

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

COORDINADORES
José Machado
Hermógenes Acosta

HECHO EL DEPÓSITO
DE LEY DEPÓSITO LEGAL
ISBN: 99934-978-8-6

PORTADA
Leo Montan

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Leo Montan

IMPRESIÓN
Editora Buho

© Escuela Nacional de la Judicatura
Calle César Nicolás Penson No.59, Gazcue
Tel.: (809) 686-0672, Fax: (809) 686-1101
Santo Domingo, Distrito Nacional,
República Dominicana, *septiembre 2005*
e-mail: info@enj.org, www.enj.org
Acosta, Hermógenes.
Constitucionalización del Proceso Civil / Hermógenes
Acosta; Jose Machado Plazas; Manuel Ramírez Suzaña;
Joan Picó. Et al. — 1era Ed. — Santo Domingo:
Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

AUTORES

HERMÓGENES ACOSTA, JOSE MACHADO PLAZAS, MANUEL RAMÍREZ SUZANA, JOAN PICÓ,
JUAN ALFREDO BIAGGI LAMA, JUAN ANTONIO TOSCANO ORTEGA, EDYNSON ALARCÓN,
XAVIER ABEL LLUCH, NIEVES LUISA SOTO, JAVIER PEREDA GÁMEZ, GENARO ALBERTO
SILVETRE, SCROGGINS, SANTIAGO RIPOL CARULLA, RAQUEL ALASTRUEY GRACIA.

CONTENIDO

MÓDULO I

Parte 1: Proceso civil y Constitución.	08
Parte 2: Constitución y Proceso Civil en el derecho español.	54

MÓDULO II

Parte 1: Los principios constitucionales referentes al objeto del proceso, su dirección y desarrollo formal.	66
Parte II: Los principios constitucionales rectores del proceso civil I.	96

MÓDULO III

Parte I: El control judicial de adecuación constitucional en la jurisdicción civil. La cuestión de inconstitucionalidad.	138
Parte II: El control judicial de adecuación constitucional en la jurisdicción civil y la cuestión de inconstitucionalidad en derecho español.	238

MÓDULO IV

Parte I: Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil.	258
Parte II: Los principios constitucionales rectores del proceso civil II.	282

MÓDULO V

Parte I: El derecho a la prueba.	328
Parte II: Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez.	362

MÓDULO VI

Parte I: El derecho a recurrir como un derecho constitucional.	394
Parte II: El derecho a los recursos como derecho constitucionalmente reconocido.	425

MÓDULO VII

Parte I: El Derecho procesal civil internacional.	456
Parte II: El Derecho procesal civil internacional.	498

MÓDULO VIII

Parte I: La aplicación del juez nacional del Derecho comunitario. La cuestión prejudicial.	520
--	-----

MÓDULO IX

Parte I: La conciliación en el proceso civil español.	550
---	-----

MODULO I

PROCESO CIVIL
Y CONSTITUCIÓN

CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL PROCESO CIVIL

PARTE I

PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN

Hermógenes Acosta



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Hoy puede afirmarse, sin dudas, que las corrientes del pensamiento jurídico que reducían la Constitución a un mero programa político, están superadas. Ya se concibe la Constitución como algo más que un documento limitado a describir las funciones de los diferentes poderes del Estado y a consagrar una serie de principios sin relevancia práctica.

La corriente predominante es aquella que percibe la Constitución como la norma suprema y provista de eficacia directa. El hecho de ser la norma suprema del ordenamiento jurídico que rige la convivencia social, le impone al juez la obligación de declarar nula y en consecuencia inaplicable las demás normas que entre en contradicción con ella. Mientras que el hecho de que tenga eficacia directa, le impone al juez la obligación de aplicarla, en todos los casos que proceda y momento de decidir un determinado conflicto.

Al lado del pensamiento jurídico referido, aparece, quizás como una consecuencia del mismo, el fenómeno de la constitucionalización de los procesos. Dicho fenómeno consiste en el marcado interés de elevar a rango constitucional los principios más relevantes del proceso. En la medida en que los principios que les sirven de soporte y que estructuran el proceso se constitucionalizan, existen mayor garantía de que los mismos no sean violados y desconocidos por los órganos que tiene la obligación y la responsabilidad de aplicarlos. De igual forma, al reconocerse rango constitucional a un principio del proceso, se le impide al Poder Legislativo dictar normas adjetivas contrarias a dicho principio.

La constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo, probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo porque en ella se decide sobre la libertad de las personas. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil, es un fenómeno relativamente reciente, ya que el mismo comienza a partir de la II Guerra Mundial.

Con el desarrollo del tema que nos ocupa, “Constitución y Proceso”, pretendemos exponer a grandes rasgos la vinculación que existe entre el proceso civil y la constitución, particularmente haremos hincapié en la teoría sobre la acción y sobre el proceso y en los fundamentos constitucionales de los principios que estructuran el proceso civil. Decimos que trataremos los subtemas indicados a grandes rasgos y si se quiera a modo de introducción, en razón de que corresponde a otros coautores tratar y exponer a profundidad cada uno de los principios del proceso y del procedimiento.

CAPITULO I

EL PROCESO CIVIL

1.1. | Naturaleza del Proceso.

Antes de proceder a referirnos a las diferentes teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del Proceso, conviene abordar lo relativo a las características del mismo.

Conforme a la doctrina el proceso se caracteriza por ser instrumental, artificial y técnico ¹.

a) *El Proceso como instrumento.*

Se considera que el proceso es un instrumento porque no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un medio para lograr un objetivo, una pretensión que se entiende fundada en derecho. En efecto, los procesos que se prevén en el ordenamiento jurídico de una sociedad determinada, existen para que cualquier persona física o moral lo utilice cuando lo juzgue necesario para lograr el respeto y la materialización de sus derechos.

Pero, conviene destacar, que el proceso no sólo constituye un vehículo o

1) Montero Aroca, Juan, DERECHO JURISDICCIONAL I, pag.278.

un medio para el logro de pretensiones, sino además, le permite al Estado ejercer la potestad jurisdiccional a través de los tribunales, potestad, que como veremos más adelante, es, en relación al Estado, una obligación con rango constitucional, y obviamente, un derecho fundamental en relación a los justiciables.

En este mismo orden de ideas, se sostiene que el proceso puede concebirse como el instrumento por medio del cual el Poder Judicial cumple las funciones que les son atribuidas a través de la Constitución, y, como el instrumento puesto a disposición de todas las personas, para el logro de la tutela judicial efectiva a la cual se refiere la Constitución ².

b) *Proceso como creación artificial.*

Se afirma, con sobrada razón, que el proceso es una creación artificial, ³ un instrumento que nace con una ley, es decir, que antes de la ley carecía de existencia en el seno de la sociedad.

Claro que la ley que crea el proceso no se concibe en el vacío, toda lo contrario, surge como consecuencia de una necesidad real de la sociedad. Cabe recordar, que el proceso es un medio que tiene como finalidad hacer realidad la concretización de un derecho material.

Por otra parte, a diferencia del proceso, el derecho material existe con anterioridad a la ley, ésta no lo crea sino que lo regula. De manera que antes de que la ley sea integrada al ordenamiento jurídico, ya la institución que ella regula tiene existencia en la sociedad.

A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a instituciones como el contrato de alquiler, el contrato de venta, el contrato de préstamo, entre otros, los cuales son anteriores a la existencia del Código Civil e inclusive anteriores a las legislaciones que sirven de fuente y de inspiración a dicho Código.

c) *El proceso como técnica.*

Los procesos constituyen materia que sólo pueden ser regulados mediante ley. En tal sentido, corresponde al legislador elaborar la mejor

2) Ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag. 25.

3) Ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag. 279.

técnica procesal para asegurar la debida protección de las libertades y los derechos fundamentales. De ahí que el legislador está facultado para determinar la forma y la modalidad del proceso.

No obstante, conviene resaltar que la facultad que tiene el legislador para establecer los mecanismos del proceso está limitada por los principios fundamentales del mismo.⁴ No debe el legislador, por ejemplo, desconocer el principio de racionalidad de las leyes, o el principio de igualdad, entre otros principios.

De manera que el legislador está constreñido a estructurar procesos coherentes con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como la Constitución es la ley fundamental y suprema del ordenamiento jurídico, toda norma procesal que entre en contradicción con la misma, carece de validez y el juez tiene la obligación de declarar la nula y en consecuencia abstenerse de aplicarla.

Cabe recordar que la propia Constitución dominicana, establece en su artículo 46, que toda ley, decreto o resolución que sea contraria a la Constitución es nula de pleno derecho.

Concluido lo relativo a las características del proceso, nos referiremos a continuación a las diferentes teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del Proceso.

Antes de iniciar esta breve exposición, es oportuno resaltar que cuando la doctrina se preocupa por desentrañar la naturaleza jurídica de una determinada institución tiene como finalidad ubicarla en otra ya conocida, para de esta forma resolver los casos de laguna o de imprevisiones. Y, naturalmente, ello implica la negación de autonomía de la institución cuya naturaleza jurídica se investiga.

De forma tal, que quienes sostienen y desarrollan teorías sobre la naturaleza del proceso, entienden que este carece de autonomía.

Tanto la doctrina privatista como la doctrina publicista han pretendido explicar o investigar la naturaleza jurídica del proceso.

4) Ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag. 279-280

En el ámbito de la doctrina privatista, se destaca la teoría del contrato de litiscontestatio y la teoría del cuasi contrato litiscontestatio.

Conforme a la primera de las teorías, las partes que intervienen en el proceso, están vinculadas contractualmente. Esta teoría fue desarrollada en un momento intermedio entre la justicia privada y el surgimiento del Estado; se trataba de la época de los procedimientos formularios y de la legis actions.

El proceso se veía como un verdadero contrato, en razón de que para la época era costumbre que las partes asumieran el compromiso y la obligación de llevar sus diferencias ante el pretor, de manera tal, que el proceso no se desarrollaba como un verdadero litigio sino como un verdadero arbitraje.⁵

Es evidente, que dada la forma en que nacía y se desarrollaba el proceso, el mismo era un verdadero contrato, tal y como se concibió en la teoría que nos ocupa. Como el proceso se llevaba voluntariamente ante el pretor, realmente no se trataba, según lo reconoce la doctrina, de un verdadero proceso judicial, sino mas bien de una especie de arbitraje.⁶

El procedimiento existió con las características indicadas hasta el siglo V, sin embargo, la doctrina francesa mantuvo la concepción contractualista del proceso hasta el siglo XVIII. La situación anterior es abiertamente criticada por la doctrina moderna, en los términos siguientes: "solo subvirtiendo la naturaleza de las cosas es posible ver en el proceso, situación coactiva en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aún en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones, el fruto de un acuerdo de voluntades".⁷

La segunda de la teoría, es decir, la del cuasi-contrato de litiscontestatio, aparece en la época en que el Estado tiene el monopolio de la potestad jurisdiccional.

Lo que plantea esta teoría es que la demanda da nacimiento a un cuasi-

5) Couture J., Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pag.109.

6) ob. Cit., Couture J., Eduardo, pag.103.

7) ob. Cit., Couture J., Eduardo, pag.104.

contrato, lo cual supone que el demandado queda sujeto al proceso desde el instante que tiene conocimiento de la demanda. Se entiende, que esta teoría sólo tiene validez al inicio del proceso y que como el Estado asume la potestad jurisdiccional la misma no aporta nada a la explicación del proceso.⁸

En el ámbito de la Teoría publicista se destacan dos teorías, la Teoría de la Relación Jurídica y la Teoría de la Situación Jurídica. La primera es una categoría externa al proceso, ya existente, mientras que la segunda es una categoría propia del proceso, y parte del criterio de que el mismo es autónomo.

La Teoría de la relación jurídica, tiene sus antecedentes en la Filosofía del derecho de Hegel y Bethmann-Hollweg. Su iniciador fue Oscar Van Vulgo, quién la desarrolló en una obra publicada en el año 1968, titulada “La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales”.⁹

De acuerdo con esta teoría, el proceso civil no es una relación de derecho privado, afirmación que se fundamenta en el hecho de que la relación del proceso se produce entre funcionarios públicos y a las partes únicamente se les toma en cuenta en cuanto a su vinculación con el proceso y en cuanto a la cooperación que las mismas pueden dar en aras de que se logren los objetivos perseguidos con el proceso.

De acuerdo con la doctrina moderna, se trata de una Teoría que no aporta nada en cuanto a la naturaleza jurídica del proceso, pero que, sin embargo, se mantuvo en vigencia durante un siglo, y ello se debió a que gracias a ella, fueron posible tres aciertos fundamentales.

En efecto, con el nacimiento y desarrollo de esta teoría es que aparece la Autonomía del Proceso, lo cual se logra a partir de la distinción entre *relación jurídica material* y *relación jurídica procesal*.

Por otra parte, el proceso se comenzó a ver como una relación jurídica de conexión diferente al procedimiento. Lo anterior, permitió estudiar en sentido general, los sujetos, los presupuestos, el objeto y los actos del pro-

⁸) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.283.

⁹) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.284.

ceso. Y finalmente, esta nueva visión tuvo como consecuencia el abandono del método del sistema.

La Teoría de la Situación Jurídica fue iniciada por James S. Goldschmidt en el año 1925, en su obra titulada “El Proceso como Situación Jurídica”. Conforme a esta Teoría, el proceso es autónomo y no necesita acudir a otras figuras jurídicas para explicarse. Se concibe el proceso como un conjunto de normas que regulan la conducta del juez y de las partes. No se les imponen obligaciones a las partes sino cargas, de cuyo cumplimiento o incumplimiento se derivan consecuencias procesales.

Se entiende que la referida teoría carece de utilidad para la búsqueda de la naturaleza del proceso, pero que, sin embargo, a partir de sus planteamientos queda claro que el proceso no forma parte de otra categoría más general del derecho y ello condujo a la conclusión de que carece de sentido buscar el género del proceso.¹⁰

1.2 | La Noción de Proceso.

Establecer la Noción de proceso hace necesario referirse a otras instituciones relacionadas y que frecuentemente se confunden con ésta. Dichas instituciones son el procedimiento y el juicio.

En este sentido, mientras el procedimiento se refiere a la sucesión de actos en su puro aspecto externo. El proceso se refiere a la estructura de la actividad jurisdiccional, a los nexos que median entre los actos, los sujetos que lo realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes lo producen y los derechos que otorgan.¹¹

El proceso es la actividad que debe ser agotada para poder obtener una decisión de un tribunal o para realizar una ejecución forzada, porque: “el órgano judicial no se mueve por sí, si no hay alguno que lo requiera y estimule: y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue inmediatamente a la petición, sino que, antes de que aquel fin sea alcanzado, es necesario que se cumplan numerosos

¹⁰) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.288.

¹¹) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.290-291.

actos que se suceden en un lapso más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerado como una unidad en vista del fin que los reúne, constituyen empíricamente el proceso en el sentido judicial”.¹²

Como el procedimiento constituye una mera sucesión de actos, es decir, la cara y la forma de la actividad jurisdiccional, puede existir en cualquier actividad jurídica, por el contrario, el proceso sólo se concibe en el ámbito de la actividad jurisdiccional.

El juicio, no es más que la acción de juzgar y el enjuiciamiento se refiere a la dinámica que conduce al juicio; en tal sentido el enjuiciamiento comprende, el proceso, el procedimiento y el juicio.¹³

1.3. | Clases de procesos.

No existe un único proceso, sino diferentes procesos. De las diferentes clasificaciones del proceso, nos parece importante retener aquellas que distinguen entre proceso declarativo, ejecutivo y cautelar; así como la que los clasifica en ordinarios y especiales.

1.3.1. | *Proceso declarativo.*

La doctrina española distingue, dentro del proceso declarativo, las pretensiones mero declarativa, la pretensión constitutiva y la pretensión declarativa de condena.¹⁴

Las dos primeras “subfunciones”, es decir, la declarativa y la ejecutiva, aparecen consagradas en el artículo 117 de la Constitución Española. Dicho texto establece que corresponde a los tribunales juzgar y ejecutar. En cambio, la tercera subfunción es creación de la doctrina.¹⁵

No obstante, los tres tipos de procesos se corresponden o coinciden con las tres clases de tutela judicial indicada en el artículo 5 de la ley de enju-

¹²) Calamandrei, Piero, Derecho Procesal Civil, pags.68-69.

¹³) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.291-292.

¹⁴) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.298.

¹⁵) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.298.

ciamiento civil española.¹⁶

En efecto, el numeral 1ro. del referido artículo 5 establece que: “1. se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derecho y de situación jurídica, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté prevista por la ley”.

Cuando se trata de una declaración mero declarativo, lo que busca la parte es que se declare un derecho ya existente. Con la sentencia termina el proceso, esta no constituye un título ejecutivo. En cambio, cuando se trata de una pretensión constitutiva, la finalidad es crear, modificar o extinguir una relación jurídica. En este caso, tampoco la sentencia tiene que ser ejecutada, es suficiente con su registro, lo cual no constituye un acto de ejecución.

Ahora bien, muy diferente es la situación, cuando de lo que se trata es de una pretensión declarativa de condena. En este procedimiento el demandante persigue una prestación del demandado. Una vez obtenida la sentencia, el beneficiario puede proceder a ejecutarla, ya que constituye un verdadero título ejecutivo.

En el ordenamiento jurídico dominicano existen estos procesos declarativos, aunque no existen normas que lo prevean y regulen. Es la doctrina y la jurisprudencia que hacen referencia a los mismos, con la particularidad de que en lugar de hacer mención a procesos declarativos hacen referencia a sentencias declarativas o sentencias constitutivas.¹⁷

1.3.2. | *Proceso ejecutivo.*

Como ya lo hemos indicado, carecemos de un texto como el artículo 117 de la Constitución Española, que establezca la obligación del tribunal de ejecutar las decisiones, tampoco existe el denominado juez de la ejecución, contemplado en la actualidad en la legislación francesa, pero que no

¹⁶) ob. Cit., Montero Aroca, Juan, pag.298.

¹⁷) Tavares Hijo, Froilan, Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano, Tomo II, pags.376 y siguientes; Pérez Méndez, Artagnan, Procedimiento Civil, Tomo I, págs.244-245.

existía en la fecha en que nuestro país adoptó, entre otros, el código de procedimiento civil francés.

En relación a la ejecución de las decisiones de los tribunales, los artículos 113 y siguientes de la ley 834 del 15 de julio del 1978, así como el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil, establecen los requisitos de ejecución; mientras que el artículo 545 del Código de Procedimiento Civil señala cuales títulos son ejecutorios, y además pone a cargo del Ministerio Público la obligación de suministrar los recursos materiales que permitan la ejecución, particularmente el uso de la fuerza pública.

La ejecución de las decisiones de los tribunales y la de los documentos que la ley le confiere la categoría de títulos ejecutorios, está a cargo de los alguaciles o ministeriales, aunque ni en la constitución ni en las leyes adjetivas se les confiera esta facultad de manera expresa.

No obstante la inexistencia de un texto expreso que confiera al alguacil la facultad de ejecutar las decisiones de los tribunales, del contenido de varios artículos del Código de Procedimiento Civil puede deducirse dicha facultad. En efecto, en el artículo 45 se establece que los alguaciles deben prestar su concurso en la ejecución de las decisiones; mientras que en varios de los artículos relativos al embargo ejecutivo se hace mención de las actuaciones del alguacil.

A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, según el cual en la realización del embargo ejecutivo, el alguacil estará acompañado de dos testigos. En el 587 se establece que si el lugar donde se deba practicar el embargo estuviere cerrado, y no hubiere persona dentro, o habiendo personas, esta se rehusaren a abrirla, el alguacil podrá establecer vigilante en la puerta para impedir la sustracción de los objetos, y en el instante recurrirá ante el juez de paz y en ausencia de este ante el comisario de policía, y en los lugares donde no hubiere ni una ni otra autoridad ante el inspector de agricultura y el alcalde pedáneo, y en presencia de uno de los cuales, procederá a la apertura de la puerta del edificio.

Otros artículos, también relativos al embargo ejecutivo, que hacen men-

ción del alguacil, son el artículo 590, según el cual, si entre los bienes se encontraren dinero, se hará constar el número y la calidad de la moneda y el alguacil las depositará en el tesoro público; y el artículo 597, según el cual si la parte embargada no presentare depositario solvente y de la calidad requerida, se establecerá uno por el alguacil.

En razón de que los alguaciles son auxiliares de la justicia y forman parte de los tribunales, conforme lo dispone el artículo 82 de la ley 821, sobre organización judicial, del 21 de noviembre del año 1927, puede afirmarse que la ejecución de las decisiones de carácter privado está a cargo de los tribunales.

A lo anterior cabe agregar, que el artículo 112 de la ley No.834 del 15 de julio de 1978, faculta al juez de los referimientos a resolver las dificultades que puedan presentarse en relación con la ejecución de una sentencia o de cualquier otro título ejecutorio. De manera que no sólo corresponde al tribunal la ejecución de la decisión, sino también resolver cualquier dificultad que en la ejecución de la misma se presente.

Existen dos tipos de ejecución en nuestro ordenamiento jurídico, la voluntaria que se produce cuando el deudor de la prestación accede a cumplir y la ejecución forzosa, que se produce cuando el deudor se resiste a cumplir con la prestación.

1.3.3. | *Proceso cautelar.*

El cumplimiento adecuado de un procedimiento ordinario, requiere de un determinado tiempo, constituye una responsabilidad, primero del tribunal, y luego de los auxiliares de la justicia y de la propia parte, contribuir, por una parte, a que el proceso no se festine y por otra parte a que finalice en un tiempo razonable.

Es frecuente que la sentencia se obtenga después que la reivindicación del derecho reclamado no sea posible o cuando el deudor ya no tienen bienes. En una demanda dirigida a obtener la recuperación de un crédito, por ejemplo, es posible que durante el proceso el deudor distraiga o enajene sus bienes, o que durante el tiempo que dure el procedimiento de

divorcio el esposo que tiene el control o la dirección del patrimonio de la comunidad, lo distraiga. En el primer caso carecería de sentido una sentencia condenatoria, ya que, no habría bienes que ejecutar. Y en el segundo caso, la demanda en partición que sigue luego del divorcio, no tendría objeto.

Las dificultades comentadas en el párrafo anterior viene a resolverse con un proceso alternativo, como lo es el denominado proceso cautelar. De ahí que, por ejemplo, en nuestro Código de Procedimiento Civil, se contemplan medidas como los embargos conservatorios, la hipoteca judicial y la oposición.

Mediante dichas medidas se colocan los bienes del deudor en manos de la justicia, es decir, en estado de indisponibilidad. Con ello se impiden las posibles enajenaciones fraudulentas y las no fraudulentas, y el demandante puede esperar, gracias a dicha medida, la culminación del proceso y la obtención de la sentencia con menos preocupación e incertidumbre.

