada

Para el estudio de la presente iniciativa, hemos leído y analizado leyes de varios países que constituyen legislación comparada. Resalta entre ellos el Decreto 1,353, del 7 de marzo de 2006, que modificó el decreto 29, de julio de 1963, sobre los símbolos patrios de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, el Decreto 10302/944 sobre los símbolos nacionales de Argentina. Así como leyes de Perú, México, El Salvador y Colombia.

Procedimiento de Aprobación

Por su naturaleza el presente proyecto de ley para los fines de su aprobación, se rige por lo establecido en el artículo 113 de la Constitución de la República, que establece: ***Leyes ordinarias. Las leyes ordinarias son aquellas que por su naturaleza requieren para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los presentes de cada cámara.***

Desmonte Legal

El Proyecto de Ley tiene como antecedentes las siguientes disposiciones legales:

VISTOS: Los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero del año 2010, que consagra a la Bandera Nacional, al Escudo Nacional y al Himno Nacional como Símbolos Patrios de la nación.

VISTA: La legislación vigente relativa a los símbolos patrios, en especial las leyes números 360, de fecha 13 de agosto del 1943, sobre Uso de la Bandera Nacional; 385, de fecha 13 septiembre del

1943, que establece los tamaños de Banderas Nacionales; 3475, del año 1953, sobre banderas institucionales y oficiales y su enhestamiento conjuntamente con la Bandera Nacional; 6085, de fecha 22 de octubre del 1962, que instituye el 27 de febrero de cada año como Día de la Bandera Nacional; 532, de fecha 7 de junio del 1933, que define los altos funcionarios del Estado o de la Nación; 86, del año 1989, sobre Notariado; y el No. 14-01, de fecha 18 de enero del 2001, que establece la obligación de imprimir los Símbolos Patrios en cuadernos para uso escolar.

VISTAS: Las Resoluciones emitidas por el Congreso Nacional números 3416 y 4601, de los años 1894 y 1905, respectivamente, que prohíben a todo industrial el uso en sus productos del Escudo de Armas de la República, así como a todo aquel ciudadano que no sea alto funcionario del Estado.

Después de analizar el proyecto y observar los elementos de técnicas legislativas relativos a los vistos, tales se encuentran agrupados en un solo vista y sin un orden lógico, el cual debe ser de forma ascendente. A partir de ello, recomendamos la siguiente redacción:

Vista: La Constitución de la República Dominicana.

Vista: La Ley No. 532, de fecha 7 de junio de 1933, Altos Funcionarios de la Nación;

Vista: La Ley No. 360, de fecha 13 de agosto del 1943, que regula el uso de la Bandera Nacional;

Vista: La Ley 1307, del 25 de mayo de 1937, Obligación de iniciar y terminar los conciertos con la ejecución del Himno Nacional.

Vista: La Ley No. 385, de fecha 13 septiembre del 1943, que modifica el Art. 2 de la Ley 360, que regula el uso de la bandera nacional;

Vista: La Ley No. 3475, del 24 de enero del 1953, que agrega un párrafo III al artículo 4 de la ley que regula el uso de la bandera nacional;

Vista: La Ley No. 4133, del 7 de mayo de 1955, que modifica el párrafo del artículo 2 de la Ley No. 360, sobre dimensiones y uso de la Bandera Nacional.

Vista: La Ley No. 6085, de fecha 22 de octubre del 1962, que instituye como Día de la Bandera, el 27 de febrero de cada año;

Vista: Ley No. 14-01, de fecha 18 de enero del 2001, sobre la obligación de colocar en las portadas y contraportadas de los cuadernos escolares uno de los símbolos patrios;

Vistas: Las resoluciones emitidas por el Congreso Nacional números 3416 y 4601, de los años 1894 y 1905, respectivamente, que prohíben el uso del Escudo de Armas de la República en productos y a todo aquel que no sea alto funcionario del Estado, respectivamente.

Impacto de la Vigencia

Este proyecto tiene como fin regular todo lo relativo a los símbolos patrios. En la actualidad, los símbolos patrios están regulados por leyes que datan de más de 80 años, algunas de las cuales responden a las necesidades de control y proyección de poder estatal de la dictadura trujillista y en general no responden a las necesidades de control que suponen en la actualidad dicha regulación, principalmente ante la evolución de la tecnología, el comercio, los medios de comunicación y los derechos fundamentales. Por tanto, es necesario se dicten leyes acorde con la evolución social, sin menoscabo de su protección.