1.3.4. | *Procesos ordinarios y procesos especiales.*

El primero está al alcance de todas las personas sin distinción y en todas las materias. Mientras que el segundo, es decir, el especial, es el que el legislador establece en relación a determinadas personas y/o a determinadas materias.

A modo de ejemplo, podemos mencionar como procesos especiales, el de amparo, el de referimiento. Procesos en los cuales no se toma en cuenta a las personas que intervienen, sino la especialidad de la materia o asunto discutido.

En el caso del proceso de referimiento, lo que prima es la necesidad de celeridad por la urgencia que se requiere en el asunto tratado. Hay urgencia, por ejemplo, en el caso de dificultades en la ejecución de un título ejecutivo, o en el caso de dificultades en cuanto a la administración de los bienes de una persona moral, lo cual requiere del nombramiento de un secuestrario judicial.

En el segundo procedimiento, es decir, el de amparo, el mismo es pertinente cuando una autoridad administrativa o un particular ha desconocido un derecho fundamental de una persona física o moral.

Además de estos procesos especiales en los cuales lo que se toma en cuenta es la materia tratada, existen otros procedimientos estructurados, partiendo de las personas que intervienen, es decir, se trata de privilegios reconocidos a personas limitativamente indicadas por el legislador.

A título de ejemplo podemos hacer mención del procedimiento de embargo inmobiliario abreviado regido por los artículos 148 y siguientes de la Ley 6186 del año 1963. También es válido hacer referencia a los funcionarios públicos que gozan de jurisdicción privilegiada de acuerdo con la Constitución.

En lo relativo al indicado procedimiento de embargo inmobiliario especial, el mismo fue previsto para beneficiar al Banco Agrícola de la República Dominicana, y luego se extendió dicho procedimiento a otros acreedores, como los trabajadores, los abogados, las asociaciones de ahorros y préstamos. Actualmente se benefician todas las instituciones bancarias.

El referido proceso abreviado, tiene la ventaja de que la duración es menor, en relación a la duración del procedimiento ordinario. En tal sentido, quienes se benefician del mismo, tienen la posibilidad de recuperar sus créditos en un plazo relativamente corto.

La doctrina se ha planteado la posible colisión de los procedimientos especiales con la Constitución y particularmente con el principio de igualdad de todos ante la ley y su correlativo, el principio de no discriminación. Tal planteamiento, sólo cabe, naturalmente cuando se trata de un proceso especial previsto para proteger a determinadas personas; no así cuando se trata de procedimientos previstos en atención a la materia tratada y del cual se pueden beneficiar todas las personas.

A propósito de la cuestión planteada, en varias ocasiones ha sido atacada de inconstitucional el referido proceso de embargo inmobiliario abreviado; sin embargo, el criterio de la Suprema Corte de Justicia, (actuan-

do como tribunal de garantías constitucionales), es que dicho procedimiento no viola la Constitución.

En la actualidad, y luego de la publicación del Código Monetario y Financiero, no sólo se benefician del referido procedimiento las Asociaciones de Ahorros y Préstamos para la Vivienda, sino también todas las instituciones que integran el sistema bancario.

Con posterioridad a dicha modificación no ha habido decisión de la Suprema Corte de Justicia. De manera, que ignoramos hasta el momento si se mantendrá dicho criterio o si por el contrario se variará el mismo, tomando en cuenta que los bancos comerciales sólo tienen como finalidad la realización de negocios y la obtención de beneficios.

CAPITULO II. LOS PRINCIPIOS ORGANICOS Y GENERALES DEL PROCESO CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1994.

2.1. | El Poder Judicial antes de la reforma de 1994.

Hasta el año 1994 existió un Poder Judicial mediatizado en la República Dominicana, fundamentalmente porque los jueces eran elegidos por un órgano de otro Poder del Estado. En efecto, la prerrogativa le correspondía al Senado de República.

El constituyente de la época se limitó a atribuirle al indicado órgano la facultad de designar los jueces, sin preocuparse por prever mecanismos de transparencia, como la oposición u otros. Actuaba dicho órgano, con absoluta y completa discrecionalidad, de ahí que en la mayoría de los casos se hacían elecciones que obedecía a razones políticas y/o económicas, careciendo de relevancia elementos o valores como la honestidad, la responsabilidad, y la formación en sus diferentes vertientes (jurídica, política, social y económica).

Como era natural, el mecanismo de elección generaba entre otros males, el de la dependencia del Poder Judicial frente al Poder Legislativo, no sólo

por tener este último la prerrogativa de elegir, sino también porque de él dependían otros aspectos de mayor relevancia, como la permanencia en el cargo y la movilidad o promociones y traslados.

Las posibilidades de independencia e imparcialidad del juez y del Poder Judicial, eran escasas, no sólo por lo señalado, sino porque entre otras cosas, no existía la inamovilidad ni una ley de carrera judicial con todo lo que ello implica. Cada cuatro años la incertidumbre se apoderaba de todos los miembros del Poder Judicial.

Es a consecuencia de una crisis política, generada luego de las elecciones generales del año 1994, que se aprueba la denominada Constitución del 1994; Constitución, que entrana importantes y trascendentes cambios, no sólo en lo político sino, y fundamentalmente, en la estructura y la base misma del Poder Judicial.

A partir de la referida constitución, se crearon órganos como el Consejo Nacional de la Magistratura. Este órgano está formado por el Presidente de la república, el presidente de la cámara de senadores y un senador de un partido diferente a aquel al cual pertenece el presidente del senado, el presidente de la cámara de diputados y un diputado de un partido diferente a aquel al cual pertenece el presidente de dicha cámara, y por el presidente de la Suprema Corte de Justicia y un Juez de dicho tribunal. La función del Consejo es designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia, la cual a su vez tiene la facultad de designar a los demás jueces del Poder Judicial. De esta manera, los senadores de la república perdieron el monopolio de designar directa y discrecionalmente a todos los jueces del país.

Además de los cambios indicados, y no menos trascendental, cabe señalar otros, como la instauración de la figura jurídica de la inamovilidad de los jueces, la creación de la Escuela Nacional de la Judicatura, responsable de la formación de los nuevos jueces y de la capacitación continua de los jueces ya nombrados. Cabe destacar también, la aparición de otro órgano de significativa importancia, como lo es la Dirección General de la Carrera Judicial. Dicho órgano tiene la misión de darle seguimiento a la labor que vienen realizando cada uno de los jueces y organizar los cursos de oposición de los aspirantes a entrar en la carrera judicial.

Como la función jurisdiccional la ejerce el Estado a través del Poder Judicial, resulta de gran importancia conocer la forma en que éste está estructurado en la Constitución, ya que de ello depende la eficacia con que se desarrollará dicha función. Particularmente, es determinante el aspecto relativo *al nivel de independencia* que puedan derivarse de las normas constitucionales, independencia que no sólo es importante a lo externo sino también a lo interno.

Además del análisis de la referida constitución, también procederemos al análisis de la Resolución No. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 13 de noviembre del 2003, mediante la cual se establecen medidas anticipadas a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. La pertinencia de dicha Resolución radica en que en la misma se desarrollan los principios que rigen el *debido proceso de ley*, de los cuales algunos se aplican al proceso civil.

2.2. | Titularidad de la potestad jurisdiccional.

La antigua administración de justicia privada fue sustituida por la justicia pública. El Estado una vez estructurado jurídicamente, asumió la obligación de dirimir y darle solución a los conflictos surgidos entre particulares y a los surgidos entre éstos y el propio Estado.

El Estado pasó a monopolizar la administración de justicia al reconocerle la Constitución la potestad jurisdiccional, la cual ejerce a través de los tribunales creados mediante leyes adjetivas, es decir, mediante las normas sancionadas por el Poder Legislativo.

De manera pues, que como ya hemos reiterado, en relación al Estado la potestad jurisdiccional, supone una obligación constitucional a cargo de éste, mientras que en relación a las personas tanto físicas como morales supone un derecho constitucional.

En el cumplimiento de su obligación, el Estado debe poner a disposición de los ciudadanos y de toda persona que lo requiera, los tribunales necesarios para que éstos tengan la posibilidad de dirimir sus conflictos.

Pero los tribunales destinados a resolver los conflictos de las personas no pueden ser sino aquellos que establezca la ley con anterioridad a la ocurrencia del conflicto. Esto es lo que la doctrina denomina como el *juez natural o predeterminado* por una ley anterior al conflicto que da nacimiento al proceso.

En este sentido, el artículo 14 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, establecen que el tribunal debe ser establecido por la ley, ser independiente e imparcial, igual previsión aparece en el artículo 6.1 de la Convención.¹⁸

2.3. | El derecho de acceso a la justicia.

El derecho de acceso al juez, ha sido previsto de manera expresa por el artículo 14.1 de Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos del 19 de diciembre de 1966; se consagra que : “toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida por un tribunal”.¹⁹

Por otra parte, el derecho de acceso al juez se deriva del artículo 109 de a Constitución, que establece la obligación a cargo del Estado de administrar justicia gratuita; resultando obvio, que si el Estado tiene dicha obligación es porque las personas tienen derecho a exigirla, y para poder exigir justicia es necesario tener la posibilidad de acceder al tribunal.

Queda también establecido de manera implícita, el derecho de acceso al juez, en el artículo 8 numeral 2 letra j) de la Constitución, texto según el cual nadie podrá ser condenado sin un juicio previo y sin que sea oído o debidamente citado.

Además de lo indicado anteriormente, cabe destacar que el derecho de acceso a la justicia puede deducirse del artículo 4 del Código Civil, texto que prohíbe a los jueces negarse a decidir los asuntos de los cuales son

¹⁸ “Artículo 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación un de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...” ;” Art.º 6. [Vid. Arts. ,] Derecho a un proceso equitativo.- 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

¹⁹ Guinchard, Serge, DROIT PROCESSUEL, Dalloz Action, pag.300.

apoderados, so pena de ser perseguidos por denegación de justicia. Esto así, porque si el tribunal está obligado a dictar sentencia en relación a los asuntos que le son sometidos, es porque real y efectivamente, existe el derecho de acceder o de acceso al tribunal.

La R. 1920, contempla de manera expresa el referido derecho de acceso al juez que tiene toda persona, y lo hace según consta en la página 11 de la misma, al abordar el principio de independencia y el principio de imparcialidad. En efecto, cuando la Suprema Corte de Justicia trata el aspecto interno de la independencia, sostiene que: “constituye una garantía de los ciudadanos (debió decir de las personas), para la tutela del derecho a un juez sobre quién no sea posible la injerencia o influencia de sus pares de igual o superior categoría para adoptar decisiones jurisdiccionales”.

Por su parte, la Corte Europea de los Derechos del Hombre, mediante “les arrêts Golder et Deweer” de fecha 21 de febrero del año 1975, reconoce el derecho de acceso a la justicia, para lo cual se fundamentó en el artículo 6.1 de la Convención europea de los derechos del hombre, artículo que consagra el derecho que tiene toda persona a un proceso equitativo, o el derecho a que su causa sea conocida de manera equitativa.²⁰

Entre otras razones, la Corte Europea sostiene que resulta inconcebible que el artículo 6.1 de la referida Convención detalle las garantías acordadas a las partes sin proteger el derecho de acceso al juez; derecho éste, sigue sosteniendo la indicada Corte, que es el único que permite el beneficio real. Finalmente, agrega, que la equidad, la publicidad y la celeridad del proceso carecen de interés en ausencia de proceso.²¹

En Francia, a diferencia de otros países de la Unión , entre otros, Alemania, España, Grecia, entre otros, no existe un texto constitucional que de manera expresa consagre el denominado derecho de acceso a la justicia o de acceso al juez.²² No obstante, el Consejo Constitucional Francés, fundamentándose en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, texto este que consagra la “garantía de

²⁰ ob. Cit., Guinchard, Serge, pag.301.

²¹ Guinchard, Serge, DROIT ET PRACTIQUE DE LA PROCÉDURE CIVILE, Dalloz Action, págs. 475-476, No. 2112.

²² Guinchard, Serge, DROIT PROCESSUEL, Dalloz Action, pag.312.

los derechos”, y mediante sentencia del 21 de enero de 1994, reconoció el derecho de acceso a la justicia. Dicho reconocimiento fue reiterado, mediante la sentencia del 23 de julio de 1999.²³

Aunque estamos en presencia de un derecho natural, sin necesidad de que un texto lo prevéa, lo recomendable es que dicho derecho aparezca consagrado de manera expresa, como ocurre, por ejemplo, en España. En efecto el artículo 24.1 de la Constitución española establece que toda persona tiene derecho: “a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”.

Finalmente, cabe resaltar que la doctrina es la que reconoce que el *contenido esencial* del referido derecho no se limita al acceso al juez, sino que implica, el derecho a resolución de fondo, derecho a una decisión motivada, prohibición de indefensión, firmeza y cosa juzgada; ejecución de lo juzgado, el derecho a los recursos previstos por la ley.²⁴

2.4. | Los aspectos orgánicos del proceso.

2.4.1. | *La Independencia Judicial.*

La independencia judicial, supone que el juez sólo está sometido a la constitución y a la ley. En nuestro ordenamiento la independencia judicial está consagrada desde el año 1927, fecha en que se publicó la Ley de Organización Judicial.

En efecto el artículo 10 de dicha ley establece que: “los tribunales son independiente uno de otro y respecto de cualquier otra autoridad, en cuanto al ejercicio de sus funciones.....”

Como puede observarse, dicho texto no solo consagra la independencia entre los tribunales, es decir, la *interna*, sino también la independencia del tribunal frente a cualquier otra autoridad, es decir, la independencia *externa*.

²³) ob. Cit., Guinchard, Serge, pag.312-313.

²⁴) ob. Cit., Moreno Aroca, Juan, pag.249.

Pero el referido texto fue letra muerta en la práctica, ya que no existían mecanismos que garantizaran su cumplimiento. Como ya hemos dicho, hasta el año 1994, el nombramiento, permanencia y ascenso de los jueces dependía de un órgano de otro poder del Estado. Aspecto este que es determinante para que pueda existir la independencia.

La distorsión jurídica comentada en el párrafo anterior, es decir, el nombramiento de los miembros de un poder por un órgano de otro poder, se mantuvo vigente hasta la reforma del 1994, no obstante estar consagrada en la Constitución, desde la época de la fundación de la República, la teoría de la división de los poderes. En efecto, el artículo 4 de la actual constitución y el de las constituciones anteriores, establece que el gobierno se divide en tres poderes el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales son independientes en sus respectivas funciones.

El señalado artículo 10 de la Ley de Organización Judicial, comienza a tener importancia a partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 1994, la cual no entró en vigencia sino a partir de agosto de 1997, por razones política las cuales no es pertinente analizar en este trabajo, por escapar a su objeto.

La R. 1920/2003 aborda el *principio de independencia*, como uno de los principios del proceso que conforman el debido proceso en nuestro país, trata también el *principio de imparcialidad*, por considerarlos íntimamente relacionado al de independencia. Evidentemente, que entre ambos principios existe una inescindible vinculación, ya que el juez que es independiente decidirá el conflicto que conozca conforme a la constitución y las leyes, sin importarles quienes sean las partes envueltas en el mismo, se colocará en una posición equidistantes entre ambas, se comportará como un verdadero tercero interesado en aplicar las normas jurídicas con sentido de justicia y de equidad.

De ahí que se afirme, que el juez que es independiente no atiende a los aspectos extraños a la justicia, tales como temor, interés, amor propio, gratitud, honores, y publicidad.²⁵

²⁵) Couture J., Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, pag.88.

Por otra parte, la referida R.1920/2003 trata la independencia en sus dos vertientes, a saber la interna y la externa, en la misma forma que lo hizo el legislador del año 1927, en el artículo 10 de la ley de Organización Judicial; con la diferencia de que los jueces del más alto tribunal desarrollan y explican ampliamente el referido principio. En efecto, para la Suprema Corte de Justicia, el principio de independencia encierra: “un aspecto externo y orgánico referido al Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado y frente a los denominados grupos de presión y a los poderes de hecho de carácter público o privado y un aspecto interno como garantía de los ciudadanos, para tutela del derecho al juez sobre quién no sea posible la influencia o ingerencias de sus pares de igual o superior categoría para adoptar decisiones jurisdiccionales”.²⁶

2.4.2. | *La inamovilidad.*

La inmovilidad considerada como un principio o derecho fundamental de los jueces, es además, un presupuesto de la independencia judicial, ya que si el juez es movable a discreción de otro poder, dependerá de este en el ejercicio de sus funciones.²⁷

Por otra parte, la inamovilidad cierra la posibilidad de los traslados discrecionales de los jueces de manera expresa o encubierta.²⁸

La figura jurídica denominada inamovilidad aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución del año 1994, ya que el párrafo tercero del artículo 63 establece que los jueces son inamovibles sin perjuicio de lo dispuesto en el acápite 5 del artículo 67.

a) *Crítica a la inamovilidad.*

El principio de la inamovilidad no ha sido bien asimilado ni aceptado por importantes sectores de la sociedad, quienes han visto en esta institución un privilegio en beneficio de los jueces, cuando en realidad más que favorecer a los jueces, dicho principio a quienes realmente favorece es a los justiciables, quienes tendrán la garantía de que su proceso será conoci-

²⁶) Resolución No.1920-2003, S.C.J., pag.11.

²⁷) Rodríguez Aguilera, Cesáreo, EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN, pag.113.

²⁸) ob. Cit.,Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.113.

do y decidido por jueces que no responden más que a la constitución y a las leyes vigentes, en la medida en que no tienen el temor de ser asediados por aquellos de los cuales depende su permanencia en el cargo.

En la época en que los jueces carecían de inamovilidad y podían ser destituidos cada cuatro años por el Senado de la república, no pocos de ellos, ante la posibilidad e incertidumbre de poder ser destituidos sin ninguna razón válida, desde el punto de vista jurídico, se veían constreñidos a responder a intereses ajenos a la justicia con la finalidad de conservar su cargo.

La misma situación de crítica frente a la institución de la inamovilidad se produjo en otras épocas, en sociedades como la española; en dicha sociedad se atacaba la inamovilidad, bajo el argumento de que la misma sólo servía para “amparar la ineptitud y la banalidad”.²⁹

El mismo autor citado, sostiene que dicha crítica sólo tendría validez si los jueces y magistrados no fueren responsables de sus actos.³⁰

Ciertamente, existiendo normas sancionadoras y aplicables a los jueces que incurran en irregularidades, no hay lugar a tener temor de que la institución de la inamovilidad pueda ser desnaturalizada.

En nuestro ordenamiento jurídico no sólo se contempla la inamovilidad de los jueces, sino que existen mecanismos estructurados con la finalidad de evitar que los jueces, amparándose en la inamovilidad se perpetúen en sus puestos sin tener las condiciones que justifiquen su permanencia en la función. De manera pues, que si los órganos encargados de darles seguimiento al desempeño de los jueces, juegan su papel, aplicando las sanciones correspondientes, cuando proceda y previo agotamiento del juicio previsto en la ley, no hay posibilidad de que la inamovilidad surta efectos negativos o nocivos.

Aunque siempre determinados sectores, que no creen en la institucionalidad de la justicia, se opondrán a la inamovilidad e independencia de los jueces y del Poder Judicial como unidad, conviene resaltar que el afian-

²⁹) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.114.

³⁰) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.115.

zamiento social de esta institución y la credibilidad en sentido general en el Poder Judicial, dependerá en gran medida, de la conducta profesional y moral que exhiban los jueces en el ejercicio de sus funciones y de la eficacia con que actúen los órganos del Poder Judicial responsables de darle seguimiento al desempeño de los jueces.

b) Complementos de la inamovilidad.

Si bien es cierto que la institución de la inamovilidad juega un importante papel en la eficacia del Poder Judicial, en la medida en que cada juez tiene la tranquilidad y la seguridad de que únicamente será removido de sus funciones si viola la Constitución o la ley; también es cierto que se hace necesario un complemento como lo es la movilidad.

De ahí que se afirme que : “el principio de inamovilidad debe completarse con el de movilidad, es decir, con el derecho del juez a ser trasladado si lo solicita a la vacante que le corresponda, sin que pueda impedirlo ningún acto particular de arbitrio o privilegio a favor de otro. Las normas sobre provisión de cargos y vacantes, sigue diciendo el autor, deben establecerse de manera que garanticen los derechos de igualdad y eviten el arbitrio gubernativo”.³¹

La función que en el ordenamiento español ejerce el Consejo General del Poder Judicial, lo ejerce en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia, en relación a los jueces de los demás tribunales. En lo que se refiere a la designación de los jueces, en una primera etapa, la Suprema Corte de Justicia utilizó el mecanismo de la oposición pública, en una segunda etapa, los jueces que pasan a ocupar las vacantes son aquellos abogados que han superado un concurso de oposición para ingresar a la Escuela Nacional de la Judicatura, y que además, superan el programa desarrollado en dicha escuela durante nueve meses.

En lo que se refiere a la movilidad de los jueces, contemplada en los artículos 21 y siguientes de la Ley 327-98 del 9 de julio del 1998, también está a cargo de la Suprema Corte de Justicia. En el caso particular de los ascensos, la Suprema Corte de Justicia debe tomar en cuenta diferentes aspectos tales como la antigüedad en el servicio, el rendimiento en su

31) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesario, pag.114.

cargo, así como los aportes bibliográficos hecho por el juez, todo ello de acuerdo a lo previsto en los artículos del 26 al 28 de la referida ley y los artículos 79 y siguientes del Reglamento de aplicación de dicha Ley, de fecha 1 de noviembre del 2000.

Tal y como ha quedado establecido en los párrafos que preceden, de la misma forma que la inamovilidad representa para los jueces la permanencia en su cargo, salvo que incurra en violación a la Constitución y a la ley, la movilidad representa para los jueces la seguridad de que a los fines de determinar los ascensos, únicamente se tomarán en cuenta los méritos acumulados.

Es por ello que la movilidad es considerada tan importante como inamovilidad, hasta tal punto que se llega a afirmar que para el juez es más fácil decidir un asunto contrario a los intereses de quien lo nombró que decidirlo contrario a los intereses de la persona que tiene la facultad de promoverlo.³²

2.4.3. | *La exclusividad.*

La exclusividad implica el monopolio total y absoluto de los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional. En otras palabras, la exclusividad supone que los conflictos, independientemente de su naturaleza sólo pueden ser resueltos por los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial.

La exclusividad es la consecuencia de la división de los Poderes del Estado y un presupuesto del Estado de derecho.³³

Por otra parte, también se afirma, que no sólo del principio de la división de poderes se deriva la exclusividad, sino también, de la potestad jurisdiccional puesta a cargo del Estado.³⁴

Desde nuestro punto de vista, la exclusividad, viene determinada por la división de los poderes del Estado consagrada en el artículo 4 de la

32) Couture J., Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, pag.88.

33) Couture J., Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, pag.117.

34) Fernández Segado, Francisco, El Sistema Constitucional Español, pags.770 y 771.

Constitución dominicana, ya que es, en virtud de este principio que las funciones estatales son distribuidas a cada uno de los poderes del Estado, correspondiéndole, obviamente, al Poder Judicial todo lo relativo a la administración de justicia.

Es así como en virtud del señalado principio se derivan tanto la interdicción de la justicia privada como la realización de actividades jurisdiccionales por parte de órganos del Estado que no ostentan la naturaleza judicial.³⁵

El principio de exclusividad se desconoce en la medida en que la administración pública retenga funciones jurisdiccionales. No obstante, la doctrina admite la dificultad que se presenta al momento de distinguir las materias propias de la función jurisdiccional y aquellas propias de la administración pública.³⁶

Por otra parte, el señalado principio no es absoluto, así como tampoco es absoluta y rígida la división de los poderes del Estado; de manera pues, que se admiten excepciones, aunque preciso es reconocerlo, las mismas son escasísimas y reducida a aspectos que no toquen las libertades de las personas.

En el caso de nuestro país, constituye una notoria excepción al principio de exclusividad, la denominada facultad sancionadora reconocida a la administración tributaria, lo que a juicio de la doctrina, no puede verse como una violación al principio de la división de los poderes del Estado sino como la aplicación de la interdependencia de las funciones del Estado.³⁷

No cabe dudas, que tanto en la legislación dominicana, como en la de otros países, se le reconoce a la Administración Pública facultades que en principio son propias del Poder Judicial, y que como ya hemos dicho constituyen una especie de excepción al principio que venimos tratando. Es tan patente la realidad indicada, que una parte de la doctrina, ya no se está preocupando tanto en la justificación de la potestad sancionadora de la administración, sino más bien en que dichos órganos al aplicar sanciones respeten el debido proceso de ley.

35) Aparicio Pérez, Miguel Ángel, Temas de Derecho Constitucional (1), pags.482-483.

36) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag. 118.

37) Jorge Prats, Eduardo, El Poder Sancionador de la Administración Tributaria, pag.44.

2.4.4. | *Plenitud de jurisdicción.*

La obligación jurisdiccional puesta a cargo del Estado y ejercida a través del Poder Judicial, no se cumple por el hecho de permitir a los ciudadanos tener acceso a la justicia, garantizar un debido proceso y dictar una decisión en relación al caso sometido y conforme a la Constitución y las leyes, sino que es necesario que asegure el cumplimiento forzoso de su decisión, naturalmente, sólo en el caso de ausencia de ejecución voluntaria.

Es por ello que se sostiene que el derecho a la tutela despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener una solución en un plazo razonable; tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Dichos momentos se resumen de la siguiente manera, acceso a la justicia, proceso debido y eficacia de la sentencia.³⁸

El principio de plenitud de jurisdicción, consiste precisamente en que a través del Poder Judicial, el Estado no sólo le garantice a las personas un proceso justo y una decisión en un tiempo razonable, sino que también le permita a la parte que ha resultado beneficiada con la decisión, ejecutarla forzosamente si fuere necesario.

La obtención de una decisión cuya ejecución esté a merced de la ejecución voluntaria de la parte que no obtuvo ganancia de causa, en la mayoría de los casos carecería de valor y de eficacia, resultando inútil todo el gasto material y humano invertido en el proceso, tanto por el Estado como por la persona o personas que obtuvieron ganancia de causa. De ahí que el Tribunal Constitucional Español, según referencia de GONZÁLEZ PEREZ, mediante sentencia 32/1982, del 7 de julio de 1982, afirme que en ausencia de ejecución de la decisión, la misma se convierta en una mera declaración de intenciones.³⁹

El cumplimiento del principio de plenitud, no se da en la misma medida en el ámbito público y en el ámbito privado, verificándose de manera

38) González Pérez, El Derecho a la Tutela Judicial, pág.43-44.

exacta en este último y hasta cierto punto de manera muy precaria en el primero. Ello ha llevado a la doctrina a sostener que en materia civil y laboral donde predomina el carácter privado: “la intervención del juez, en el cumplimiento de todo mandato efectivo que toda ejecución supone, es plena y excluyente”; mientras que en el ámbito público, el juez tiene una participación mínima en la ejecución de la sentencia.⁴⁰

La ausencia de participación del Poder Judicial en la ejecución de la sentencia dictada en el ámbito público, priva a este de la oportunidad de fiscalizar su fiel cumplimiento, y naturalmente, lo exonera de responsabilidad de todo cuanto ocurra en lo relativo a la ejecución de la misma. La no participación del Poder Judicial en la ejecución de la sentencia en el ámbito indicado, constituye una distorsión de la propia esencia del Poder Judicial y hasta cierto punto una negación del principio de plenitud.

Es por ello, que se considera que la no participación del tribunal en la ejecución de las sentencias penales constituye: “vulneraciones o limitaciones a la plenitud de jurisdicción y, en definitiva, a la naturaleza del Poder Judicial”.⁴¹

2.4.5. | *Principio de igualdad.*

Este principio, que supone un tratamiento igualitario de todas las personas, sin importar, el sexo, nacionalidad, o clase social, aunque no aparece en la Constitución referido de manera expresa al proceso, si aparece contemplado en sentido general, y en consecuencia aplicable al proceso mismo.

En efecto, en el artículo 8 numeral 5, aparecen tres principios, el de legalidad, según el cual nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe; el de razonabilidad, según el cual la ley no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que aquello que le perjudica; y el de igualdad, según el cual, : “...La ley es igual para todos...”.

39) ob. Cit. González Pérez, pág.43-44.228.

40) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pags.120-121.

41) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.120-121. En lo que se refiere a la vigencia y regulación de la ejecución forzosa de las sentencias civiles y el papel jugado por el Poder Judicial, ya fue tratado en el capítulo anterior, al cual nos remitimos.

De igual forma, también el artículo 100 de la Constitución de la República consagra el principio de igualdad de manera general, al condenar los privilegios y cualquier situación “... que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos, entre los cuales no debe contar otras diferencias que las que resulten de los talentos o de las virtudes...”.

En el aspecto particular del proceso, el principio de igualdad aparece de manera expresa, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, texto que consagra que : “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia”. Dicha norma forma parte de nuestra Constitución , por estar contemplada en un tratado regularmente ratificado por el país y por aplicación del segundo párrafo del artículo 3 de la Constitución, según el cual: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado...”.

La igualdad procesal, referida a todas las personas y no a las partes en un proceso, implica que no debe haber distinción al momento de conocer un determinado conflicto, es decir, el proceso a seguir debe ser uniforme cuando se trate de la misma materia, sin importar las personas e instituciones que intervengan. No obstante la propia Constitución y las leyes adjetivas, contemplan excepciones expresas al indicado principio de igualdad.

A modo de ejemplo, cabe mencionar el caso de los policías y militares, los cuales tienen sus propios jueces y tribunales y el caso de la inmunidad parlamentaria y de la jurisdicción privilegiada. En virtud de la primera, se impide la privación de libertad de un senador o la de un diputado, cuando la legislatura esté abierta y en virtud de la segunda, dichos funcionarios sólo puede ser juzgado por la Suprema Corte de Justicia.

Con relación a la inmunidad parlamentaria, se sugiere reducir su ámbito de aplicación a aquellos casos que tengan relación directa con la función parlamentaria. En este sentido, se afirma que la inmunidad parlamentaria resulta lógica, en lo que se refiere a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, por considerarse una garantía de libertad política.⁴²

Pero, también se entiende que:” La inmunidad, en cambio, que impide

que sean detenidos, salvo caso de flagrante delito, el inculpado o procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva, debería restringirse a los casos que tuvieran relación con las actividades propias de su función de parlamentarios, excluyendo aquellos otros que nada tienen que ver con ellas”.⁴³

En la R. 1920/2003 se distingue, el principio de igualdad ante la ley del principio de igualdad entre las partes en el proceso. En lo que tiene que ver con la igualdad ante la ley, la Suprema Corte de Justicia, sostiene que en aplicación del mismo: “...el Poder Judicial debe interpretar y aplicar la ley, con estricto respeto al principio de igualdad en todas las fases del proceso judicial de cualquier naturaleza”.⁴⁴

Mientras que en lo que se refiere al principio de igualdad entre las partes, se establece que: “El derecho al debido proceso implica la observancia estricta al principio de la igualdad de las personas ante la ley, traducido éste en el ámbito procesal como la igualdad de las partes o igualdad de armas y el principio de no-discriminación”.⁴⁵

2.4.6. | *Principio de unidad jurisdiccional.*

En aplicación de este principio, en una determinada sociedad no deben existir otros tribunales, que no sean los que forman parte del Poder Judicial. Se considera que en este principio descansa la base y la organización del funcionamiento de los tribunales.⁴⁶ inclusive se llega a afirmar que sin unidad jurisdiccional no hay Poder Judicial.⁴⁷

La importancia de este principio radica, en que en la medida en que la justicia es servida por los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial, el justiciable tiene más garantías, toda vez que su caso será conocido y decidido por órganos independientes e imparciales, en donde, según se afirma, toda manipulación en su constitución y competencia esté expresamente desterrada.⁴⁸

42) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag. 122-123

43) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag. 123.

44) Resolución No.1920-2003, S.C.J., pag.16.

45) Resolución No.1920-2003, S.C.J., pag.17.

46) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.123-124.

No obstante, las excepciones siempre son posibles, en tal sentido se admite la posibilidad de que la justicia sea servido por un órgano que aún teniendo función jurisdiccional se encuentra fuera del Poder Judicial. En este orden de ideas, se hace referencia a la justicia administrativa francesa, la cual ha servido de modelo a numerosos ordenamientos jurídicos.⁴⁹

No obstante, se considera como regla general que es muy difícil la obtención de decisiones justas en procesos llevados fuera del ámbito de los jueces y tribunales que integran la jurisdicción única, situación, que es la que justifica el principio que nos ocupa.⁵⁰

Entre los ordenamientos jurídicos que siguen el modelo francés se encuentra el nuestro. En efecto, en la actualidad, el Tribunal Superior Administrativo, está integrado por miembros que no forman parte del Poder Judicial. Aunque, por disposición de la propia ley No.1494, del año 1947, que crea el indicado tribunal, las decisiones dictadas por este son susceptible del recurso de casación, que obviamente, conoce la Suprema Corte de Justicia, que es el máximo tribunal del Poder Judicial.

La funcionalidad de la justicia administrativa francesa es ampliamente reconocida por la doctrina internacional, pero al mismo tiempo dicha funcionalidad es atribuida a razones históricas, políticas y sociológicas, siempre excepcionales.⁵¹

De lo anterior se desprende que la denominada justicia administrativa, no necesariamente tiene que funcionar en países con una historia y una cultura, tan diferentes a la francesa, como lo es la nuestra.

2.5. | Principios generales del proceso.

Finalizado el estudio de los aspectos o principios orgánicos del proceso, pasamos a continuación al estudio de los denominados principios generales *del proceso o principios especiales del proceso.*

47) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.124.

48) ob. Cit., Gonzalez Perez, pag.51.

49) ob. Cit., Gonzalez Perez, pag.52.

50) ob. Cit., Gonzalez Perez, pag.52.

51) ob. Cit., Gonzalez Perez, pag.52.

Estos principios son el principio de publicidad, el principio de oralidad, intermediación y concentración, el principio de motivación de la sentencia, y el principio de gratuidad de la justicia. Los principios, oralidad, intermediación y concentración, por inescindible vinculación serán tratados juntos.

2.5.1. | *Principio de publicidad.*

Con la instauración de este principio, el constituyente persigue que los procesos trasciendan al ámbito de las partes y lleguen hasta el conocimiento de los terceros, es decir, que con dicho principio se le da a los particulares, al público en general, la oportunidad de tener conocimiento del proceso si fuere de su interés.

Tal principio, como todos los demás, comporta excepciones y limitaciones, que como tales no pueden ser otras que aquellas expresamente contempladas por el legislador. La publicidad del proceso, se suprime en conflictos que tocan la intimidad de la familia, como ocurre en caso del proceso de divorcio fundamentado en la incompatibilidad de caracteres, o en aquellos casos donde está en juego el interés de un menor, entre otros.

Lo que se persigue con el principio de publicidad es rodear el proceso de la mayor garantía posible, de ahí que afirme que el mismo: “supone la garantía del ciudadano de la adecuada conducta en la administración de justicia, medio de evitar cualquier exceso de poder por acción u omisión”.⁵²

Ciertamente, que este principio constituye un mecanismo de vigilancia de la comunidad frente a los jueces y tribunales, que de alguna manera puede servir de freno a acciones contrarias a la Constitución y a las leyes, o por lo menos, le permite a la comunidad conocer las irregularidades que eventualmente se pudieren cometer y tener la posibilidad de denunciarlas y exigir los correctivos pertinentes.

Pero, la publicidad tiene al mismo tiempo una vertiente política y positiva, ya que puede ser un mecanismo no de presión por parte de la comunidad, sino un mecanismo que contribuya a aumentar la credibilidad y la

52) ob. Cit., Rodríguez Aguilera, Cesáreo, pag.128

legitimidad del Poder Judicial. De ahí que se sostiene que la publicidad tiene una vertiente política, conforme al significado que le ha dado la doctrina, ya que persigue mantener la confianza de la comunidad en sus órganos jurisdiccionales.⁵³

De manera que podemos concluir en que conforme a la doctrina, el principio de publicidad tiene una doble finalidad, por una parte proteger a las partes en el proceso de eventuales excesos por parte de la administración y por otra parte legitimar frente a la sociedad la labor de los jueces y tribunales. Las referidas finalidades fueron recogidas, según referencia FERNÁNDEZ SEGADO, en la sentencia No. 96/1987 de fecha 10 de junio de 1987, dictada por el Tribunal Constitucional Español, y en la cual se sostiene que el principio de publicidad tiene una finalidad doble, la primera liberar a las partes de una justicia administrada fuera del control público y la segunda mantener la confianza de la comunidad en los tribunales; en ambos casos, sigue sosteniendo el tribunal, el principio constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho.⁵⁴

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros ordenamientos el principio de publicidad tiene rango constitucional. En efecto, en el artículo 8 numeral 2, letra j) de la Constitución dominicana, el constituyente, luego de establecer el derecho de toda persona a un juicio imparcial y al derecho a la defensa, consagra que: “...Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres”

El principio de publicidad, a diferencia de lo que ocurre con los demás principios enunciados en la R. 1920/2003, no es objeto de un desarrollo particular. En efecto, de dicho principio se hace mención a propósito del principio del juicio previo.

Efectivamente, en la página 9 de la R. 1920/2003, se establece que: “La oralidad, publicidad y contradicción son reglas técnicas procesales inseparables del juicio. La limitación de la oralidad y la publicidad sólo es admitida por el ordenamiento jurídico vigente, en supuestos legales espe-

53) ob. Cit., Fernández Segado, Francisco, pag.784.

54) ob. Cit., Fernández Segado, Francisco, pag.785.

cíficos y mediante resolución escrita y fundada”. Mientras que en la misma página, se establece que: “La publicidad se erige como garantía de quien es parte en el proceso, de que el mismo será llevado a cabo de manera transparente.”

2.5.2. | *Principio de oralidad e inmediatez y concentración.*

Para que el proceso pueda ser oral se hace necesario que haya inmediatez y concentración. Y resulta, que como se tratará con mayor detalle en el módulo 3 de este trabajo, en el desarrollo de otro tema que forma parte de este libro, en el procedimiento civil dominicano ni hay inmediatez ni hay concentración.

La inmediatez no existe, porque el litigio puede ser decidido por un juez diferente a aquel que dirigió el proceso, y no existe concentración porque los actos del proceso no se cumplen ni en un solo momento ni en fechas relativamente cercanas.

2.5.3. | *Principio de motivación de la sentencia.*

El Poder Judicial, tiene el monopolio de la potestad jurisdiccional, ya que, conforme con la Constitución ninguna otra autoridad está facultada para dirimir conflictos entre particulares y entre éstos y el Estado. Pero, los jueces y tribunales no pueden rechazar o acoger las pretensiones de las partes sin dar explicaciones o sin exponer las razones en que se fundamentan sus fallos. En realidad, los jueces y tribunales están obligados a justificar sus decisiones, a motivarlas.

La obligación de motivar la sentencia, no está prevista de manera expresa en nuestra Constitución, pero si en tratados internacionales y en leyes adjetivas. En efecto, el artículo 25 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, pone a cargo de los jueces y tribunales la obligación de motivar sus decisiones. Este texto, forma parte de nuestra Constitución en aplicación del ya comentado artículo 3 de la misma.

En lo que se refiere a las leyes adjetivas, la obligación puesta a cargo de jueces y tribunales, aparece en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, en el artículo 15 de la ley No. 1014, del año 1935, que introduce modificaciones al indicado Código, y finalmente se contempla la obligación en el artículo 24 de la ley Sobre Procedimiento de Casación, 3726 de 1953.

La importancia de la motivación de la sentencia, radica en que facilita, entre otros aspectos, el control de la decisión por la vía de los recursos, y además, evita la inseguridad jurídica que se produciría como consecuencia de una posible arbitrariedad jurídica.⁵⁵

También el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en cuanto a la importancia de la motivación de la sentencia. En efecto, según referencia de FERNADEZ SEGADO, mediante sentencia No. 116/1986, dictada en fecha 8 de octubre del año 1986, dicho tribunal sostuvo que fundamentalmente la motivación es una garantía esencial del justiciable, mediante la cual se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional y no el fruto de la arbitrariedad.⁵⁶

Por otra parte, la motivación de la sentencia constituye uno de los principios que conforme a la R. 1920/2003 forman parte del debido proceso. Al desarrollar y fundamentar este principio, la Suprema Corte de Justicia, destaca la importancia del mismo, al señalar que:

- a) la motivación de la sentencia es la fuente de la legitimación del juez y de su decisión.
- b) que la motivación permite valorar y criticar objetivamente la decisión.
- c) que la motivación constituye una garantía contra el prejuicio y la arbitrariedad
- d) que la motivación facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos.

Por otra parte, cabe destacar, que a propósito del principio que nos ocupa, la Suprema Corte de Justicia, deja abierta la posibilidad de que en

⁵⁵ ob. Cit., Fernández Segado, Francisco, pag.786.

⁵⁶ Ob. Cit., pag.787.

la motivación de la sentencia se haga constar el voto disidente, lógicamente cuando se trate de tribunales colegiados. En efecto, que: "...en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso" ⁵⁷

Cabe resaltar, y así se hace constar en la R. 1920/2003, que el principio de motivación de la sentencia, ha sido reconocido y desarrollado en decisiones precedentes, como la No. 18 del 20 de octubre de 1998, boletín judicial No. 1055, volumen 1.⁵⁸

En efecto en indicada sentencia, la Tercera Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia, pone a cargo del tribunal la obligación de exponer en su sentencia un razonamiento lógico que le proporcione base de sustentación a la sentencia; razonamiento lógico, que según se hace constar en la indicada decisión debe estar fundamentado en uno o en varios o en la combinación de elementos probatorios.

Dada la importancia de esta decisión, derivada fundamentalmente, por la precisión con la cual se expone el principio de motivación de la sentencia, transcribimos a continuación los considerando más relevantes de la misma: "Considerando, que los tribunales de derecho deben exponer en sus sentencias la base en que descansa cada decisión tomada por ellos, lo cual es imprescindible, en razón de que únicamente así la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, puede estar en condiciones de determinar si la ley ha sido bien o mal aplicada; además, sólo mediante la exposición de motivos las partes pueden apreciar en las sentencias, los elementos en los cuales se fundamentó el fallo que les atañe; Considerando, que no son suficientes en sí mismas, por lo impreciso y genérico de su contenido, estas expresiones: a) "en la instrucción de la causa, oral, pública y contradictoria, y sin restricción alguna, se estableció de manera contundente..."; b) "no obstante los alegatos de inocencia expuestos en la instrucción de la causa por todos los acusados, en el sentido de que la admisión de culpabilidad que hicieron extrajudi-

⁵⁷⁾ Ver pag. 6 de la R. 1920/2003

⁵⁸⁾ Resolución No.1920-2003, S.C.J., pag.26.

cialmente le fue arrancada por medios violentos, los jueces estimaron como carentes de seriedad esos alegatos y sin fundamento alguno..."; c) "es un hecho incuestionable la desaparición misteriosa de las armas de guerra (tres fusiles) del cuartel del Comando de Fuerzas Especiales de la Fuerza Aérea Dominicana..."; Considerando, que es necesario que el tribunal exponga un razonamiento lógico, que le proporcione base de sustentación a su decisión, fundamentado en uno, en varios o en la combinación de elementos probatorios como: 1ero.- Un testimonio confiable de tipo presencial, entendiéndose como tal lo declarado por alguien, bajo la fe del juramento, en relación a lo que esa persona sabe por vivencia directa, percibida mediante alguno de sus sentidos; 2do.- Un testimonio confiable de tipo referencial, entendiéndose como tal lo declarado por alguien, bajo la fe del juramento, en relación a lo que esa persona supo mediante la información que le ha ofrecido un tercero con conocimiento de los hechos, o mediante su entendimiento personal relacionado con los antecedentes y estilo de vida del acusado de que se trate, quedando la apreciación de la confiabilidad de cada testificación, a cargo de los jueces del fondo; 3ero.- Una certificación expedida por un perito, cuyo contenido exponga con precisión un criterio técnico que comprometa la responsabilidad del procesado o lo libere; 4to.- Una documentación que demuestre literalmente una situación de interés y utilidad para el esclarecimiento o para la calificación de un hecho delictivo; 5to.- Una confesión de participación en los actos violatorios de la ley penal que haya sido expuesta frente a los jueces, siempre que ésta sea compatible con un cuadro general imputador que se haya establecido en el plenario, durante la instrucción de la causa; 6to.- Un cuerpo del delito ocupado en poder del acusado o incautado en circunstancias tales que permitan serle imputable a éste; 7mo.- Una pieza de convicción que haga posible establecer inequívocamente una situación del proceso, entendiéndose como pieza de convicción todo objeto que sin ser el producto o la consecuencia de él, es algo que sirve para esclarecer los hechos y llegar al conocimiento de la verdad; 8vo.- Un acta de allanamiento o requisa, levantada de manera regular por el representante del ministerio público que resulte ser de un hallazgo o de una situación constatada que resulte ser de interés para el proceso judicial; 9no.- Un acta expedida regularmente por una Oficialía

del Estado Civil, cuyo contenido sea aplicable en una situación relativa al caso que se ventila en el tribunal; 10mo.- Una certificación médico-legal que describa con claridad las lesiones sufridas por una persona, el diagnóstico de una enfermedad, el estado físico de un cadáver, o las causas de un fallecimiento y 11vo.- Cualquier otro medio probatorio convincente que sea expuesto por los jueces con precisión en su sentencia”.