Análisis Legal

Del análisis legal, hemos observado lo siguiente:

1.- El artículo 18 del proyecto crea una comisión, con el objeto de que vele por el uso correcto y uniforme de los símbolos patrios. Dicha comisión estará integrada por el Ministro de Interior y Policía, y los presidentes del Instituto Duarte, Efemérides Patrias y Academia Dominicana de la Historia. Esta comisión tendrá dentro de sus facultades, la autorización para emitir dimensiones diferentes de las banderas a las establecidas en esta ley, autorizar publicaciones comerciales y de otra naturaleza y establecer otros criterios sobre el uso de los símbolos patrios.

1.1.- Los símbolos patrios constituyen las representaciones estatales que unen a las generaciones futuras con los héroes del pasado y marcan simbólicamente la unidad entre las personas y el estado mismo. Se produce una identificación identitaria con la comunidad nacional. Por tanto, entra en cuestionamiento si los símbolos patrios deben ser regulados, qué tipo de regulación y el alcance de la misma, dado que estos son en realidad del pueblo. Es así que si bien es posible su regulación, la misma debe evitar lo más posible constreñir su uso, concentrándose, por tanto, en aquellas actuaciones que caigan en el grado del abuso y la tergiversación no educativa y comunicacional de los mismos, así como aquellos elementos que no contribuyan con los valores patrios.

1.2.- Es a partir de ellos que consideramos innecesario la creación de una comisión que vele por la aplicación de la ley y el cuidado de los símbolos patrios. De hecho, la ley debe valerse por sí misma, como guía normativa, estableciendo todos los parámetros posibles para su cumplimiento, sin dejar a ningún órgano externo la toma de decisiones que constitucionalmente corresponde al legislador.

1.3.- Antes que crear una comisión con las funciones señaladas y otras que podrán agregarse en el reglamento, creemos que la regulación del uso de los símbolos patrios debe valerse por sí misma, abriendo un campo de actuación que no amerite autorización para su utilización, solo ceñirse al cumplimiento de la ley.

1.4.- La creación de un órgano, como la comisión, que tendría facultades reglamentadoras y limitativas, coarta el libre ejercicio ciudadano del uso de los símbolos y los somete a la toma de decisiones no legislativas, violentando la seguridad jurídica, la Constitución, el estado de derecho y los derechos fundamentales a la libre expresión. De hecho, las limitaciones a los ejercicios de derechos solo puede estar sujeta a la ley, la cual, en la única que puede regular el ejercicio de los derechos fundamentales; asimismo, se violenta el artículo 42.15 de la Constitución, principio de legalidad, el cual refiere a que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda e impedírsele lo que la ley no prohíbe”.

1.5.- Es así que la indicada comisión no debe ser creada como reguladora del uso de los símbolos patrios, por lo que recomendamos su eliminación de esta ley.

1.6.- Es posible, sin embargo, que los órganos y entes mencionados como parte de la comisión puedan tener una participación en la aplicación y vigilancia de la ley, la cual puede darle la facultad de denunciar el mal uso de los símbolos patrios o ser querellantes, acorde con lo establecido en el Código Procesal Penal.

2.- El artículo 27 del proyecto refiere a la regulación del Himno Nacional, refiriendo al contenido que recoge la Ley 700, de fecha 30 de mayo de 1934, que dice “Se declara Himno Oficial de la República el compuesto por el maestro José Reyes con letras del poeta Emilio Prud’Homme”. La referencia a la ley 700, si bien la misma no está derogada, es claramente inadecuada, puesto que la Constitución de la República se ha encargado de articular lo referente al Himno, en el artículo 33. Por tanto, esta ley no debe referir a la ley 700 como recogida por la Constitución, sino solo indicar qué artículo de la Carta Magna lo señala y en su caso transcribirlo.

Análisis Constitucional

1.- El artículo 5 del proyecto regula las dimensiones de la bandera y especifica tres tamaños, asimismo, en su párrafo expresa: El Presidente de la República podrá autorizar el uso de banderas de dimensiones diferentes a las establecidas de este artículo, siempre que guarden las proporciones adecuadas. Al respecto, sobre la reglamentación de las dimensiones de la Bandera, el artículo 36 de

la Constitución establece: La ley reglamentará el uso de los símbolos patrios y las dimensiones de la Bandera Nacional y del Escudo Nacional.

1.1.- En la especie, la ley concede a la comisión la facultad de autorizar dimensiones diferentes a lo establecido en la ley, lo cual, al tenor de lo establecido en el citado artículo 32 constitucional, no está conforme con la misma, en razón de que es a la ley a quien compete reglamentar las dimensiones de la Bandera, sin que la misma pueda estar diferida a una decisión de ninguna entidad o comisión, al tenor de lo establecido en el artículo 4 de la Constitución que reza: "... Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes" y el 40.15, sobre el principio de legalidad citado más arriba. Recomendamos la eliminación de la comisión y la posibilidad de la regulación de las dimensiones del uso de la bandera. Proponemos establecer criterios y topes máximos y mínimos que rijan la confección de la bandera nacional.