2.5.4. | *La Gratuidad de la justicia.*

El principio de gratuidad de la justicia, como ya lo hemos dicho, aparece consagrado en el artículo 109, texto según el cual: “La justicia se administrará gratuitamente en todo el territorio de la República”.

Pero esta gratuidad no abarca más que los gastos públicos, no así los gastos privados, tales como los honorarios de los abogados, y de los demás auxiliares de la justicia, tales como el de los alguaciles y peritos.

Con relación a este principio conviene hacer algunas precisiones y observaciones. Lo primero es que no existe tal gratuidad, ya que el justiciable, sobre todo en la materia privada, al momento de acceder a la justicia, tiene que pagar determinada suma por concepto de depósito de instancia o escrito e inclusive debe pagar por concepto de rol de audiencia. Pero, aún cuando no tuviere que hacer los pagos directos indicados, tampoco se podría hablar de la gratuidad de la justicia, porque los gastos del poder judicial se cubren con los impuestos que paga el pueblo, que eventualmente luego reclama a este Poder del Estado la administración de justicia.

Por las razones indicadas, nos parece incorrecta la crítica que hace una parte de la doctrina española al comentar el artículo 120.3 de la Constitución española, texto que prevé el principio comentado, en dicha crítica se sostiene que no hay ninguna razón para que el Estado preste gratuitamente el servicio de la justicia a todas las personas y se sugiere que la justicia sea gratuita únicamente para aquellas personas que no tengan los medios suficientes para hacer frente a los gastos del proceso.⁵⁹

La otra precisión que nos parece oportuna, se refiere a que el costo que

resulta más oneroso para el justiciable es el privado (gastos de abogados, alguaciles y peritos); de manera que, en lo que se refiere a éstos sí debería discriminarse entre quienes tienen recursos y los que no tienen, siendo útil que el Estado asuma estos gastos cuando las personas demuestren que sus ingresos no son suficientes para cubrir los mismos.

En el ámbito penal, materia que no es la que nos ocupa, existe la tradicional figura del “abogado de oficio”, cuya función es la de asistir en los medios de defensa a las personas de escasos recursos. Este servicio generalmente ha funcionado de manera muy deficiente, por razones que no es el momento examinar. Aunque en los últimos tiempos, justo es decirlo, el panorama ha venido cambiando, con la aparición de los “defensores públicos”, quienes están llamados a sustituir a los tradicionales “abogados de oficio”. Este sistema de defensoría se encuentra consagrado en el artículo 77 de la mencionada ley sobre carrera judicial No.327-98.

Los cambios positivos que se han operado en la asistencia legal se deben entre otras razones, a que este nuevo auxiliar de la justicia cuenta con un órgano de la Suprema Corte de Justicia, que le da seguimiento, además de que se utiliza un criterio de selección muy riguroso y sobre todo, porque quienes forman parte del cuerpo de defensores son egresados de la Escuela Nacional de la Judicatura, donde tienen que superar un programa académico muy riguroso.

Aunque también en el área privada es necesario que el Estado auxilie a determinadas personas en los gastos relativos a honorarios de abogados de abogados y peritajes entre otros, en la práctica esto no ha funcionado, a pesar de que legalmente la obligación de asistencia abarca la materia privada, según se desprende del contenido del artículo 78, letra d) párrafo último, de la ley 821 del 21 de noviembre del 1927, sobre organización judicial. En efecto, dicho texto establece que: “Esta asistencia se concederá en materia civil y comercial si del examen del caso y de los recursos del solicitante, el Juez, Tribunal o Corte encuentran que ella procede”.

La realidad de nuestro país y la de muchos otros es que en los procesos, no en pocos casos, quienes resultan beneficiados no son aquellos a los

⁵⁹ ob. Cit., Fernández Segado, Francisco, pag.115-116.

cuales le asiste la razón, sino quienes tienen más recursos. Los que tienen menos recursos, aunque tengan la razón pierden los procesos, porque de que manera pueden cubrir, por ejemplo, un peritaje relativo al ADN, o a vicios de construcción o de fabricación de un determinado producto. Esto, sin hacer mención, de que los profesionales con mayor experiencia y preparación, y en consecuencia, en mejores condiciones de hacer un trabajo jurídico eficaz, exigen honorarios que sólo la minoría de nuestra sociedad puede costear.

La situación anterior ha llevado a la doctrina a afirmar que el costo del proceso constituyen uno de los “más graves obstáculos del derecho de acceso a la justicia”.⁶⁰

BIBLIOGRAFÍA

A) LEGISLACIÓN

1. República Dominicana [ley]. Constitución. Santo Domingo, 1994.
2. España [ley]. Constitución Madrid, 1978
3. República Dominicana [ley]. Código de Procedimiento Civil. Santo Domingo 1884.
4. España [ley]. Ley de Enjuiciamiento Civil, 2001
5. República Dominicana [ley]. Ley de Organización Judicial No. 821, Santo Domingo 1927
6. República Dominicana [ley]. Ley sobre Carrera Judicial No. 327-98, Santo Domingo 1998
7. República Dominicana [ley]. Reglamento para la aplicación de la ley sobre Carrera Judicial. Santo Domingo
8. República Dominicana [ley]. Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura No. 169-97, Santo Domingo 1997.
9. República Dominicana [ley]. Resolución No. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia, 2003.
10. Resolución No. 14786/2003, [ley] dictada por el Procurador General de la República, 2003

B) JURISPRUDENCIA

11. República Dominicana “jurisprudencia”. Boletín Judicial No. 1055, Volumen I, 1998., publicación de la Suprema Corte de Justicia.

C) DOCTRINA

12. Aparicio Pérez, Miguel Ángel. Temas de derecho constitucional. Barcelona: Cedecs editorial, S. L., 1998.
13. Calamandrei Piero. Derecho procesal

civil, tomo I. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A, 1997.

14. Couture J., Eduardo. Estudios de derecho procesal civil, tomo I, 3ra. Ed., Ediciones: Depalma, Buenos Aires, 1989.
15. Couture J., Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, 4ta. Ed. Montevideo: editora B de F, Ltda., 2002.
16. De Otto, Ignacio. Derecho constitucional sistema de fuentes, 5ta. reimpresión., Barcelona: editorial Ariel, S. A, 1997
17. Jorge Prats, Eduardo, “El poder sancionador de la administración tributaria”. Revista Jurídicas, 4 (1): 4-1 enero 1994;
18. Fernández Segado, Francisco. EL sistema constitucional español: 2da Reimpresión, Madrid: Editorial DYKINSON, S. L., 1997
19. González Pérez. El derecho a la tutela judicial, Editorial: 2da Ed. Madrid: Civita, S.A, 1989.
20. Guinchard, Serge, droit et pratique de la procédure civile, Paris : editions Dalloz, 1998.
21. Guinchard, Serge, et al. Droit procesuel commun. Paris: editions Dalloz, 2001
22. Montero Aroca, Juan, et al. derecho jurisdiccional I, Valencia: Editora Tirant lo blach, 10ma. Ed., 2000.
23. Pérez Méndez, Artagnan. Procedimiento civil, Tomo I, 8va Ed. Distrito Nacional (República Dominicana): Editora Taller, 1998
24. Rodríguez Aguilera, Cesáreo. El poder judicial en la constitución, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1980.
25. Taveres Hijo, Floilan. Elementos de derecho procesal civil dominicano, Volumen II, 8va Ed, Distrito Nacional, (República Dominicana) Editora Centenario, S. A.. 2000

⁶⁰) ob. Cit., Fernández Segado, Francisco, pag.114.

PARTE II

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

José Machado Plazas

Profesor Ordinario de la Escuela
Judicial Letrado del Consejo
General del Poder judicial
Catedrático habilitado de
Derecho mercantil



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

El presente tema es el resultado de una reflexión teórico-práctica sobre las “exigencias constitucionales” en el proceso civil español. Tiene, por consiguiente, la finalidad de que el destinatario del presente curso sobre “constitucionalización del proceso civil” conozca, someramente, las bases constitucionales de la estructura organizativa y procesal que caracteriza al Derecho español vigente. En dicha reflexión hay también una concepción de la justicia, que deriva de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que podemos considerar consolidada.

La justicia es, conforme a la Constitución española, un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). La justicia es, por tanto, el fin esencial de todo proceso.

La Constitución establece un conjunto de normas básicas, encaminadas a la consecución efectiva de la justicia, normas de las que derivan los principios básicos que vinculan al juez en la aplicación del derecho.

En el texto constitucional se consagran los principios básicos que vinculan al juez en la aplicación del derecho. La normativa constitucional se proyecta en tres ámbitos: A) las bases de la estructura organizativa de la jurisdicción (v. II), B) las garantías constitucionales y principios básicos de la jurisdicción civil (v. III) y C) la tutela de las garantías constitucionales del proceso (v. IV)¹

Consecuentemente, trataremos los aspectos generales o la quintaesencia de estos tres ámbitos, que serán desarrollados, en relación al Derecho español, por los autores españoles en cada uno de los respectivos temas.

¹) Vid. Esta materia ha sido tratada por parte de nuestra doctrina de modo prolífico, v. la específica y detallada bibliografía citada en cada uno de los temas elaborados por los autores españoles, que aquí introducimos a modo de presentación, indicando los aspectos más básicos que cada uno de los autores desarrollan de forma más exhaustiva. Con todo, he de destacar especialmente en la doctrina procesal española los estudios de CORTES DOMÍNGUEZ, V., “Principios del proceso civil”, en AAVV., Principios constitucionales en el Proceso civil, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 391 y ss. y RAMOS MENDEZ, F., “La influencia de la constitución en el derecho procesal civil”, Justicia, 1982 .pp. 9 y ss.

CAPITULO I

LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA JURISDICCIÓN

En España, la justicia emana del pueblo (art. 1.2 CE) y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE). El ejercicio de la jurisdicción compete a jueces y magistrados con carácter exclusivo (art. 117.3 CE). A ellos corresponde exclusivamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así reza el art. 117 CE: “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes según las normas de competencia y procedimiento que los mismos establezcan (art. 117.3 CE)”²

Los jueces y magistrados no pueden ejercer más funciones que las que tienen asignadas en el texto constitucional y las que sean expresamente atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho. De los daños causados por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de justicia responde el Estado.

²) Destacar, en esta sede, la importante función que desempeña el Ministerio Fiscal. Este tiene la misión de promover, de oficio o a petición de los ciudadanos, la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. Asimismo, tienen la misión de velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (art. 124 CE).

El ejercicio de la jurisdicción, que es única (principio de unidad jurisdiccional) corresponde a una pluralidad de tribunales (art. 117.5 CE), lo que no impide la especialización del orden jurisdiccional (así, por ejemplo, los nuevos juzgados de lo mercantil)³, ni la subsistencia de jurisdicciones especiales como la militar (art. 117.5 CE)⁴ o los tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 CE). Con todo, la norma fundamental establece la exclusión y prohibición de los tribunales de excepción (art. 117.6 CE).

La Constitución no contempla el esquema organizativo de los juzgados y tribunales. Con esa finalidad se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, el artículo 122 CE dispone que “la ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

El órgano jurisdiccional superior es el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE, v. sobre la función del Tribunal Supremo, TRILLO, BACIGALUPO, LUCAS MORILLO (coord.), El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional, Madrid, 2004). Sin perjuicio, de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, los Tribunales superiores de Justicia culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas” (art. 152.1 CE).

El control de la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, así como la protección de derechos y libertades fundamentales corresponde al Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165 CE, desarrollados por la LO 2/1979, de 3 de octubre).

El Tribunal Constitucional que no forma parte propiamente del Poder

3) La especialización de los juzgados de lo mercantil ha sido introducida en nuestro sistema jurisdiccional por la Ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 164, de 10 de julio), art. 86 ter LOPJ.

4) Conforme al art. 117.5 CE, “La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución”.

Judicial es el máximo intérprete de la Constitución y, a través del recurso de amparo, la garantía última en el orden interno de los derechos fundamentales.

El órgano de gobierno del Poder Judicial es el Consejo General del Poder Judicial, regulado por la LOPJ. Esta Ley Orgánica del Poder judicial establece el estatuto (funciones, nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario) y régimen de incompatibilidades de los miembros de la carrera judicial.⁵

5) El Consejo General del Poder Judicial está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo que lo preside y por 20 miembros nombrados por el Rey por un período de 5 años. De éstos doce, entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de los tres quintos de sus miembros entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio en su profesión (art. 122.3 CE).

CAPITULO II

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.

La Constitución española establece las garantías y principios básicos de la actuación jurisdiccional. Con el horizonte de la consecución efectiva de la justicia, los jueces y magistrados están “únicamente sometidos al imperio de la Ley”. La propia Constitución garantiza el principio de legalidad (art. 9.3 CE).

La independencia de los jueces, como últimos garantes del ordenamiento jurídico, tiene, en el Estado social y democrático de Derecho, el límite de sumisión del juez a la Ley.⁶

El juez constitucional es un juez independiente e imparcial, esto es, ajeno a los intereses del litigio, un “juez ordinario predeterminado por la Ley” (art. 24.2 CE). La independencia del juez tiene como límite natural su sumisión a la ley así como la exigencia constitucional de que motive sus resoluciones judiciales (art. 120.3 CE). Es más, la seguridad jurídica a la que aspira la ley fundamental exige de los jueces el valor de la congruen-

⁶ El juez ha de limitarse siempre a aplicar la norma jurídica al caso concreto, colmando las lagunas jurídicas pero no creando derecho, v. RAMOS MENDEZ, op cit., p. 20. La “inteligencia emocional” del juez también está sometida al imperio de la Ley, resultado de la voluntad del pueblo del que emana la justicia.

cia de sus resoluciones. Esta ha de entenderse, en la jurisdicción civil, en atención al principio de aportación de parte, como el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones de forma tal que la sentencia no pueda otorgar más de lo que se hubiere pedido en la demanda ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado ni otorgar otras cosas diferentes que no hubiera sido pretendida.⁷

De ahí que cuando se produce incongruencia, esto es, una desviación de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal se atenta contra el principio de contradicción y, consecuentemente, se vulnera el fundamental derecho de defensa, pues como declara el Tribunal Constitucional, “(...)la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción y sólo en términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede por esto ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena se produzca sin que se la haya dado a las partes la oportunidad de defenderse sobre los nuevos términos en que el tribunal coloca el asunto”.⁸

De otra parte, la seguridad jurídica determina la necesidad de que las sentencias, en un determinado momento, alcancen una naturaleza irrevocable. La sentencia ha de revestir, en un plazo razonable, la fuerza de cosa juzgada.⁹

Los ciudadanos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales competentes en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE). La Constitución española reconoce, en su artículo 24, “verdadero código de derechos fundamentales”, el derecho de todos los ciudadanos a un proceso con todas las garantías: esto es, las garantías acogidas en el texto constitucional, convenios o tratados internacionales y en los cón-

⁷ Sobre la necesaria congruencia, v. STC de 5 mayo 1982 (rec. Amparo 405/81, BOE 18 mayo 1982).

⁸ Así la citada STC 5 mayo 1982.

⁹ Como expresa el profesor RAMOS, “no obstante ser el proceso una sucesión de actos, ésta no es indefinida, sino que tiende a la consecución del derecho en el juicio. Por ello llega un momento en que la res iudicanda se convierte en res iudicata. En ese momento el proceso deviene inmutable y fija definitivamente la posición de las partes respecto al derecho.

gos procesales. Existe, por tanto, un derecho de acceso a la jurisdicción, un derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento, favorable o adverso.¹⁰

Hasta tal punto es así que, acreditándose recursos insuficientes para litigar, se garantiza el acceso a la justicia gratuita (art. 119 CE).

Con el fin de evitar la indefensión, en el proceso ha de garantizarse el cumplimiento de los principios de audiencia y contradicción. El derecho de defensa se consagra en la Constitución y exige el respeto de los dos principios enunciados. Así lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional español: “la Constitución española consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza el derecho de defensa; este refuerzo supone que, con carácter general, no solo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases, cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de la persona ésta deba ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el apartado segundo del citado precepto constitucional (esto es, art. 24 CE)”.¹¹

Es más, conforme al órgano intérprete de la Constitución, el artículo 24 CE contiene un mandato implícito del legislador consistente en promover el principio de defensa, en la medida de lo posible, mediante la contradicción, lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados siempre que ello resulte factible como puede ser cuando sean conocidos e identificados a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente.¹²

Con el fin de hacer efectivo el libre acceso a los tribunales, la constitución consagra el derecho de defensa y asistencia de letrado (art. 24.2 CE). En efecto, el ciudadano tiene derecho a ser representado y defendido, en un proceso público (art. 120 CE), por profesionales designados. Este derecho se reconoce por parte del Tribunal Constitucional, ya en la sentencia

10) V. SSTC 22 abril 1981 (rec. Amparo 89/1980, BOE 21 mayo 1981), 14 julio 1981 (rec. Amparo 61/1981, BOE 20 julio 1981)

11) V. SSTC de 22 abril 1981, BOE 31 mayo 1981.

12) V. STC de 31 marzo 1981, rec. Amparo 107/1980, BOE 14 abril 1981.

de 24 de julio de 1981 (Rec. Amparo 193/1980): “el derecho a la defensa y asistencia de letrado consagrado en el art. 24.2 CE, comporta, de forma esencial, que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación”.¹³

En España, la estructura del proceso civil tiene como base esencial el principio dispositivo. Los ciudadanos tienen libertad de iniciativa del proceso civil (o si se prefiere la expresión, libertad de acción). El principio dispositivo permite a las partes el pleno control sobre los derechos sustantivos y procesales.¹⁴

Así, al margen del efecto jurídico que ello produzca, las partes pueden, a modo de ejemplo, entre otras actuaciones, desistir de la acción ejercitada, comparecer, o no, en el pleito, proponer las pruebas que consideren pertinentes o allanarse a las pretensiones de la parte contraria. Este principio dispositivo tiene como una de sus manifestaciones fundamentales la libertad de aportación de parte, esto es, la libre facultad de aportar los materiales fácticos del proceso: la delimitación del objeto del proceso queda reservada a las partes¹⁵, sin que ello signifique una posición pasiva del juez. Las partes tienen el derecho de alegar en el proceso los hechos que fundan su pretensión y los medios de prueba para acreditarla.¹⁶

En el aforismo *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dame el hecho y yo (juez) te daré el derecho) se condensa con simplicidad el principio de aportación de parte. Mas en este ámbito ha de imperar el principio de igualdad de las partes en controversia, debiendo desterrarse cualquier tipo de discriminación. La tutela judicial efectiva presupone necesariamente la igualdad de las partes.¹⁷

13) Como señala, RAMOS, “El letrado se convierte así en la voz que expresa las aspiraciones jurídicas del ciudadano y traduce a ritual jurídico los intereses que le son confiados”, cit., p. 32.

14) CORTES, cit., p. 393.

15) Así RAMOS, cit., p. 24.

16) CORTES, cit., p. 394.

17) V., entre otras, las SSTC 22 abril 1981 (rec. Amparo 202/1980, BOE 21 mayo 1981, 23 julio 1981, rec. Amparo 46/1981, BOE 13 agosto 1981). Para el Tribunal Constitucional la tutela efectiva exige la igualdad procesal de las partes.

El artículo 24.2 CE reconoce el derecho de las partes a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa.¹⁸

Corresponderá al juzgador el juicio de relevancia y pertinencia de las pruebas 19 en un proceso donde, conforme a nuestra actual regulación, priman la oralidad, inmediatez, concentración y publicidad (v., a dicho efecto, las consideraciones del profesor Joan Picó i Junoy en este curso virtual).

El valor justicia requiere no sólo el cumplimiento de las garantías y principios constitucionales del proceso sino su plena realización. Para ello es imprescindible la existencia de la eficacia del proceso.²⁰

La eficacia del proceso se alcanza cuando existe un acceso real al mismo, un funcionamiento normal y sin dilaciones, un coste económico soportable compatible con la posibilidad de otorgar beneficio de justicia gratuita y un aseguramiento de la ejecución. Esto último persigue el mandato constitucional materializado en el artículo 118 CE: "es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de las jueces y tribunales así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto."²¹

Al hacer referencia a la eficacia no ha de olvidarse la importancia que hay que otorgar al necesario y positivo esfuerzo de conciliación que, en España, los jueces han de desarrollar en el proceso.²²

¹⁸ Para un desarrollo de la cuestión, véase, en este curso, el estudio del profesor y magistrado Xavier ABEL, "La prueba. El Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes. Especial consideración de la iniciativa probatoria de oficio", en, *Constitucionalización del Proceso Civil*.

¹⁹ Dicho juicio de relevancia de las pruebas lo realiza el juez en función de las circunstancias del pleito. La doctrina procesal mayoritaria apuntaba la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controlara la falta de iniciativa probatoria de los tribunales de instancia cuando este hecho provoca indefensión, si bien en los estrechos cauces de las diligencias para mejor proveer (v. antiguos arts. 340 y ss. de la derogada LEC 1881), pues "los jueces deben sopesar si la práctica de alguna de dichas diligencias es o no necesaria para que el derecho de las partes diligentes a la prueba tenga plena efectividad". Con todo, la jurisprudencia obligaba al uso moderado y restrictivo de las diligencias para mejor proveer. En las históricas sentencias de 8 de marzo de 1933 y 15 de junio de 1957, el Tribunal Supremo advertía sobre el abuso de dichas diligencias pues con ellas no podía substituirse la negligencia de algunas de las partes en su obligación de probar los hechos que alegaba, además no podían introducirse hechos nuevos, no alegados o realizados extemporáneamente, v. sobre la cuestión CORTES, cit., p. 394.

²⁰ Así RAMOS, "La eficacia del proceso", *Justicia*, 1982, pp. 97 y ss.

²¹ V. STC 7 junio 1982 (rec. Amparo 234/1980, BOE 28 julio 1982).

²² Sobre la conciliación que tanta importancia tiene en la práctica jurisdiccional española especialmente, pero no exclusivamente, en el derecho de familia, remito al lector al tema desarrollado por la profesora y magistrada Raquel ALAS-TRUEY en este curso de *Constitucionalización del Proceso Civil*

CAPITULO III

LA TUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO

Los medios establecidos por la Constitución española para tutelar las garantías constitucionales del proceso son, de un lado, el recurso de amparo (art. 53.2 CE) y, de otro, la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE). A través de la cuestión de inconstitucionalidad, los jueces y tribunales pueden solicitar un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional sobre la adecuación de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo.²³

El artículo 163 CE recoge este mecanismo jurídico de control, desarrollado pormenorizadamente en los arts. 35 y siguientes de la LOTC. A tenor del precepto citado, cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley que, en ningún caso, serán suspensivos.

La cuestión solo la pueden plantear los jueces una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. El juez debe concretar la ley o norma cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se presume infringido y ha de especificar y motivar en qué medida la resolución depende de la validez de la norma cuestionada (v. con más detalle el tema desarrollado por el profesor y letrado Juan Toscano Ortega).²⁴

²³ V. art. 35 LOTC 2/79, de 3 de octubre.

²⁴ La sentencia que estime la inconstitucionalidad tiene el valor de cosa juzgada y vincula a todos los poderes públicos pero no permite la revisión de sentencias firmes, salvo en el caso de procesos penales y contencioso administrativos referentes a procedimiento sancionador (v. art. 40 LO 2/1979, de 3 de octubre).

PARTE II

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DEL PROCESO CIVIL I

Joan Picó Junoy

Profesor Titular

de Derecho Procesal

Universidad Rovira i Virgili



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Hoy puede afirmarse, sin dudas, que las corrientes del pensamiento jurídico que reducían la Constitución a un mero programa político, están superadas. Ya se concibe la Constitución como algo más que un documento limitado a describir las funciones de los diferentes poderes del Estado y a consagrar una serie de principios sin relevancia práctica.

La corriente predominante es aquella que percibe la Constitución como la norma suprema y provista de eficacia directa. El hecho de ser la norma suprema del ordenamiento jurídico que rige la convivencia social, le impone al juez la obligación de declarar nula y en consecuencia inaplicable las demás normas que entre en contradicción con ella. Mientras que el hecho de que tenga eficacia directa, le impone al juez la obligación de aplicarla, en todos los casos que proceda y momento de decidir un determinado conflicto.

Al lado del pensamiento jurídico referido, aparece, quizás como una consecuencia del mismo, el fenómeno de la constitucionalización de los procesos. Dicho fenómeno consiste en el marcado interés de elevar a rango constitucional los principios más relevantes del proceso. En la medida en que los principios que les sirven de soporte y que estructuran el proceso se constitucionalizan, existen mayor garantía de que los mismos no sean violados y desconocidos por los órganos que tiene la obligación y la responsabilidad de aplicarlos. De igual forma, al reconocerse rango constitucional a un principio del proceso, se le impide al Poder Legislativo dictar normas adjetivas contrarias a dicho principio.

La constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo, probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo porque en ella se decide sobre la libertad de las personas. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil, es un fenómeno relativamente

reciente, ya que el mismo comienza a partir de la II Guerra Mundial.

Con el desarrollo del tema que nos ocupa, “Constitución y Proceso”, pretendemos exponer a grandes rasgos la vinculación que existe entre el proceso civil y la constitución, particularmente haremos hincapié en la teoría sobre la acción y sobre el proceso y en los fundamentos constitucionales de los principios que estructuran el proceso civil. Decimos que trataremos los subtemas indicados a grandes rasgos y si se quiera a modo de introducción, en razón de que corresponde a otros coautores tratar y exponer a profundidad cada uno de los principios del proceso y del procedimiento.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Tras la Segunda Guerra Mundial se produce en Europa, y muy especialmente en aquellos países que tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución aparece así como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra.¹

Y dentro de este orden, la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.²

1) TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, 92p.

2) FIX ZAMUDIO, Hector. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1982, 51p.

En esta línea legislativa, si bien con cierto retraso histórico, la Constitución Española (C.E.) establece en su art. 24 toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, como punto de referencia ineludible de todo el ordenamiento procesal. En concreto, en dicho artículo se establece: "(I) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (II) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia". La relevancia práctica de estos derechos fundamentales se deriva de los efectos que la propia Constitución les atribuye: son de aplicación directa e inmediata, esto es, poseen un alcance jurídico-positivo (arts. 9.1 y 53.1 CE); y su protección se encomienda, en última instancia, al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo (arts. 53.2 y 161.1.b CE).³

Junto a este fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales, en España ha sido fundamental la labor interpretativa del Tribunal Constitucional que, básicamente a través de los recursos de amparo, ha ido perfilando y depurando el exacto alcance de las mismas, y ello ha sido especialmente difícil a la hora de dotar de contenido a expresiones tales como "tutela judicial efectiva", "indefensión" o "proceso con todas las garantías". Así, tales expresiones podrían, según la interpretación que de ellos se diese, resultar meras expresiones retóricas o, por el contrario, mandatos llenos de contenido.⁴

No parece aventurado afirmar que ha sido la jurisprudencia del TC -vinculante por mandato de los arts. 87 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)- la que ha ido llenando de contenido real al art. 24 C.E., y ha conducido a

3) Al respecto, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M^º. Bosch, 1997.

4) GARCÍA MORILLO, José. *La justicia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, XXIV-XXVpp

que la ambigua expresión “tutela judicial efectiva” adquiera un notable protagonismo en la medida en que ha introducido en el sistema procesal español nuevos derechos efectivos de los justiciables, que afectan a materias tan relevantes como el acceso a los tribunales, a obtener una sentencia de fondo, congruente y fundada en derecho, a lograr la efectividad de las resoluciones judiciales, mediante el aseguramiento de una tutela cautelar y ejecutiva, y a asegurar la eficacia de los recursos legalmente previstos.⁵

Al margen del art. 24 C.E., en la Carta Magna existen otros preceptos básicos de contenido procesal, como el art. 120, en el que se reconoce expresamente que las actuaciones judiciales deben ser públicas y predominantemente orales.

En conclusión, como hemos podido indicar, en la C.E. encontramos distintos preceptos en los que, directa o indirectamente, se recogen determinados principios del proceso civil. El presente estudio parte de la distinción entre principios que determinan quién inicia el proceso y fija su objeto; quien lo dirige, tanto respecto a su impulso, como al control de los presupuestos procesales necesarios para dictar sentencia sobre el fondo, y a la aportación de los hechos –secundarios– y su prueba; y, por último, los principios que inciden sobre la forma externa de desarrollarse el proceso.

⁵ Para el estudio de esta jurisprudencia, vid. mi trabajo Las garantías constitucionales del proceso, ob. cit., 39 a 95pp.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.

2.1. | Introducción: alcance y fundamento constitucional.

Los principios que determinan quién inicia el proceso y fija su objeto son el dispositivo y el de oficialidad, y en función de cada uno de ellos el protagonismo lo adquiere los particulares o al Estado, respectivamente.

En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno. Por ello, es común considerar como manifestaciones o notas esenciales de este principio las siguientes:

Primera: el inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte, de acuerdo a los aforismas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*;

Segunda: la determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes;

Tercera: la congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*; y

Cuarta: la finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia.

El fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento, y especialmente, por la C.E en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada -art. 33- y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado -art. 38-. En consecuencia, opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares.⁶

De esta forma, si se transpone la protección constitucional de la propiedad privada al ámbito del proceso, puede encontrarse –aún de forma indirecta- cierta fundamentación constitucional del principio dispositivo. En definitiva, entiendo que el reconocimiento constitucional de la propiedad como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo.⁷⁻⁸

2.2. | El principio dispositivo en el nuevo proceso civil.

Como no podía ser de otro modo, la Ley 1/2000 recoge el mencionado principio en todas sus manifestaciones:

6) El carácter constitucional del principio dispositivo es puesto de relieve, entre otros autores, por ALMAGRO NOSETE, José. "Garantías constitucionales del proceso civil". Justicia, (I): 18, 1981. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. "La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil". Justicia, (I): 23, 1983. GIMENO SENDRA, Vicente (en AAVV). Derecho procesal. Proceso civil. Valencia: Tirant lo blanch, 1993. 302p. BERZOSA FRANCOS, María Victoria. "Principios del proceso", Justicia, (III): 577, 1992.

7) Obviamente, este principio no va a regir los procesos civiles en los que se pretenda la tutela jurisdiccional de un interés público, esto es, se legitime al Ministerio Fiscal para solicitar una determinada pretensión (vid. ORTELLS RAMOS, Manuel. Introducción al Derecho Procesal. Granada: Comares, 1999, 188p; o BERZOSA FRANCOS, María Victoria. ob. cit., 576p.).

8) En esta línea, MONTERO AROCA sostiene que el principio dispositivo debe seguir rigiendo el proceso civil "por lo menos mientras la concepción política general mantenga la distinción entre intereses públicos y privados" (Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Tecnos, 1976. 228p.)

Primera: El inicio del proceso es siempre a instancia de parte. Al igual que la LEC de 1881, el art. 399.1 establece que "el juicio principiará por demanda"; con referencia a las medidas cautelares, el art. 721.2 indica que: "Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio"; y por último, en materia de ejecución, el art. 549 prescribe que "sólo se despachará ejecución a petición de parte".

Segunda: Son las partes quienes delimitan el objeto del proceso. En este sentido, el art. 399.1 indica que en la demanda se expondrán "los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad lo que se pida". De igual modo, el art. 412.1 destaca que: "Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente".

Pese a esta libertad de configuración del objeto litigioso, la nueva LEC indirectamente la limita en su art. 400.1.I, según el cual: "Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior". Éste precepto –como destacó BERZOSA FRANCOS- ¿impone al actor una determinada delimitación del objeto del proceso?⁹

La respuesta debe ser positiva pues esta norma –en relación con el art. 222 LEC- sanciona al actor con la imposibilidad de pretender una segunda sentencia fundada en hechos que no fueron alegados en el primer proceso pero que pudieron serlo, y ello lo efectúa mediante la extensión objetiva de la cosa juzgada de la primera sentencia al segundo proceso. En consecuencia, el art. 400.1.I LEC supone, aunque de forma indirecta, una limitación al principio dispositivo¹⁰ que, para RAMOS MÉNDEZ, funda-

9) Este principio ha estado presente en toda la evolución parlamentaria de la Ley. Al respecto, vid. BERZOSA FRANCOS, María Victoria. "Los principios inspiradores del futuro proceso civil", en Presente y futuro del proceso civil, dirigido por PICÓ I JUNOY, Barcelona: J.M^º. Bosch editor, 1998, 30p.

10) En contra se manifiesta TAPIA FERNÁNDEZ, para quien el art. 400 "no afecta a delimitación del objeto del proceso, sino al efecto de cosa juzgada de la sentencia que se dicte" (El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada. Madrid, La Ley, 2000, 27p.). En mi opinión, si bien es cierto que este precepto no incide directamente sobre el objeto del proceso, si lo ponemos en relación con el art. 222 LEC observamos que, de forma indirecta, si afecta en su configuración. Por ello, DE LA OLIVA emplea el término "objeto virtual" del proceso civil para referirse a "aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en un proceso, pero que, sin embargo, valdrá como objeto de ese proceso o presentará la virtualidad propia del objeto. Esta virtualidad o eficacia se despliega ad extra, es decir, hacia afuera del proceso mismo, cuando se trata de otros procesos y de establecer si su objeto es el mismo o comprende el mismo en un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado" (ob. cit., p. 56)

menta su inconstitucionalidad ya que dicha “norma supone un claro atentado a la libertad de acción consagrado por el art. 24 de la Constitución. Esta no restringe en modo alguno el acceso a los Tribunales en cualquier momento que sea necesario y en cuantos juicios sean pertinentes. El juicio civil se inspira en un criterio de libertad en cuanto a la elección de los hechos que el ciudadano quiere que los Tribunales enjuicien. La Constitución no limita el número de veces que un ciudadano puede acudir a los Tribunales de Justicia. La razonable no reiteración <de lo mismo> se regula técnicamente con la institución de la cosa juzgada. Esta se basa en determinadas identidades, que no permiten suponer que uno <hubiera podido alegar lo que no ha alegado> en un juicio precedente. La mera consideración del elemento temporal para excluir el nuevo juicio por litispendencia o cosa juzgada es pura negación de la tutela efectiva. Aquí no puede haber fisuras, porque en ello va la credibilidad del sistema”¹¹

Tercera: Las sentencias deben ser congruentes con el objeto del proceso. Así, el art. 216 determina que: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”.

Cuarta: Las partes pueden disponer tanto del objeto litigioso como de la continuación del proceso. De manera concluyente, el art. 19 indica que: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo”.

¹¹) Guía para una transición ordenada a la LEC. Barcelona: J.M^º Bosch editor, 2000, 305p.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA DIRECCIÓN DEL PROCESO.

3.1. | Introducción.

La dirección del proceso civil plantea tres cuestiones a resolver, sobre las cuales es posible encontrar diversos principios que los resuelven de forma distinta:

- a) En primer lugar, respecto a su tramitación, debemos preguntarnos quién es el encargado de darle continuidad, y en función de que ello, si se atribuye a las partes, estaremos ante el principio de impulso procesal de parte, y si es al órgano jurisdiccional, ante el principio de impulso procesal de oficio.
- b) En segundo lugar, con referencia al control de los presupuestos procesales necesarios para dictar una sentencia sobre el fondo, debemos analizar si ello se atribuye exclusivamente a las partes, o si se otorga igualmente al órgano jurisdiccional; y si debe permitirse la posibilidad de subsanación previa de los defectos procesales.

c) Y, en tercer lugar, respecto a la aportación de los hechos –secundarios– y la prueba al proceso, si ello se atribuye a las partes, estaremos ante el principio de aportación de parte, si es al órgano jurisdiccional, ante el principio de investigación de oficio, y si se otorga a las partes y, en cierta medida, también al órgano jurisdiccional, ante el principio de aportación de parte “atenuado” o de colaboración.

En estas tres cuestiones, el modo tradicional para resolverlas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue otorgando la iniciativa a las partes. Sin embargo, el fenómeno de publicización del proceso civil, que después expondré, de principios de siglo, empezó a cuestionar este planteamiento, introduciéndose matizaciones y excepciones a la originaria LEC. En esta línea evolutiva, la Constitución de 1978 ha aportado un nuevo marco normativo que incide directamente sobre esta materia, como seguidamente paso a analizar.

3.2. | El principio de impulso procesal de oficio.

Respecto a la tramitación del proceso, la vigencia del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas o a un plazo razonable (art. 24.2 C.E y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, respectivamente), condiciona el tema del sujeto al que debe otorgársele la función de dar continuidad al proceso. Por ello, en todos los ámbitos jurisdiccionales, se opta por el principio de impulso de oficio, atribuyendo al órgano jurisdiccional el control de la conclusión de los distintos actos o etapas del proceso, y la consiguiente continuidad del mismo de acuerdo a lo previsto en las normas de procedimiento.¹²

Así, el art. 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece: “Salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios”; y de igual modo, el art. 179.1 LEC vuelve a reiterar dicha previsión normativa. Sin embargo, ello no obsta para que:

¹² Al respecto, vid. las reflexiones de RIBA TREPAT, Cristina. La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: J.M^º. Bosch editor, 1997, 199 a 207pp.

a) Las partes, si voluntaria y expresamente lo desean, puedan suspender la tramitación del procedimiento, si ello no perjudica al interés general o a terceros. En este sentido, el art. 19.4 LEC permite la suspensión por sesenta días del procedimiento, y el art. 179.2 LEC prevé su archivo provisional si transcurrido dicho plazo ninguna de las partes insta su reanudación (la provisionalidad concluye cuando transcurran los plazos de caducidad procesal del art. 237 LEC).

b) Se establezca un plazo prudencial de tiempo transcurrido el cual deba entenderse que ha desaparecido el interés de las partes en la continuación del proceso. Por ello, el art. 237.1 LEC establece: “Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación”. Como es obvio, estos plazos no pueden entrar en vigor respecto al proceso de ejecución, ya que la actividad ejecutiva debe mantenerse hasta obtener el cumplimiento efectivo de lo juzgado (art. 239 LEC).

3.3. | Los principios de control de los presupuestos procesales de oficio y subsanación de los defectos procesales.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) comporta –según una reiterada jurisprudencia del T.C.– la necesidad de lograr, como regla general, una sentencia sobre el fondo, esto es, que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa¹³

Por ello, el órgano jurisdiccional debe evitar al máximo la frustración que siempre comporta una sentencia absolutoria de la instancia, o dicho en otros términos, debe controlar de oficio, lo antes posible, y de acuerdo a las previsiones legales, la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios para que pueda dictarse una sentencia de fondo. Por este motivo,

¹³ Así, por ejemplo, entre las últimas, vid. la STC 116/2001, de 21 de mayo (f.j. 4^º); y la jurisprudencia citada en esta misma sentencia.

los arts. 414 y ss. de la LEC prevén la audiencia previa, que tiene como una de sus finalidades “examinar las cuestiones procesales que pudieran obstaculizar a la prosecución de éste y a su terminación mediante una sentencia sobre su objeto” (art. 414.1.II LEC). Y estas cuestiones son apreciables de oficio por mandato de los arts. 9 LEC –para la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal-; 73.4 LEC –para la indebida acumulación de acciones-; 416.2 –para la falta de jurisdicción o competencia-; 421 –para la existencia de litispendencia o cosa juzgada; etc.

El principio de control de oficio de los presupuestos procesales debe relacionarse con el de subsanación de los defectos o vicios procesales, que nuestro T.C. entiende recogido implícitamente dentro del derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁴

En función de este principio, los defectos o vicios procesales deben ser subsanables siempre que ello no se deba a una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni la posición jurídica de la otra parte.¹⁵

En todo caso, el juzgador debe efectuar un juicio de proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear (archivo de una demanda, resolución del proceso sin resolver el fondo de la cuestión litigiosa, etc.), es decir, para proceder a la subsanabilidad del defecto procesal, debe tener en cuenta, de un lado, la finalidad que cumple el requisito formal infringido y, de otro, la trascendencia real que el mismo tiene para el proceso.¹⁶

Por ello, ante una eventual inexistencia de un presupuesto procesal, entiendo que debe procederse a su subsanación, siempre que ello sea posible (no lo será, por ejemplo, cuando el tribunal carezca de jurisdicción, o exista litispendencia de otro proceso), en consonancia con lo previsto por el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual: “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela

¹⁴ Vid. sus sentencias 205/2001, de 15 de octubre (f.j. 4^ª); 285/2000, de 27 de noviembre (ff.jj. 4^ª y 5^ª); 193/2000, de 18 de julio (f.j. 2^ª); 108/2000, de 5 de mayo (f.j. 3^ª); entre otras muchas.

¹⁵ Cfr. las SSTC 205/2001, de 15 de octubre (f.j. 4^ª); 285/2000, de 27 de noviembre (f.j. 4^ª); 112/1997, de 3 de junio (f.j. 3^ª); 152/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2^ª); 159/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4^ª); et alii.

¹⁶ En este sentido, vid. las SSTC 205/2001, de 15 de octubre (f.j. 4^ª); o la 285/2000, de 27 de noviembre (f.j. 4^ª); entre las más recientes.

efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”¹⁷

3.4. | El principio de aportación de parte “atenuado” (o de colaboración).

3.4.1. | *Introducción: alcance y fundamento.*

El principio de aportación de parte hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso¹⁸ así como proponer la prueba de tales datos o elementos. La regla *iudex iudicare debet secum dum allegata et probata partium* expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio.¹⁹

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo –que como he indicado posee cierto fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil-, el de aportación de parte no tiene este fundamento constitucional, y sólo posee un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se construye a la voluntad de las partes.²⁰

Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse

¹⁷ De igual modo, este principio de subsanación se encuentra legalmente recogido en el art. 231LEC, que establece: “El Tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley”.

¹⁸ No me refiero a los hechos esenciales que configuran la causa petendi pues éstos, como he indicado, al integrar el objeto del proceso deben ser alegados, necesariamente, por las partes en virtud del principio dispositivo y no del de aportación de parte. De este modo, como indica BERZOSA FRANCOS, “por lo que se refiere a la labor de introducción es necesario distinguir los elementos fácticos esenciales integradores de la causa petendi de aquellos otros que fundamentan o motivan la petición pero que no tienen este carácter de esencialidad. La alegación de los primeros corresponde a las partes en virtud del principio dispositivo ya que estos hechos constituyen junto al “petitum” el objeto de proceso. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación de la demanda o, en su caso, de la desestimación, si nos situamos en la perspectiva del demandado, aún correspondiendo también a las partes, encuentra su fundamento en el principio de aportación” (“Principios del proceso”, ob. cit., pp 597-598). Para un estudio exhaustivo de este tema, vid. BERZOSA FRANCOS, María Victoria. Demanda, causa petendi y objeto del proceso. Córdoba: El Almendro, 1984.

con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así -como indica SATTÁ- mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez.²¹

La ideología social, emergente en el presente siglo, lleva consigo en Europa el fenómeno de la “socialización” del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

Una de las consecuencias más relevantes de la “publicización” o socialización del proceso civil se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al

19) Respecto de esta máxima, conviene recordar que, contrariamente a lo que mantiene LIEBMAN (“Fundamento del principio dispositivo”, *Rivista di diritto processuale*, 551p, nota 1, 1960), no estamos en presencia de una máxima recogida en el *ius commune* medieval, pues tanto los glosadores (GUILLERMO DURANTE, ACCURSIO y AZÓN) como los decretistas (RAIMUNDO DE PEÑAFORT) así como también, cerca de un siglo después, los comentaristas (BARTOLO DE SAXOFERRATO y ALBERICO DE ROSATE) se limitaron, única y simplemente, a destacar el ámbito cognoscitivo sobre el cual debía el juez formar su convicción, a saber, todo lo alegado y probado en el proceso, sin hacer referencia, en ningún momento, a si la prueba debía ser aportada por las partes o podía ser introducida por el juzgador. En consecuencia, esta regla carece de la tradición jurídico-histórica que el mencionado autor pretende otorgarle, ya que del estudio de los autores del *ius commune* medieval tan sólo se deriva, correctamente, la máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, o dicho de otro modo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*, et non secundum conscientiam (para una exposición más detenida del tema me remito a mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M^a Bosch, 1996, 216-217p.)

20) Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte, vid. mi estudio *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., 217-218p

21) SATTÁ, Salvatore., y PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*, Padova: CEDAM (11ª edición), 1992, 188p

concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, la mayoría de las legislaciones procesales europeas posteriores a la mencionada etapa de ideología liberal acogen estos postulados socializados del proceso, y limitan el alcance del principio de aportación de parte a favor del denominado “principio de colaboración”²² en función del cual se atribuye a los jueces y tribunales, con distintos matices, importantes iniciativas probatorias (tal es el caso de la *Zivilprozessordnung alemana*.²³ el *Codice di Procedura Civile italiano*²⁴ el *Code de Procédure Civile francés*²⁵ el Código Judicial belga.²⁶ Los diferentes Códigos Procesales del Estado suizo.²⁷ el Código de *Processo Civil portugués*²⁸, o la nueva normativa procesal británica.²⁹

En España, la vigencia de nuestra decimonónica LEC, inspirada en los postulados liberales propios del siglo pasado, impidió acoger gran parte de las orientaciones “socializadoras” del proceso civil, por lo que se negó toda iniciativa probatoria al juez -a excepción de las denominadas “diligencias para mejor proveer”³⁰ -fundamentándose en argumentos de muy diversa índole, tales como el carácter privado del objeto litigioso, la existencia del interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones, la incompatibilidad de dicha iniciativa probatoria con el derecho a la prueba de las partes, la protección de la institución de la carga de la prueba, y la salvaguarda de la necesaria impar-

22) Vid. GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di diritto processuale*, 602 pp, 1966.