2.- El artículo 23 del proyecto refiere a la confección del Escudo de Armas de la República, al respecto, observamos dos elementos:

2.1.- La parte capital del artículo 23 señala el escudo de armas y lo repite en el párrafo II de este artículo y en los artículos 26 y otros en el decurso del proyecto. Al respecto, la Constitución de la República no refiere al "escudo de armas" sino al "Escudo Nacional" como un símbolo patrio, tal y como lo señala el artículo 24 del proyecto. Recomendamos su homogenización.

2.2.- El párrafo I del artículo 23 indica un "diseño oficial", de conformidad con las especificaciones del decreto 2376, del 22 de febrero de 1913. Está claro que este decreto está derogado por efecto de aplicación de la Constitución de la República, la cual, en su artículo 32, contiene una clara descripción de cómo es el Escudo Nacional. Por tanto, la ley no debe referir a un decreto ya derogado, como lo es el 2376.

3.- El literal "o" del artículo 21, sobre las penas a la irreverencia a los símbolos patrios, expresa: "Cualquier uso que por su naturaleza pueda entrañar un atentado contra el decoro y respeto de ese venerable símbolo patrio." se trata de una infracción genérica, en la cual no se realiza una tipificación clara, ni la consecución de un hecho considerado punible. Por tanto, esta disposición viola lo establecido en artículo 40 numeral 13 de la Constitución de la República que reza: ***Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa;*** de allí que sugerimos eliminar el indicado literal o.

4.- El artículo 40 de la ley abre la posibilidad de una penalización que consiste en la privación de libertad por entre 15 y hasta 30 días. Está claro que esta tipología penal no es esencialmente correctiva sino disuasiva,

por tanto no daría lugar en si misma a elementos que permitan un cambio conductual y una reinserción social. De hecho, la privación de libertad es en si misma innecesaria, en tanto los símbolos patrios, si bien constituyen símbolos del Estado, su irreverencia no causan ningún daño particular o social. Como tal, el ejercicio punitivo constituye un último recurso del Estado y solo debe operar cuando existen claros desmanes sociales que entrañen riesgos que necesitan ser controlados, lo que no ocurre en la especie; por lo que si las acciones contra los símbolos patrios no constituyen en sí mismos daños sociales, no puede el legislador acudir al derecho penal para controlar cuestiones que no son riesgosas en sí mismas. Como se trata de infracciones muy ligadas a objetivos históricos del Estado, sin que pueda considerarse como tal un daño causado, las penas privativas de libertad son desproporcionadas e innecesarias, en tanto no cumplen ninguna función social por la inexistencia de riesgos sociales, al tenor de lo establecido en el artículo 42 numeral 16 de la Constitución que reza: **“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada...”** y siempre deben ser proporcionales al daño que pretenden evitar, según lo establecido en el artículo 40.9 de la Constitución que reza: **“Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar”**. Asimismo, responde al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 40.15. Al respecto, la corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-575-09 ha expresado: ***La remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio debe operar únicamente cuando las medidas incorporadas para controlar los fenómenos antisociales han sido puestas en marcha sin éxito o cuando éstas son insuficientes para someterlos. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Esta limitante implica que al tiempo que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño para la sociedad, tampoco le está permitido hacerlo con las que no ofrecen verdadero riesgo para ella. En aplicación de este criterio de control, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de conductas cuya penalización ha encontrado desproporcionada, precisamente por estimar innecesario que el Estado recurriera al sistema penal para castigar conductas que podían castigarse con mayor eficacia por la vía de la potestad sancionatoria de la administración. Así, la decisión de criminalizar una conducta sólo puede reputarse legítima cuando responde a la necesidad de sancionar comportamientos atentatorios de los derechos y libertades individuales y colectivos, y en razón de la imposibilidad de reprender el ilícito con mecanismos menos invasivos de los derechos fundamentales, pues la incursión del derecho penal en la regulación del comportamiento humano debe considerarse como el último recurso posible para enderezarlo o reprenderlo. En consecuencia, dada la falta de idoneidad del tipo penal ultraje a emblemas y símbolos patrios para proteger la existencia y seguridad del Estado, tampoco resulta necesario tipificarla penalmente para proscribirla o sancionarla, precisamente porque existen otras más idóneas para preservar este bien jurídico. Además, existen disposiciones que permiten la misma finalidad y que son de naturaleza***

administrativa, que no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal aún cuando la sanción impuesta sea la misma. A partir de lo analizado, recomendamos eliminar las penas restrictivas de libertad personal y solo colocar multas como sanciones.