23) En la *Zivilprozessordnung* alemana se establece cierta iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional. Así, los §§ 139, 141, 273.II.3 y 448 le permiten disponer la comparecencia de alguna de las partes al objeto de interrogarlas; los §§ 144 y 287.I facultan al tribunal para que pueda decretar las pruebas de reconocimiento judicial y la pericial; y los §§ 142, 143 y 273.II.1 y 2 la prueba documental, requiriendo la aportación de documentos a las partes, o a las autoridades o funcionarios la comunicación de documentos o informes oficiales (de igual modo, vid. los §§ 45, 47 y 102 del *Handelsgesetzbuch* [Código de Comercio alemán])

24) Con referencia a los poderes del juez italiano en materia probatoria, podemos destacar los siguientes artículos del *Codice di Procedura Civile*: 61 (consulte técnico o perito); 117 en relación con el 116.II (interrogatorio de las partes); 118.I y II y 714 (reconocimiento judicial o inspección de cosas o personas); 213 (solicitud de documentos e información a la Administración Pública); 240 y 241 (juramento supletorio de las partes); 257 (testifical de personas que hayan sido nombradas durante la práctica de otra prueba testifical); y 312 (testifical de personas que aparezcan en los escritos de alegaciones de las partes y que a juicio del juez puedan conocer la verdad). Igualmente, aparece esta iniciativa probatoria en el *Codice Civile*: arts. 155 VII, 2711, 2727, 2736.2, entre otros.

25) En Francia, la reforma de 1975 del *Code de Procédure Civile* ha generalizado los poderes del juez para disponer, ex officio, todos los medios de prueba relevantes para la decisión del litigio. Así, destaca el art. 10, según el cual: “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles”; el art. 143, que indica: “Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible”; y el art. 144, en cuya virtud: “Les mesures d’instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d’éléments suffisants pour statuer”

26) Con referencia al ordenamiento belga, la Ley de 3 de agosto de 1992, que entró en vigor el 1 de enero de 1993, modificó el Código Judicial Belga, y reforzó ampliamente los poderes del juez en la dirección del proceso civil, permitiéndole decretar ex officio la prueba testifical (art. 916), la pericial (art. 962), la confesión judicial (art. 992) y la documental (art. 877)

cialidad del juzgador; argumentos todos ellos que serán objeto de valoración crítica con posterioridad.

Como es obvio, la iniciativa probatoria del juez civil no puede ser ilimitada pues puede entrar en conflicto con derechos o principios que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar³¹, dicha iniciativa tiene tres relevantes límites:

Primero.- La prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.

Segundo.- Es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes.

27) En Suiza, HABSCHEID, tras destacar la norma general de la iniciativa privada de los litigantes en orden a la proposición de pruebas, advierte: “A cette règle classique, le droit moderne a apporté des atténuations: il existe beaucoup de lois procédurales qui admettent que le juge n'est pas lié par les offres des parties et qu'il peut faire administrer les preuves qu'il estime utiles à la recherche de la vérité. Cf. art. 37 LPCF; Zurich art. 166 CPC; Berne art. 197, 214 CPC; Zoug art. 53 CPC; Fribourg art. 200 CPC; Saint-Gall art. 179 CPC; Valais art. 171 CPC; Neuchâtel art. 69 CPC; Genève art. 171 LPC. D'autres lois reconnaissent à tout le moins au juge le pouvoir de faire procéder d'office à une expertise ou à une inspection oculaire [cf. p. ex. Vaud art. 170 al. 2 CPC]” (Droit Judiciaire Privé Suisse. Genève: Librairie de L'Université, Georg & Cia. S.A., 1975, 391p.)

28) En el ordenamiento portugués, el art. 264.3 del Código de Processo Civil de 1961 recoge, de igual modo, estos amplios poderes de dirección del juez, indicando: “O juiz o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento de verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”; y su art. 645.1º dispone: “Quando se reconheça, pela inquirição, que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a decisão da causa, pode o tribunal ordenar que seja notificada para depor”.

29) Las nuevas normas procesales civiles de Inglaterra, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999 (las Civil Procedure Rules), modifican la tradición del adversary system, que reservaba a las partes la iniciativa en materia probatoria, e introducen ciertas actuaciones probatorias del juez ex officio, muy especialmente en la prueba pericial, permitiendo al tribunal nombrar expertos para que le asistan en la resolución de la causa (rule 35.3).

30) Cuyo fundamento y alcance han sido desvirtuados por la doctrina del Tribunal Supremo, tal como analizo en mi estudio “Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser”. Justicia, (3-4): 629-640p, 1998.

31) “La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites”. Revista del Poder Judicial, (51): 294-295, 1998; y El derecho a la prueba en el proceso civil. ob. cit., 267-271pp.

Tercero.- Finalmente, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental.

De manera esquemática, los límites de una eventual iniciativa probatoria del juzgador civil y los objetivos que con los mismos se pretenden proteger son los siguientes:

Objeto a proteger	Límite de la actividad probatorio <i>ex officio iudicis</i>
Principios dispositivo	Imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes
Imparcialidad judicial	Imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso
Derecho a la defensa	Necesidad de permitir la contradicción de las partes, proponiendo nuevas pruebas y participando en la práctica de toda la actividad probatoria

En definitiva, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional: el primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.

Esta formulación atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La “justicia”, como valor superior del ordenamiento jurídico representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de

quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. KELSEN concluye su ensayo ¿Qué es Justicia?³² formulando su concepción de la “Justicia” con estas palabras: “la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”. En esta búsqueda de la “verdad” dentro del proceso -“verdad” mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra su justificación la iniciativa probatoria al juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada “justicia”, pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de “justicia de la decisión judicial”³³, ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además –como advierte el citado autor³⁴ - todo ello es compatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.2 el derecho fundamental de toda per-

³² Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra ¿Qué es Justicia?. Barcelona: Ariel, 1991. 35-63p.).

³³ TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992. 43p.

³⁴ TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. ob. cit., 44p.

sona a obtener una *efectiva* tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia.

En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales puedan otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

3.4.2. | *El principio de aportación de parte en el nuevo proceso civil.*

La alegación de toda la realidad fáctica discutida en el proceso se atribuye en exclusividad a los litigantes, por lo que el principio de aportación de parte rige aquí en toda su extensión. Así, de manera concluyente el art. 216 LEC destaca que: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos [...] de las partes”.

De igual modo, en materia de introducción del material probatorio, la LEC opta por el principio de aportación de parte, si bien existen excepciones que provocan su atenuación. La formulación general del citado principio se encuentra en el citado art. 216, según el cual: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”; y en el art. 282 *ab initio*, al indicar que: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte”.

Su atenuación se establece rápidamente, y con carácter general, en el propio art. 282, segundo inciso, al indicar: “Sin embargo, el tribunal podrá

acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

En la LEC encontrados distintos supuestos de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*: en primer lugar, para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el art. 752.1.II establece: “Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

En segundo lugar, la LEC también prevé determinadas materias respecto de las cuales otorga iniciativa probatoria al juez, como sucede con el derecho extranjero (art. 281.2 in fine), así como ciertas actividades probatorias que pueden acordarse de oficio, como por ejemplo, el careo entre testigos y entre éstos y las partes (373.1 y 2), o la llamada al juicio de la persona que ha efectuado el “informe” escrito previsto en el art. 381.1 (art. 381.3)

En tercer lugar, a través de las “diligencias finales” se permite al juez que, dentro del plazo para dictar sentencia, pueda ordenar la práctica de actividad probatoria, si bien ello lo condiciona el art. 435.2.I a la concurrencia de cuatro requisitos: a) debe versar sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; b) deben haber actos de prueba anteriores que no hayan dado resultado conducentes; c) el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y d) han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos. De esta forma, las tradicionales “diligencias para mejor proveer”, al margen de cambiar de nombre, pasan a adquirir el alcance limitado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuía a tales diligencias.³⁵

Finalmente, la nueva LEC introduce una norma novedosa que plantea el interrogante de si recoge una mera advertencia del tribunal a las partes o

35) Sobre este particular, vid. mi trabajo “Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser”, ob. cit., 629 a 640pp.

permite una limitada iniciativa probatoria. Me refiero al art. 429.1.II y III, según el cual:

“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios, cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Debido a la complejidad que presenta esta norma, voy a analizarla por separado en el epígrafe siguiente.

3.4.3. | *El art. 429.1.II LEC y la iniciativa probatoria del juez civil.*

3.4.3.1. | *Estado de la cuestión en la doctrina posterior a la LEC 1/2000.*

La mayoría de la doctrina española que ha analizado el art. 429 LEC sostiene que en él no se recoge ninguna iniciativa probatoria del juez, sino tan sólo la posibilidad de que éste, ante una eventual insuficiencia probatoria, indique, aconseje o advierta a las partes los hechos afectados por dicha insuficiencia y la prueba que resulta conveniente para acreditar tales hechos, sin que esta advertencia suponga una iniciativa probatoria, destacando incluso que lo contrario supondría un retroceso respecto de los países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, MONTERO AROCA³⁶ afirma que la nueva LEC “ha aumentado las facultades del tribunal en materia probatoria (por ejemplo, en los arts. 282 y 429.1.II) y lo ha ido a

36) Derecho Jurisdiccional, T.II, ob. cit., 255p.

37) El documento que analizo es el Preliminary Draft nº.2, de 17 de marzo de 2000, publicado por el American Law Institute (puede consultarse en Internet: www.ali.org/ali/transrules.htm).

hacer cuando la llamada “publicización” del proceso está en franca retirada en todo el mundo. Frente a lo que la doctrina sostenía hace unas décadas, hoy se está admitiendo que en este proceso no deben aumentarse las facultades del juez”.

Antes de exponer mi opinión personal sobre el alcance del art. 429.1.II LEC, debo advertir que no es cierto que la atribución de iniciativa probatoria ex officio iudicis suponga un retroceso histórico, si no todo lo contrario, nos acerca a las tendencias más modernas del derecho procesal civil, y para ello sólo voy a destacar dos textos que afectan a una multiplicidad de Estados: el primero, son las Transnational Rules of Civil Procedure³⁷ del año 2000, efectuadas por el American Law Institute -en cooperación con la UNIDROIT- en las que se prevé que el juez tendrá iniciativa probatoria respecto de las pruebas testifical y de confesión, documental y pericial. También se reconoce esta iniciativa probatoria en el “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” que, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado en 1988 tras un largo período de reflexión en el que han intervenido un gran número de procesalistas sudamericanos, españoles e italianos. Este Texto -que ha sido acogido en nuevos Códigos procesales civiles iberoamericanos y ha inspirados múltiples reformas normativas- establece en su art. 33. 4º y 5º: “El Tribunal está facultado: [...] 4º) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5º) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”. Además, al margen de estos dos textos procesales, como he tenido ocasión de indicar, la iniciativa probatoria del juez también se encuentra reconocida en la mayoría de los Estados europeos (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Portugal, etc.).

3.4.3.2. | *Opinión personal.*

A mi entender, la literalidad del art. 429.1.II LEC permite otra lectura de la norma, en función de la cual se atribuya cierta iniciativa probatoria al juez. Como tuve ocasión de analizar en otros estudios³⁸, en el actual Estado

Social y de Derecho, en el que la “Justicia” se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe estar comprometido en la justa composición de los litigios, esto es, no puede configurarse como un sujeto inerte, pasivo, sin ningún tipo de iniciativa probatoria. Nuestra Constitución, en su art. 24, recoge el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales determinará el derecho. Por ello, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. En conclusión, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, debe efectuarse una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces y magistrados los mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, entiendo que el art. 429.1.II LEC no sólo permite al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de “señalar” –que no advertir- la prueba cuya práctica considere necesaria. Esta norma -a diferencia de lo que sucede cuando se refiere a los “hechos” que pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, donde expresamente sólo se permite al juez efectuar una mera “manifestación” de tales hechos- en materia probatoria se le permite “señalar”, esto es, determinar o designar, la prueba cuya práctica considere conveniente, por lo que si estima que es necesaria deberá lógicamente practicarla.

Como es obvio, y así lo he indicado con anterioridad, la iniciativa probatoria ex officio iudicis no puede ser ilimitada, y por ello son del todo correcto los tres límites que al respecto establece el art. 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes; en segundo lugar, la 3939

³⁸) Me refiero a mis trabajos El derecho a la prueba en el proceso civil, ob. cit., 207 a 281pp; y “La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites”, ob. cit., 269 a 302pp.

imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso; y finalmente, en tercer lugar, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de las partes, por lo que se les permiten completar o modificar sus proposiciones probatorias.

Reconozco que se trata de una interpretación literal de la norma, fundada en una argumentación constitucional, que limita la eficacia del principio de aportación de parte más allá de lo que quiso el legislador. Pero en todo caso, esta interpretación, que tiende a garantizar la plena eficacia de la tutela judicial, evita las diversas críticas que pueden formularse a la iniciativa probatoria del juez: no supone una quiebra del principio dispositivo, alma mater del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso; soslaya la eventual pérdida de la imparcialidad del juez, pues éste al llevar a cabo su iniciativa probatoria no está efectuando una actividad inquisitiva, de investigación o averiguación de hechos no alegados por los litigantes, que podría poner en duda su debida imparcialidad, sino una actividad de verificación de los mismos; y garantiza plenamente el derecho de defensa de las partes. Además, permite que la prueba cumpla su función, pues si ésta tiene por finalidad lograr el convencimiento del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el proceso, resulta contradictorio sostener que la prueba es una actividad que exclusiva y excluyentemente interesa a las partes, y prohibir en consecuencia al juez practicar por propia iniciativa el medio probatorio que considere necesario para alcanzar su debida convicción, y en este sentido es como entiendo puede interpretarse el art. 429.1.II LEC.

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, probablemente resultará estéril discutir si el art. 429.1.II LEC recoge una mera advertencia o una verdadera iniciativa judicial, pues de producirse la manifestación del tribunal será difícil que las partes la obvien, muy especialmente aquella que intuya que podrá verse perjudicada por la insuficiencia probatoria indicada por el tribunal.

Por último, debo efectuar una reflexión respecto del momento procesal en el que puede ejercitarse la citada iniciativa probatoria, esto es, en la audiencia previa, tras la proposición de pruebas por las partes. Algún

autor critica esta opción por entender que ese no es el momento idóneo por cuanto ni el juez conoce bien el proceso ni puede adivinarse el resultado de las pruebas propuestas, y además la necesidad probatoria el juez sólo puede advertirla cuando tiene que pronunciar su fallo. Por este motivo, las diligencias probatorias para mejor proveer, previstas en el art. 340 de la LEC de 1881, se permiten justo antes de dictar sentencia. Sin embargo, en mi opinión, existen dos motivos por los que entiendo correcta la solución del art. 429.1.II LEC: en primer lugar, porque en la audiencia previa el juez ya tiene un pleno conocimiento del objeto litigioso hasta el extremo que el art. 426.6 LEC le permite “requerir a las partes que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación”, por lo que se encuentra en condiciones de saber qué hechos deben ser probados; y en segundo lugar, porque es en la audiencia previa cuando se efectúa la proposición de toda la prueba, por lo que relegar la iniciativa probatoria del juez a un momento posterior podría dilatar innecesariamente la duración de nuestros procesos, máxime cuando -como reiteradamente indica nuestro Tribunal Supremo respecto de las diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881- éstas no tenían un plazo preclusivo para su práctica.

3.4.3.3. | *Reflexiones críticas sobre los argumentos contrarios a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil.*

Una vez admitida la posibilidad de que el juez pueda tener cierta iniciativa probatoria, deben analizarse críticamente las distintas objeciones que la doctrina realiza a esta posibilidad.

Primera: El interés privado discutido en el proceso civil

Algunos autores suelen argumentar la imposibilidad de atribuir iniciativa probatoria del juez civil debido a la naturaleza privada del interés discutido en el proceso civil, esto es, a la idea de que las partes deben ser libres en su disposición.

Este tipo de razonamiento se sustenta en la tesis ya completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, en favor de una visión “publicista” del proceso, que le concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función³⁹

Segunda: El interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones

Se trata de una objeción de índole práctica, que se fundamenta en el hecho de que los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos pueden conocer las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones.

La inconsistencia de este razonamiento lo puso oportunamente de relieve GUASP, al destacar que el mismo “no demuestra por qué además de las partes no puede el Juez desarrollar una actividad en el mismo sentido”.⁴⁰ Ciertamente, el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no explica que se omita o excluya de esta actividad al juzgador.

Tercera: La incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez

Este argumento se sustenta en la idea de que los únicos sujetos que pueden aportar pruebas al proceso son las partes, ya que a ellas les atribuye el ordenamiento jurídico un derecho a la prueba, y en consecuencia,

³⁹ Al respecto, vid. per omnia CARNACINI, Tito. “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”. Studi in onore di Enrico Redenti., Milano: Giuffrè, (vol. II), 1951. 695pp.

⁴⁰ GUASP, Jaime. Juez y hechos en el proceso civil. Barcelona: Bosch, 1943: 104p. (nota 1).

es necesario evitar que el juez pueda interponerse en el ejercicio de este derecho. La existencia del mismo a favor de las partes aparece en contradicción con la idea de que el juez pueda aportar, de igual modo, pruebas al proceso.

Esta razón es ciertamente censurable. El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso⁴¹, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer ex officio actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación ex officio del juzgador se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes. Esta situación no aparece recogida en el nuevo art. 429.1.II LEC –que sólo utiliza el término “podrá”- así como tampoco en ningún ordenamiento procesal civil de nuestro entorno jurídico-cultural, en el que se configura la mencionada iniciativa probatoria de los jueces y tribunales como una facultad y nunca como un deber.

Cuarta: La destrucción de la carga de la prueba

El otorgamiento de iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional debe afrontar otra crítica consistente en la pretendida destrucción de la institución de la carga de la prueba. De este modo, se afirma que el juez probará la existencia o inexistencia de hechos que, en virtud del onus probandi, correspondería probar a una de las partes.

Este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, pues como es sabido, las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia. Debido a que en nuestro ordenamiento no es posible el non liquet, al imponer los arts. 1.7 CC y 11.3 LOPJ el deber inexcusable a los jueces y tribunales de resolver las cuestiones discutidas en el proceso, el

⁴¹ Al respecto, vid. mi trabajo El derecho a la prueba en el proceso civil, ob. cit., 21pp.

onus probandi se configura como aquella institución que permite al juzgador fallar o decidir en los casos en que se encuentra ante “hechos inciertos”, es decir, insuficientemente probados.⁴²

Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plena eficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de tales hechos. Por ello, correctamente, el art. 217.1 LEC establece que el onus probandi debe tomarse en consideración: “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión”. En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos.

Para concluir, debo advertir que la eventual, facultativa y limitada iniciativa probatoria que se atribuye al juez en el art. 429.1.II LEC, no debe hacernos pensar que provocará en las partes el desinterés en proporcionar elementos probatorios ya que, como he indicado, dicha posibilidad no excluye que el órgano jurisdiccional, al realizar el juicio fáctico de la sentencia, acuda a las reglas del onus probandi.

Quinta: La vulneración de la debida imparcialidad judicial

El argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar prejuzgando su decisión final. Así, para un considerable sector de la doctri-

⁴² Así, cfr. MICHELI, G.A., L'onere della prova, Edit. CEDAM, Padova, 1942, pp. 215-216 (y también las pp. 13, 95 y ss., 104, 137 y 213); VERDE, G., L'onere della prova nel processo civile, Edit. Jovene Editore, Napoli, 1974, pp. 21 y ss, 57 y ss., 112 y 135; id.: Prova (dir. proc. civ.), en “Enciclopedia del diritto”, T. XXXVII, Edit. Giuffrè, Milano, 1988, pp. 622 y 626; ANDRIOLI, V., Prova (in genere), en “Nuovo Digesto Italiano”, T.XVII, Edit. UTET, Torino, 1939, pág. 826; CARNE-LUTTI, F., Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione, “Rivista di diritto processuale”, 1929, I, p. 35; SERRA DOMÍNGUEZ, M., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVI, vol 2º, 2ª ed., Edit. EDESA, Madrid, 1991, p. 54; MUÑOZ SABATÉ, L., Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, 4ª edic., Edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 48; EISNER, La prueba en el proceso civil, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 54 y 55; o MORELLO, A.M., La prueba. Tendencias modernas, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 56.

na, la protección de la imparcialidad del órgano jurisdiccional se configura como el único y serio fundamento que justifica su actitud estática en orden a practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes. La necesidad de separar las funciones de investigar y juzgar, en aras a garantizar la imparcialidad del juzgador, ya fue destacada por CHIOVENDA, afirmando que “las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes”⁴³

Acerca de esta eventual pérdida de la imparcialidad judicial, debo efectuar diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de esta objeción, y nos conducirán a defender que no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador:

a) *En primer lugar* el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna. Así, por ejemplo, si ordena la prueba pericial, no conoce cual va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical desconoce la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria, únicamente, puede encontrarse en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil del proceso en aras a lograr una igualdad sustancial o real de las litigantes pues, en mi opinión, no es ésta una función que le corresponda desempeñar.

⁴³ Principii ...ob. cit., p. 729; e id.: Identificazione delle azione. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium», en “Saggi di Diritto Processuale Civile”, vol. I, Edit. Giuffrè, Milano, 1993, p. 176. En términos muy similares se manifiesta LIEBMAN, para quien la necesaria imparcialidad del juzgador se configura como la razón nuclear de la imposibilidad de practicar pruebas ex officio, manifestando que “la decisione sull'azione e sull'eccezione implica una decisione sui fatti controversi e perciò sulle prove che li riguardano ed è proprio diretta a preservare l'imparzialità di questa decisione la regola che esclude l'iniziativa del giudice nella ricerca di quelle prove” (Fondamento del principio dispositivo, ob. cit., p. 562). De gual modo, este autor destaca la “incompatibilità psicologica tra l'agire e il giudicare e l'opportunità psicologica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirlo di poteri di iniziativa piú confacenti alla funzione della parte o del difensore” (Manuale di diritto processuale civile, T.II, 4ª ed., Edit. Giuffrè, Milano, 1984, pp. 84-85).

b) *En segundo lugar*, postular la protección de la imparcialidad, como fundamento de la inactividad probatoria del juzgador civil, y otorgar a la vez dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente del penal y contencioso-administrativo, significa reconocer y legitimar que estos jueces y tribunales puedan ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión ésta por nadie compartida. Este razonamiento puede extenderse igualmente al juez civil que deben resolver los denominados “procesos civiles no dispositivos”, respecto del cual el art. 752.1.II LEC le atribuye la posibilidad de “decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes”.

c) *En tercer lugar*, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar una prueba, o de hacer preguntas a los litigantes o testigos. Entiendo que la imparcialidad del juzgador puede perderse de igual modo si, en la práctica del interrogatorio de las partes o de los testigos, o en la prueba pericial, formula preguntas o requiere explicaciones al interrogado o al perito en virtud de los arts. 306.1.II, 347.2 y 372.2 LEC.

d) *En cuarto lugar*, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la pre-disposición -aún inconsciente- del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados ex officio. Si bien ello excepcionalmente es posible, entiendo que la solución a este temor viene dada por la vía de los recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba.

e) *Finalmente, en quinto lugar*, también se ha objetado el peligro del eventual uso abusivo que el juzgador puede efectuar de sus facultades probatorias. A mi entender, la citada atribución limitada de poderes al juez civil soslaya este peligro, y en cualquier caso, de existir un ejercicio arbitrario o extralimitado de tales poderes, dicha actuación deberá ser corregida a través de los oportunos recursos. Por otro lado, esta actuación abusiva del juzgador no deja de ser un supuesto excepcional y, como tal, no constituye motivo o razón suficiente para impedir su iniciativa probatoria.

Afortunadamente, nuestro Tribunal Constitucional también considera que la atribución de iniciativa probatoria al juez no supone una quiebra de su debida imparcialidad. Así, en su reciente sentencia 188/2000, de 10 de julio (f.j. 3º) destaca que: “no se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral –por tanto, con plena garantía de contradicción- con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aún indiciaria, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del Juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta [...]. Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la causación de indefensión alguna, ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio, puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola”. La rotundidad con que se expresa esta sentencia no deja lugar a dudas sobre la constitucionalidad de toda norma que otorgue iniciativa probatoria ex officio iudicis dentro de los límites anteriormente descritos.

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO: EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS-CONSECUENCIA (INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN Y PUBLICIDAD).

4.1. | El principio de oralidad y su fundamento constitucional.

La C.E. ha optado decididamente por el principio de oralidad, y así art. 120.2 establece que “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. La estricta literalidad de esta norma constitucional nos conduce a dos evidentes conclusiones:

- a) Los procedimientos penales necesariamente deben regirse por el principio de oralidad; y
- b) En los procedimientos civiles debe preponderar la forma oral. En consecuencia, si bien es posible que algunas de sus etapas sea escrita, la oralidad debe estar presente –preponderar- en aquellas básicas para la defensa de las partes que, normalmente, son la fase de audiencia posterior a los escritos iniciales de las partes y la probatoria.

La LEC 1/2000, como no podía ser de otro modo, también ha optado con claridad por regular procedimientos inspirados por el principio de oralidad y sus principios-consecuencias: el de inmediatez, el de concentra-

ción y el de publicidad. Para ello, formula una regulación de los procedimientos utilizando la técnica de las audiencias, en las que se materializa dicha oralidad. En concreto, en el procedimiento ordinario se producen por lo menos dos: la audiencia previa que, con carácter obligatorio, prevé el art. 414 y ss. LEC, con cuatro claras finalidades, a saber, la conciliadora –al inicio y al final del acto-, la subsanadora de defectos procesales, la delimitadora de las cuestiones litigiosas, y la probatoria, proponiéndose y admitiéndose las pruebas que se practicarán en la segunda audiencia, denominada “juicio”. En ésta tiene lugar la realización de todas las pruebas, y, evidentemente, la oralidad se concreta en las pruebas personales, esto es, aquellas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, pues su intervención en el proceso se hace, como regla general, a través del mecanismo de la palabra hablada (así, tanto para el interrogatorio de las partes como la prueba testifical, los arts. 302.1 y 368.1, respectivamente, establecen que las preguntas se formularán oralmente).

No obstante, existen algunas excepciones a este principio, tal como el carácter escrito del interrogatorio al Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u otro organismo público, en cuyo caso su declaración se efectúa por escrito (art. 315.1). Otra relevante excepción al principio de oralidad se produce en materia de recursos pues, tanto en el de apelación como en los extraordinarios por infracción procesal y casación, sólo se permite la oralidad en el supuesto de celebrarse una vista (arts. 464, 475 y 486, respectivamente).

Para que la oralidad despliegue toda su eficacia es necesario que tenga lugar en presencia judicial –principio de inmediatez-, y que ello se produzca de la forma más concentrada posible en el tiempo –principio de concentración-. Y para garantizar su vigencia, debe permitirse que cualquier persona pueda verificar realmente su aplicación –principio de publicidad-.

4.2. | Los principios consecuencia de la oralidad.

4.2.1. | *El principio de inmediación y su doble alcance.*

El principio de inmediación puede configurarse desde una doble perspectiva: en primer lugar, exigiendo que la oralidad se produzca en presencia física del juez; y, en segundo lugar, que este mismo juez sea quien va a dictar sentencia.

Ambas manifestaciones del principio de inmediación aparecen recogidas en la LEC 1/2000:

a) La primera manifestación se recoge en el art. 137 LEC, según el cual: “1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”. De igual modo, el art. 289.2 indica: “Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales”.

La infracción del principio de inmediación se castiga con la máxima sanción procesal: la “nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones” (art. 137.3).

Pese a la bondad de estas normas, para la plena vigencia y aplicación del principio de inmediación es del todo necesario tener una amplia estructura judicial, con el oportuno número de jueces civiles, pues, de lo contra-

rio, el debido respeto a este principio nos conducirá a la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, esto es, a ser enjuiciado dentro de un plazo razonable.

b) La segunda manifestación del principio de inmediación, consistente es que sea el mismo Juez que ha presenciado los actos orales quien dicte sentencia, se recoge en el art. 194, que ordena dictar dicha resolución a los jueces y magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales; así como en el art. 200 que establece la repetición del juicio para cuando el Juez ante quien se celebró no puede por diversas razones dictar la sentencia.

4.2.2. | *El principio de concentración.*

El principio de concentración –que en relación a la actividad probatoria comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado- se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el art. 291 LEC que establece la celebración de un “juicio o vista” para la práctica de toda la prueba en unidad de acto. Para garantizar la eficacia de este principio, la LEC prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del juicio, si bien condicionada a que se celebre en todo caso antes de su celebración (art. 290.II); y por otro, la necesidad de repetir el juicio cuando éste se haya paralizado durante más de veinte días (art. 193.3).

4.2.3. | *El principio de publicidad.*

Finalmente, el principio de publicidad aparece recogido en dos normas constitucionales: el art. 24.2, según el cual todas las personas “tienen derecho [...] a un proceso público”; y el art. 120.1, que establece que: “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”.

La vigencia de este principio implica que los juicios puedan ser conocidos más allá del círculo de las personas presentes en los mismos, pudiendo tener así una proyección general en la sociedad. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitida a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc. están en la imposibilidad de hacerlo, como ya indicó la sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982, de 1 de junio (f.j. 4º).

En consecuencia, el principio de publicidad, tal como destaca el TC, tiene una doble finalidad: garantizar plenamente la aplicación real del principio de oralidad, constitucionalizado en el art. 120.3 CE; y proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, manteniendo así la confianza de la comunidad en el buen hacer de los tribunales de justicia (cfr. su sentencia 96/1987, de 10 de junio, f.j. 2º).

La LEC 1/2000, como no podía ser de otro modo, recoge plenamente este principio de publicidad, y así lo prevé, con carácter general, en su art. 138.1, según el cual: “Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”. De igual modo, el art. 289.1 establece: “Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevase a efecto en la sede del tribunal”.

Por último, debe indicarse que no se desvirtúa la vigencia del principio de publicidad por el hecho de que, excepcionalmente, pueda decretarse que las actuaciones se celebren a puerta cerrada. Así lo permite ya el citado art. 120.1 CE., que remite expresamente a la Ley la posibilidad de limitar el mencionado principio, ya que no estamos en presencia de un derecho absoluto (cfr. STC 65/1992, de 29 de abril, f.j. 2º; 96/1987, de 10 de junio, f.j. 2º; o la 30/1986, de 20 de febrero, f.j. 5º). Es por ello que el secreto de las actuaciones aparece en el art. 138.2 LEC, para cuando ello “sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de

otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. En todo caso, en la medida en que estamos ante límites de un derecho fundamental, la resolución judicial que restrinja su ejercicio deberá estar motivada, de forma tal que la razón determinantes de la decisión pueda ser conocida por el afectado y el resto de la sociedad (así, cfr. las SSTC 176/1988, de 4 de octubre, f.j. 2º; o la 62/1982, de 15 de octubre, f.j. 2º).

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José. "Garantías constitucionales del proceso civil". *Justicia*, (I): 18, 1981.
- ANDOLINA, Italo, y VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.
- BERZOSA FRANCOS, María Victoria. "Principios del proceso", *Justicia*, (III): 577, 1992.
- CARNACINI, Tito. "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo". *Studi in onore di Enrico Redenti.*, Milano: Giuffrè, (vol. II), 695pp., 1951
- COMOGLIO, Luigi Paolo. "I modelli di garanzia costituzionale del processo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (3): 673, 1991.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (4): 1063, 1994.
- FIX ZAMUDIO, Hector. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1982, 51.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- GRASSO, Eduardo. "La collaborazione nel processo civile". *Rivista di diritto processuale*, 602 pp, 1966.
- GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. "Fondamento del principio dispositivo", *Rivista di diritto processuale*, 551p, 1960
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1976.
- MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo blanch, Valencia, 2001
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M^a Bosch, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M^a. Bosch, 1997.
- PICÓ I JUNOY, Joan. "La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites". *Revista del Poder Judicial*, (51): 294-295, 1998.
- PICÓ I JUNOY, Joan. "Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser". *Justicia*, (3-4): 629-640p, 1998.
- PICÓ I JUNOY, Joan. "Los principios del nuevo proceso civil", en *Instituciones del nuevo proceso civil*. *Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (volumen I). Barcelona: Difusión Jurídica, 29, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. "La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil". *Justicia*, (I): 23, 1983.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

MODULO III

EL CONTROL JUDICIAL DE
ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL
EN LA JURISDICCIÓN CIVIL.
LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD

EL CONTROL JUDICIAL DE
ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL
EN LA JURISDICCIÓN CIVIL
Y LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD EN EL
DERECHO ESPAÑOL

PARTE I

EL CONTROL JUDICIAL DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCIÓN CIVIL. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Juan Alfredo Biaggi Lama

Magistrado



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Hasta la Revolución Francesa la garantía de un Estado de derecho no fue la regla, la justicia independiente, llamada a asegurarlo, era menos que una utopía irrealizable. Los jueces dependían del monarca, a cuyo nombre impartían justicia o del señor que les nombraba.

El absolutismo del poder, acentuado en la figura regia, era el principio dominante.

Pero si bien la independencia del poder judicial, al menos teóricamente, se logra a partir de la toma de la Bastilla, la proclamación de la República, y la instauración de las ideas de Montesquieu, no menos verdad es que, y hasta bien entrado el siglo XX, y como en el caso nuestro en su postrimería, éste cambio de poder no dejó de ser una mera quimera, en la cual las clases dominantes sólo cambiaron de órgano designador del Poder llamado a administrar o a impartir la Justicia. El congreso de la República trocó el poder monárquico, el cual no deja de ser encarnado en la figura del Presidente de la nación, como órgano al servicio de éste, como nominador de los jueces y de los representantes cimeros del poder judicial, reservándosele al Presidente de la República la facultad de nominar a quien había de presidirlo.

La verdad fáctica de este asunto queda demostrado por la frase de un prestigioso político nacional expresara al llamar la atención al nuevo incúmbete del palacio nacional sobre la ventaja de tener un servidor suyo como Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Se trata de PODER.

Si bien es cierto que el proceso de democratización o de constitucionalización de los Estados se inicia a partir del fin de la segunda guerra mundial, como una reacción del mundo capitalista para diferenciarse de los regímenes socialistas que surgieron a partir de ella, no es menos cierto que, y de manera principal en América Latina, como en gran parte del mundo, Asia, África y en algunos países de Europa, esta corriente no pasó de ser más que un mero espejismo, y en algunos casos, una fachada mal construida.

En nuestro país la historia reciente así lo demuestra.

No es sino a partir de la reforma a la constitución que se verificó en 1994, y que crea un nuevo mecanismo de designación de los jueces, que empieza, y a nivel teórico, a darse impulso una nueva etapa en la vida democrática del país.

La puesta en vigencia de forma efectiva de estas reformas marcaron el nacimiento de una judicatura nacional, la cual en su descomposición casi absoluta, había tocado el fondo.

Pero esta reforma no sólo trajo aparejada consigo un Poder Judicial más independiente y remozado, sino que marcó un cambio sustancial en lo que respecta al control de la constitucionalidad de las leyes en la República. A la Suprema Corte de Justicia, se les reconocieron y atribuyeron facultades propias de un tribunal constitucional.

En este aspecto, el artículo 67, ordinal 1, de la Constitución, reformado en el 1994, dispone y como una atribución exclusiva de la Suprema Corte de Justicia “conocer... de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada”.

El juego político social empezaba a cambiar.

El planteamiento de la cuestión estriba y estribaba en saber si se ejercía este derecho a plenitud, o si sólo era, como la historia de la República se encarga de demostrar, una mera declaración, o la expresión de una intención plasmada en un mero pedazo de papel, que nadie quería o se atrevía a insuflar.

La historia más reciente, y la evaluación de la jurisprudencia constitucional anima a afirmar que caminamos, con muchos temores todavía, pues la figura presidencial sigue siendo el eje sobre el cual giran todas las instituciones del Estado, hacia una verdadera supremacía de la constitución y a un control más efectivo de éste principio, y con ello de la garantía de la observancia y respeto de los derechos fundamentales que en ella se consagran, como también de una verdadera separación de poderes.

CAPÍTULO I

LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES EN LA HISTORIA DOMINICANA:

1.1.1. | La Primera República.

La separación de la antigua colonia de Santo Domingo, que como provincia de España participó en la asamblea que redactó y proclamó la constitución de Cádiz de 1812, se inscribe en los anales de las luchas de independencia de las provincias y virreinos americanos, con una nota especial y particular, fuimos los únicos que proclamamos la separación sin derramamiento de sangre ni de luchas fratricidas.

Quizás este hecho sea demostrativo de la importancia que la metrópolis daba a éste pobre trozo de isla.

La proclama de Núñez de Cáceres, y el Acta Institucional de diciembre del 1821, no recoge ninguna declaración sobre la supremacía de la Constitución, ni el lugar que en el ordenamiento del nuevo Estado de Santo Domingo, que nacía frente al mundo, ocupaba la misma.

Los sucesos posteriores, la invasión haitiana, con la que el país queda sometido a la constitución haitiana, copiada de la francesa, pero que era

menos que letra muerta en su aplicación, dieron al traste con este movimiento que no puede ser considerado como independentista en el sentido estricto del término.

Así nos sorprenden los sucesos del 27 de Febrero de 1844, con la proclamación de la República Dominicana, independiente de Haití, y de toda otra potencia y o nación extranjera, que requería de un acto institucional que organizara como un verdadero Estado, la naciente nación.

La constituyente convocada para su redacción y en el mes de agosto de ese año por el Presidente de la Junta Gubernativa, queda instalada en la ciudad de San Cristóbal el 21 de septiembre, donde el 6 de noviembre de 1844 aprueba la Constitución Política de la República Dominicana, con un texto que enmarca las atribuciones de Estado, los derechos de los ciudadanos, sus deberes para con este país que nacía, y los límites y facultades de cada uno de los poderes que con ella se creaban, la cual es proclamada por el Presidente Pedro Santana el 18 de noviembre de ese mismo año.

Una rápida visión de este texto nos permite establecer que en los artículos 14 y 39 se proclaman los derechos que la Revolución Francesa reconoció como derechos de todo hombre, bajo el título “Derechos Públicos de los Dominicanos,” y que en el artículo 35 del mismo texto se consagra el principio de la supremacía constitucional al disponer que: “no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la constitución, en caso de duda, el texto constitucional debe siempre prevalecer”.¹

Pero como si se dudase, y para hacer más efectivo este principio, en su artículo 125 se cuidaron de disponer que, “Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto sean conformes a las leyes”.²

Se consagra con ello primero la supremacía de la constitución, y segundo la jerarquía de las leyes, y con el, el sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, adoptando con ello la doctrina Marshall.

¹) constitución política de la republica dominicana 1844. colección trujillo. Tomo 1.- constitución política. Reformas constitucionales. 1844-1942.- edición del gobierno dominicano. 1944. Editorial el diario, santiago, republica dominicana.

²) Colección Trujillo. Opus cit.

Pero no se dejó a la prudencia y al mejor criterio de los tribunales inferiores la verificación de la constitucionalidad sino que al disponer en su artículo 134 que “ Las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia son:.. Cuarto: Con el solo interés de uniformar la jurisprudencia y sin que su decisión aproveche ni perjudique a las partes litigantes, reformar las sentencias dadas por todos los tribunales y juzgados, pasadas ya en autoridad de cosa juzgada, que contenga algún principio falso o errado, o adolezca de algún vicio esencial;”³ se le atribuía a la Suprema Corte de Justicia un poder de fiscalización de la constitucionalidad o no de las leyes al analizar de oficio todas las sentencias dictadas por los tribunales inferiores.

Es de pensarse que, al aplicar esta facultad, si la Suprema consideraba que de determinada ley, aplicada por los tribunales inferiores era constitucional o no, los efectos de su declaratoria sería *erga omnes*, pues el interés era el mantener la supremacía de la ley, y con ella de la Constitución.

Sin embargo, no hemos encontrado ninguna sentencia de ese entonces en la que se haya suscitado la cuestión de inconstitucionalidad de una ley, ni que haya conocido de alguna violación a “los derechos públicos de los dominicanos”.

Las convulsiones políticas que han caracterizado la historia nacional desde la fundación de la República, quedan reflejadas de forma particular en las sucesivas y continuas reformas que a la Carta Magna de 1844 se sucedieron.

A tan solo 10 años de su promulgación, y en fecha 25 de febrero de 1854, es proclamada una Revisión a la Constitución, la cual trae como novedades en lo que al tema que analizamos se trata, las siguientes: 1.-se proclama como derechos de los ciudadanos, y en el artículo 18 el principio de la legalidad, y al efecto el texto de este artículo lee: “a ninguno se le puede obligar a que haga lo que la ley no manda, ni impedir que haya lo que la ley no priva”; 2.- En el Artículo 24 se dispone “ Son deberes de todo dominicano: acatar y cumplir las leyes”.⁴

Al referirse a las facultades de la Suprema Corte de Justicia, el nuevo

3) Colección Trujillo, opus cit.

4) Opus cit

texto en el artículo 101, ordinal 14, reitera las facultades que el ut supra citado artículo 134 de la Constitución de 1844 le otorgaba, añadiendo un párrafo que lee: “Todos los tribunales inferiores deberán remitirle obligatoriamente, al efecto, cada seis meses, copias de todas las sentencias civiles y criminales que hayan dado, y cada tres meses, un estado detallado de todas las causas pendientes”.⁵

Con ello se reafirma la jerarquía de la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 93, establece, siguiendo el modelo de control difuso de la constitucionalidad de las leyes consagrado por la Constitución de 1844, dispone que: “Todos los tribunales y juzgados están obligados hacer mención en sus sentencias de la ley aplicada y de los motivos en que la fundan, ningún tribunal podrá aplicar ninguna ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conforme a las leyes en vigor”.

Plantea la redacción de este texto la interrogante de saber si el control de la constitucionalidad sólo se limita a la ley, o si a partir de la interpretación de ella, y de su conformidad con la constitución, se ha de verificar si los decretos y reglamentos son o no legales, y por ende constitucionales.

En su artículo 140, la reforma de 1854 reafirma el texto del artículo 35 de la Constitución de 1844, en lo relativo a la supremacía de la Constitución y su valor superior es reforzado por las disposiciones del artículo 148 que dispone que: “En ningún caso podrá suspenderse la ejecución, ni de una parte ni del todo de la Constitución, su observancia y exacto cumplimiento quedan confiados al celo de todos los dominicanos”.

Hermoso principio, que sin embargo fue letra muerta.

Pero como si los textos anteriores no hubiesen sido suficientes, y quiere reafirmarse una vez más la supremacía de la norma, en el artículo 157 se dispone que: “Todas las leyes actualmente vigentes, reglamentos y disposiciones en cuanto no sean contrarias en la presente Constitución, continuarán en todas su fuerza y vigencia...”

5) Opus cit

Por su parte en el artículo 43, se reproducen las disposiciones del artículo 93 de la Reforma de 1957, en tanto y cuanto prohíbe a los tribunales aplicar leyes que sean contrarias a la Constitución, lo que implica un mandato para estos de verificar aún de oficio, la constitucionalidad o no de la ley aplicable al caso sometido a su consideración.

Que el pueblo que quiere ser libre ha de ser esclavo de la ley; la ley y la justicia son los mas fuertes columnas de los estados; respetadlas y respetad tambien a los magistrados que son sus organos; huid de la discordia que es el monstruo devorador de la sociedad para que unidos fraternalmente con los lazos de amistad y concordia, seais fuertes y responsables y siempre dignos del eminente puesto que os ha colocado vuestro valor, vuestro heroísmo y vuestra virtudes cívicas”. Proclama del 20 de diciembre de 1854, del manifiesto del Congreso Nacional al Pueblo Dominicano, al proclamar la Reforma Constitucional del 16 de diciembre de 1854, M. Bobadilla, Presidente del Congreso.

Pero el espíritu democrático y de respeto a la institucionalidad, y a los principios consagrados en la ley, no fueron más que meras declaraciones quiméricas sin una voluntad política sólida que las insuflara, y así lo demostraban los hechos.

La revolución de José Desiderio Valverde y Benigno Filomeno Rojas, dio al país una nueva carta magna, que es conocida como la Reforma del 19 de Febrero del 1858, Constitución efímera, que en lo que al tema de análisis de este trabajo se trata no se apartó de los lineamientos generales consagrados en las anteriores, y así, en su artículo 26 proclama la jerarquía suprema del texto constitucional, y en el artículo 98, al señalar la atribuciones inherentes a la Suprema Corte de Justicia dispone: “ Numeral 11. Conocer de todas las causas civiles y criminales que se les someten apelación, y decidir soberana y definitivamente sobre la infracción de fórmulas o violaciones de la ley”, pudiéndose entender que dentro del concepto ley se enmarca el texto constitucional.⁶

El triunfo de la contrarrevolución liderada por el general Pedro Santana,

dio al traste con dicha reforma, y así el 7 de julio del 1858, es proclamada como texto constitucional la Reforma del 1854.