5.- El artículo 36 y siguientes de la ley reglamenta el uso de Banda Presidencial. Al respecto, sin entrar en las particularidades propias de la redacción de los artículos, la Banda Presidencial no es un implemento que constituye un símbolo patrio, al tenor de lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, que reza: “**Los símbolos patrios son la Bandera Nacional, el Escudo Nacional y el Himno Nacional.**” Por tanto, no debe ser tenida como tal, ni consignada en esta ley para su reglamentación, en tanto no es un símbolo patrio no debe ser reglamentada junto con ellos.

6.- La ley en su conjunto amerita algunos razonamientos constitucionales. Está claro que la reglamentación del uso de los símbolos patrios es un mandato constitucional, pero surge la interrogante de que si tal reglamentación debe hacerse penalizando su uso o mal uso, o estableciendo criterios generales y características de los mismos. En este aspecto, el uso de los símbolos patrios se enlaza con la libertad de expresión, la cual, como derecho fundamental de primer orden se *reconoce mayor peso abstracto salvo que estén en juego otros principios o derechos que gocen de una protección superior*. En este sentido, si el uso de los símbolos patrios constituye una libertad de expresión, su regulación no debe ser desproporcionada, ni penalizada lo que se considera irreverencia (como la quema de la bandera por ejemplo, en una protesta), en tanto es su derecho protestar y utilizar para ello los implementos que considere de lugar. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos señaló *que prender fuego a la bandera nacional constituye manifestación legítima de la expresión individual, directamente protegida por la primera enmienda de la Constitución americana, señalando que no corresponde a las autoridades de un régimen democrático determinar el sentido y la orientación de las expresiones de los ciudadanos, por lo que el ámbito de protección de la libertad expresiva debe incluir todos los contenidos posibles. Concluyó que en una sociedad liberal al Estado no le corresponde determinar qué es ortodoxo, es decir, no le corresponde señalar que la quema de la bandera sólo es legítima cuando no pone en entredicho los sentimientos de nacionalidad que la misma lleva implícitos. A juicio de la Corte, la importancia simbólica de la bandera no se protege con acciones sancionatorias, sino mediante la educación en los valores sociales. Y si es la discusión sobre la vigencia de esos valores la forma de contener el discurso agresivo, entonces la solución debe ser el incremento del discurso, antes que la fuerza que acalle la voz disidente*.

6.1.- Sobre el criterio de la libertad de expresión, la Corte Constitucional de Colombia, en su citada sentencia señaló: *Dado que en Colombia se garantiza la libre expresión, es previsible que la sanción al ultraje de los símbolos patrios pueda considerarse en ciertos casos como un límite al ejercicio de dicha libertad, por cuanto la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esta naturaleza es manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra en el ámbito de protección del derecho a la libre expresión. No*

es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad.

6.2.- A partir de lo analizado, somos de opinión que este proyecto de ley sea revisado, establecer en ellos los criterios para su regulación y revisar las penalizaciones como tal, excluyendo de él criterios que consideran ultrajes o irreverencia y que se enlazan con la libertad de expresión.

Análisis Técnico y Legislativo

En lo relativo al análisis técnico, hemos observado lo siguiente:

1. En el Senado de la República cursa un proyecto similar marcado con la iniciativa número 02045, con la cual recomendamos su fusión, tomando como referencia el primero.

2.- El proyecto de ley amerita una adecuación técnica, en lo relativo a una reestructuración de los artículos, escribir los correspondientes epígrafes, reorientar las disposiciones generales y los mandatos transitorios.

3.- El proyecto de ley dispone su entrada en vigencia y lo coloca bajo un artículo con número arábigo y ordenado de modo secuencial. Al respecto, las disposiciones de entrada en vigencia son parte de las disposiciones finales de la norma, las cuales se colocan bajo un capítulo sin número y epigrafiado con esa denominación, bajo un número ordinal o único, según corresponda. Recomendamos la siguiente redacción alterna:

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Entrada en vigencia. Esta ley entra en vigencia a partir de la fecha de su promulgación y publicación, según lo establecido en la Constitución de la República y una vez transcurridos los plazos señalados en el Código Civil de la República Dominicana.

Después de lo analizado, **SOMOS DE OPINION**, que la comisión encargada del conocimiento del proyecto, se aboque a su estudio y observe lo antes señalado.

Atentamente,

Wenel D. Féliz
Director