Esta carta estuvo vigente hasta que se produjo la anexión a España en 1861.

1.2. | La Constitución de la Segunda República.

Tras la proclamación de la Restauración de la República en 1863, las guerras de independencia, y la derrota y salida de las tropas de Isabel II de España en 1865, marcando con ello el nacimiento de la II República, se proclama en fecha 14 de noviembre, la Constitución de 1865, la cual ha de reiterar en su artículo 65 la supremacía de la Constitución al disponer “no podrá haberse ninguna ley contraria al espíritu ni la letra de la Constitución. En caso de duda, el texto de esta debe siempre prevalecer”, y mantiene el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, conservando la Suprema Corte de Justicia la última palabra, conforme se desprende del ordinal 13 del artículo 86, que no es más que la reiteración de la atribución que a la Suprema Corte le confirió la Constitución de 1844.

Las luchas internas que caracterizaron la segunda mitad del siglo XIX, produjeron una nueva modificación del texto constitucional que fue proclamado el 27 de septiembre de 1866, en el cual y en los artículos 49 y 71, ordinal 14 mantiene incólume el principio de la supremacía de la Constitución y la facultad reconocida a la Suprema Corte de Justicia de revisar de oficio las decisiones de los tribunales inferiores, ya varias veces citada.

La vuelta del poder del General Báez trae consigo una nueva reforma constitucional proclamada el 23 de abril de 1868, en la cual y extrañamente, se suprime el artículo que proclama la supremacía de la Constitución, la cual era al fin y al cabo letra muerta.

Esta nueva carta estuvo en vigencia hasta la Revisión Constitucional del 14 de septiembre de 1873, en la cual y en su artículo 24 se proclama la supremacía Constitucional al disponer “que no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la constitución, y en caso de duda, el texto

6) Constitución política. reformas constitucionales. 1844-1942.

de la constitución debe siempre prevalecer...”; mientras en su artículo 43 dispuso: “ninguno (de los tribunales) podrá aplicar leyes inconstitucionales, ni los decretos y reglamentos de la administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes en vigor”,⁷ reafirmando así el control difuso de la constitucionalidad que desde 1844 caracterizó nuestro sistema.

La reforma al texto constitucional que fuera introducida durante el gobierno del Presidente González, y que fuera proclamada en 1874, transforma radicalmente el sistema del control constitucional que por 30 años se había mantenido invariable, al disponerse en el artículo 71 como una de las facultades de la Suprema Corte de Justicia, y en su ordinal 17 “conocer definitivamente de las causas en que se alegue la inconstitucionalidad de parte de las leyes, dando si esto fuese así, y solo como decisión particular fallo razonado que redima a la parte de la responsabilidad o perjuicio que pudiera sobrevenirle”,⁸ lo que debe ser interpretado no como un control concentrado de verificación constitucional sino como tribunal de una última instancia, cuya decisión sobre el aspecto debatido no tendría un efecto *ergas omnes*, en principio, sino relativo.

La posterior modificación del 9 de marzo de 1875, mantiene inalterable lo establecido en la reforma del 1874, no obstante proclamarse en su artículo 50 la supremacía de la Constitución.

Con la revisión botada el 10 de mayo del 1877, se suprime el ordinal 17 del artículo 71 de la reforma del 1874 que fue preservada en la Reforma del 1875, y no se proclama la supremacía de la Constitución, aunque se establece lo que pudiese interpretarse como tal al disponer en su artículo 61, como atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, en su ordinal 8, “Declarar cual sea la ley vigente cuando alguna vez se hallen en colisión”,⁹ lo que y desde el punto de vista de que la Constitución es una ley, cuando una ley adjetiva le fuera contraria o entra en contradicción con esta, correspondería no a los tribunales inferiores si no a la Suprema Corte de Justicia determinar cual es la ley que prevalece.

No cabe dudas señores que la democracia reclama derechos y absolutas

7) Opus cit

8) CONSTITUCION POLITICA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.opus cit

9) CONSTITUCION POLITICA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.

garantías para el pueblo. Gdo. Bobadilla, C. Báez, Miguel E. Santelises, en Informe de la Comisión de la Reforma de la Constitución del 1877, Gaceta de Santo Domingo, año III, XI No. 171. (10)

La reforma constitucional del 15 de mayo del 1878, no produjo ningún cambio a lo establecido en la Reforma del año 1877, lo mismo se verifica en la Revisión del 11 de febrero de 1879, salvo la facultad que en el artículo 65, ordinal 10, le reconoce al Presidente de la República de “Dar a las Bulas y Breves, que traten de disposiciones generales, el pase correspondiente, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes, a las prerrogativas de la nación o a la jurisdicción temporal”, reflejando en este artículo el enfrentamiento que se verificaba entre el gobierno y la Iglesia Católica Apostólica y Romana, en ese momento.

La modificación constitucional del 17 de mayo del 1880, retoma las disposiciones primigenias de la Constitución de 1844, y proclama en su artículo 33 que “no podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de dudas el texto de esta debe siempre prevalecer”, y en su artículo 109 establece que “todas las leyes no actuales, no contraria a la presente constitución continuarán en vigor mientras no sean abrogadas por otras nuevas.”¹⁰

La Reforma del 23 de noviembre del 1881, y que estuvo vigente hasta el 1887 significó, al menos en el campo teórico, un pase de avance en lo que al respeto y garantía plena de los derechos consagrados en la Constitución a los ciudadanos, y refuerza la supremacía de la Constitución al disponer en su artículo 12 que “Los que expidiesen, firmasen y ejecutasen o mandaren ejecutar órdenes, decretos y resoluciones que vulneren o infrinjan cualquiera de las garantías acordadas a los dominicanos, son culpables y deben ser castigados conforme lo determine la ley. Todo ciudadano es hábil para acusarlo”¹¹

Por su parte el artículo 33 del referido texto proclama la supremacía de la Carta Magna al disponer que: “no podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de duda, el texto de esta

10) CONSTITUCION POLITICA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.

11) CONSTITUCION POLITICA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.

debe siempre prevalecer”.¹²

Confiere el artículo 70, en su ordinal 6, la facultad a la Suprema Corte de Justicia de “Declarar cual sea la ley vigente cuando alguna vez se hallen en colisión”.

Las sucesivas reformas introducidas por el Presidente Ulises Hereaux, Lilis, y proclamada el 15 de noviembre del 1887 y la de 1896, mantienen invariables las disposiciones precedentemente señaladas.

La revisión del 14 de junio del 1907, introdujo una novedad a las disposiciones del artículo 12 de la Reforma del 23 de noviembre del 1881, al agregar o completar dicho artículo, el cual en la nueva redacción le correspondió el 10, al disponer que: “ Los que expidieren, firmaren o ejecutaren o mandaren ejecutar órdenes, decretos y resoluciones que violen o infrinjan cualquiera de las garantías acordadas a los dominicanos son culpables y deben ser privados del empleo que desempeñe e inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos por un año lo menos y cinco a lo más, sin perjuicio de cualquier otra pena a que pueda ser condenado según el caso”.¹³

Sin perjuicio de reiterarse en su artículo 31 la supremacía del texto constitucional al disponer que “no podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de dudas, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer.

La Constitución de Santiago, como se le llamó por haber sido proclamada en dicha ciudad el 27 de febrero del 1908, trocó la historia del control de la constitucionalidad de la ley, al atribuirle a la Suprema Corte de Justicia en el ordinal 5, del artículo 62, la facultad de “Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos en que sean materia de controversia judicial de partes”.

Con lo que se mantiene el control difuso de los tribunales correspondiendo al más alto tribunal dar solución definitiva a las controversias sobre constitucionalidad de las leyes.

En esta Constitución se establece como hecho novedoso la inamovilidad de los jueces contado a partir de 1907.

Ningún cambio se produce en la Reforma Constitucional del 1916 proclamada bajo la ocupación del país por las tropas de los Estados Unidos de América.

1.3. | La constitución políticas de la Tercera República.

La proclamación de un nuevo texto constitucional verificado el 13 de junio de 1924, luego de la desocupación del territorio nacional por las tropas norteamericanas que desde 1916 hasta 1924 habían tomado el control del país, y que dio lugar al nacimiento de la denominada III República produjo profundas reformas en el sistema de control constitucional.

Influenciados, quizás, por las corrientes europeizantes, y en especial de la doctrina de Hans Kelsen, o tal vez como una reacción a la mancha norteamericana que registraba la sociedad nacional, el constituyente del 24 al señalar en el artículo 61 y entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, dispuso, en el numeral 5, “Decidir en primera y última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia entre partes ante cualquier tribunal, el cual, en este caso, deberá sobreseer su decisión sobre el fondo hasta después del fallo de la Suprema Corte de Justicia, y en interés general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados en la presente Constitución”.¹⁴

De este modo se les atribuyen a este máximo tribunal las facultades propias de un tribunal constitucional y se consagra el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de la ley, suprimiéndose el control difuso que hasta ese momento había prevalecido. Es importante acotar aquí que el ejercicio de esta acción conllevaba que el tribunal en el cual se

12) CONSTITUCION POLITICA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.

13) CONSTITUCION POLITICA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.

14) Constitución Política del 1924. opus cit. Tomo II

planteaba el asunto de inconstitucionalidad estaba obligado a sobreseer el conocimiento del asunto de que estaba apoderado hasta tanto la Suprema Corte de Justicia decidiera sobre el mismo, pues este recurso tenía un efecto suspensivo de la aplicación de la ley atacada.

La experiencia vivida con éste sistema, el abuso que de él hicieron los letrados y abogados, quienes como acción retardataria de los procesos recurrían contra cualquier ley en un recurso de inconstitucionalidad, dio al traste con estas atribuciones.

Y así en la Reforma Constitucional del 15 de junio del 1927, cuyo propósito fundamental fue la extensión del mandato del Presidente Horacio Vásquez, a dos años más, se eliminó dicho artículo, y se volvió al sistema difuso de control constitucional.

Los redactores de dicha reforma consagran en el artículo 40 del nuevo texto la supremacía de la Constitución, y en el ordinal 5, del artículo 59 vuelven a la fórmula de la Constitución de 1844, al confiar a la Suprema Corte “decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos en todos los casos en que sea materia de controversia entre partes”.¹⁵

Las revisiones sucesivas del 9 de enero del 1929, del 9 de junio del 1934, en nada alteran el status que consagró la reforma del 1927 sobre el control difuso de la constitucionalidad.

La reforma que al texto constitucional del año 1934 fue realizada el 10 de enero de 1942, sin embargo, y sin que exista ningún fundamento jurídico que lo sostenga, elimina de las funciones de la Suprema Corte de Justicia, el ordinal 5to. de la Constitución de 1927 y que la facultaba a decidir como tribunal máximo y en última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos, no obstante en su artículo 40 proclaman su supremacía del texto constitucional, al disponer “serán nulos de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento y actos contrarios a la presente Constitución”, redacción similar que empleará el constituyente de 1996.

15) Mensaje del Presidente de la República a la Asamblea Revisora. COLECCION TRUJILLO. TOMO II

“Las reformas constitucionales, en efecto, no se justifican sino cuando responden a una verdadera necesidad”. Informe de la Comisión de la Asamblea revisora para estudiar el proyecto del Honorable señor Presidente de la República.¹⁶

La enmienda constitucional verificada en el año 1947, proclamada el 19 de enero, en su artículo 40 consagra la supremacía del texto constitucional al declarar “serán nulos de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento y actos contrarios a la presente Constitución”, sin embargo no contempla ningún mecanismo para hacer valer este mandato.¹⁷

Convocada nueva vez la Asamblea Revisora por el Presidente de la República, esta proclama en la “ciudad benemérita” de San Cristóbal, el 1 de diciembre del 1955, un nuevo texto constitucional, la cual en su artículo 45 reproduce la fórmula anteriormente citada.

Mantienese el sistema de control difuso de la constitución no obstante, y al igual que en la reforma del 1947, la obligación de los funcionarios públicos al prestar juramento de “respetar la Constitución y las leyes, y de desempeñar fielmente su cometido...”¹⁸

En la reforma del 29 de junio del 1960, es interesante y llama la atención que en este nuevo texto legal, en su artículo 1 se suprime el gentilicio “dominicano” por el de “El pueblo de Santo Domingo”, al referirse a quienes constituyen el Estado conocido con el nombre de República Dominicana.

En la ya referida revisión, como en las sucesivas del 2 de diciembre del 1960, del 29 de diciembre del 1961, y la del 16 de septiembre del 1962, en nada modifican el sistema de control constitucionalidad.

El control difuso es el régimen imperante por tradición, mas no por la legislación.

La Constitución del 29 de abril del 1963, trajo al país aires muy liberales para la época.

16) Republica Dominicana.Reforma Constitucional de 1947. G. O. 1065569, año LXXVII, Imprenta J. R. Vda. García, Sucesores, ciudad Trujillo, R. D. 1947.

17) Republica Dominicana. Opus ut supra cit.

18) Reforma Constitucional del 1955. G. O. No. 7918, año LXXVI, Imprenta J. R. Vda. García, Sucesores, ciudad Trujillo, R. D. 1955.

Los constituyentes del 1963, imbuidos por las ideas de la revolución cubana, dan al país una constitución que provocó, cinco meses más tarde, la caída del gobierno constitucional y la abrogación de dicho texto para proclamar la vigencia de la Constitución de 1962.

Como novedades interesantes en este texto del 1963, se consagra la fórmula que las constituciones anteriores al régimen de Trujillo habían adoptado en lo relativo al control de la constitucionalidad, al proclamar en su artículo 139, y como parte de las funciones de la Corte de Casación, “ordinal 7, conocer en última instancia del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos, ordenanzas y actos en todos los casos que sean materia de controversia judicial entre las partes ante cualquier tribunal, de acuerdo con el procedimiento que establezca la ley”, sin embargo, esta ley nunca se promulgó y así la controversia sobre la constitucionalidad de las normas siguió presentándose como un incidente del proceso.

1.4 | La constitución políticas de la Cuarta Republica.

La proclamación de la IV República en 1966, y el nuevo texto constitucional, representó una vuelta atrás en lo que al control constitucional se refiere, al no consagrarse en ella ninguna disposición que regulara la forma de hacer valer la supremacía que se proclama en su artículo 46, como lo hiciera el texto del 1963.

Esta situación habría de cambiar radicalmente al producirse en el 1994 la reforma de la Carta Magna que es proclamada el 14 de agosto de ese año.

Se le atribuyen como funciones y atribuciones propias de la Suprema Corte de Justicia, en el artículo 67, ordinal 1, “conocer... de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada”.

Se instaura con ello el sistema concentrado de control constitucional, el cual, no obstante ello, y conforme decisión del pleno de la misma Suprema Corte, de fecha 14 de agosto de 1995, no aniquila el sistema de

control difuso que tradicionalmente, y sin apoyo de texto legal alguno, se venía aplicando desde el principio del siglo XX.

Al respecto fue juzgado que:

“Que no obstante, cuantas veces se plantee ante cualquier tribunal una cuestión de constitucionalidad, como lo ha sido en la especie, no puede invocarse eficazmente el texto de una ley adjetiva, como lo es en este caso el artículo 127, modificado del Código de Procedimiento Criminal, con el objeto de privar a la Suprema Corte de Justicia de decir la última palabra en lo que se refiere a la acción principal en inconstitucionalidad de las leyes, cuya competencia es exclusiva de la Suprema Corte de Justicia, en virtud de lo que dispone el artículo 67, inciso 1 de la Constitución de la República, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o acto como medio de inadmisión o de defensa, tiene competencia y está en el deber de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al resto del caso;” Sentencia 6, 14-08-95, B. J. No. 1017, páginas 137-138.”¹⁹

Si bien, y en principio, la Suprema Corte de Justicia fue sumamente conservadora al interpretar el precitado artículo 67, en cuanto a quienes eran los titulares de la acción directa en inconstitucionalidad, tal como se evidencia en la sentencia de fecha 1 de septiembre del 1995, número 2, B. J. No. 1018, este criterio fue superado posteriormente con la decisión del 6 de agosto del 1999, que dando un paso de avance estableció que: “por otra parte, que en armonía con el Estado de Derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que le sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre ellos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho a demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa debe entenderse por “parte interesada” aquella que figure como tal en una instancia, contestación, o controversia de carácter administrativo, judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que

¹⁹ Biaggi, Juan Alfredo. 15 años de Jurisprudencia Constitucional, Contencioso y Tributario, Dominicana 1988-2002. Santo Domingo: Impresora Soto Castillo, 2003.218p. (Colección Magistrados Dominicanos)

actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria; Sentencia No. 1, 6-08-98, B. J. No. 1053, página 6.²⁰

Con lo que se reconoce la posibilidad de cualquier ciudadano de atacar por la vía de este recurso cualquier ley, decreto, reglamento, resolución, ordenanza de uno de los poderes públicos por la vía principal y por ante la Suprema Corte de Justicia dicha disposición.

Sin embargo, no podría ser atacado a través de este recurso un acto de la administración que siendo atentatorio contra algún precepto constitucional lesione el interés particular de un habitante de la República por esta vía, sino es a través del Recurso de Amparo que por sentencia No. 9 de fecha 24 de febrero del 1999, B. J. No. 1089, fue puesto en vigencia al establecer el procedimiento a ser observado para ejercerlo.

CAPÍTULO II

LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

2.1. | El concepto de acción en inconstitucionalidad.

En el ordenamiento actual de nuestro derecho deberemos distinguir cuando estamos frente a una acción principal en nulidad por inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento, Resolución, u acto de uno de los Poderes del Estado, excepción hecha de las sentencias y actos jurisdiccionales de los tribunales de la República sometidos a los procedimientos de revisión, o de retractación ordinarios u extraordinarios que consagran las leyes adjetivas, los cuales, y conforme el criterio jurisprudencial antes citado pueden ser presentados de manera incidental, ante el tribunal llamado a aplicar la ley argüida de ser contraria al texto constitucional, o por la vía principal de inconstitucionalidad planteada ante la Suprema Corte de Justicia, y las acciones en ejecución y protección de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República consagra.

Si bien, y en ocasiones ambas acciones están íntimamente ligadas,

²⁰) Biaggi, Juan. Opus cit.

pues tienden y tienen por propósito fundamental hacer prevalecer los principios y valores constitucionalmente consagrados y protegidos, no es menos cierto que, y en cuanto a sus efectos y campo de aplicación son diferentes.

En este sentido se entendería por acción en inconstitucionalidad toda demanda que tienda a hacer respetar y mantener la supremacía de la Constitución sobre las leyes, incluyendo en ella los Tratados y Convenciones Internacionales, los decretos, reglamentos, Resoluciones y actos contrarios a ella. y, cuando se hayan violentado o se amenace en hacerlo, cualquier derecho que la Constitución les reconozca como ser humano, o para hacer cesar cualquier situación de ilicitud constitucional, o que constituya una turbación manifiesta a cualquiera de los derechos fundamentales que esta consagra, y que se halle plasmado en una ley, decreto, resolución, reglamento o acto que emane de cualesquiera de los poderes del Estado.

Esta facultad no está limitada tan solo a los ciudadanos dominicanos, sino a toda persona que se encuentre en territorio nacional, no importando su estatus jurídico, de hacer valer en su provecho, y mediante cualquier acción judicial que tanto la ley como los tratados internacionales les reconozcan, cuando se hayan violentado o se amenace en hacerlo.

Las vías para hacer valer estos derechos, están señalados expresamente tanto por la misma Constitución, como por las leyes adjetivas, y por los tratados internacionales.

En nuestro sistema distinguimos los siguientes recursos de garantía constitucional, el uno establecido expresamente por el artículo 8, numeral 2, que consagra la seguridad individual, el de Habeas Corpus, como también la garantía del debido proceso de ley, y todas las acciones que de él se deriven, y la acción principal en inconstitucionalidad; el *Recurso de Amparo*, contenido en las disposiciones del Convenio de San José o Convención Americana de los Derechos Humanos, como medio efectivo de hacer valer derechos fundamentales protegidos frente a la acción en desconocimiento de los mismos por parte del Estado, y por ultimo *El Referimiento*.

El control constitucional, y de la legalidad de todos los actos y hechos jurídicos se plasma a través de los diversos acciones y derechos que establece la ley, para asegurar el debido proceso de ley, ya sea en el curso del mismo ante las jurisdicciones de derecho común, como en las de excepción, sin discriminar las jurisdicciones especializadas como laboral, , la de tierras, el contencioso tributario y administrativo, etc.

Es obligación de todo juez, hacer cumplir las disposiciones del artículo 46 de la Carta Magna, sin distinguir si se trata de un nacional o de un extranjero, ni de si este está legal o ilegalmente en el país, lo importante es que es que se trate de un ser humano.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, ha juzgado:

“que, asimismo, de conformidad con los principios de nuestro Derecho Constitucional, todo tribunal ante el cual se alega la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al caso; Sentencia No. 19, 31-03-89, B. J. No. 940-941, página 361; Sentencia No. 4, 12-04-89, B. J. No. 940-941, página 426;²¹

Y en otra decisión:

“Que a pesar de que las disposiciones del artículo 67 de la Constitución de la República, otorga facultad a la Suprema Corte de Justicia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes, facultad esta que es exclusiva del más alto tribunal de justicia, cuando se encamina como una acción principal en inconstitucionalidad, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, decreto o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al resto del caso, pues el referido artículo 67 , al crear un sistema concentrado de control de constitucionalidad , no elimina la obligación de todos los tribunales del país de verificar que la norma jurídica que sirve de fundamento a un litigio puesto a su cargo, está acorde con nuestra carta magna, lo que se deriva de las disposiciones del artículo 46 de la misma que declara nulo toda ley, decreto o acto, que sean contrarios a la Constitución. Sentencia No. 25, 18-08-99, B. J. No. 1065, páginas 661-662.²²

La seguridad individual, y la más preciada de los derechos a la libertad, la integridad física, son garantizadas por el Habeas Hábeas.

En lo que respecta a la legalidad y constitucionalidad de los Reglamentos, Resoluciones y Actos de la administración política como de los actos de los particulares, que atenten o violen los derechos individuales reconocidos y garantizados por la Constitución, al igual que las vulneraciones que a ellos pueden efectuar, son objeto del Recurso de Amparo, de recién introducción en nuestro ordenamiento jurídico al ser puestos en vigor y establecerse el procedimiento para ser puesto en vigencia, reservado exclusivamente a las infracciones o violaciones de las autoridades, como el procedimiento del Referimiento que data de 1978, reservado a las violaciones cometidas por los particulares.

Del primero, la sentencia de la Corte de Casación dominicana del 24 de febrero del 1999, en el sentido de que:

“A que como se puede advertir de la lectura de los textos anteriormente transcritos, se trata de disposiciones que tienen por objeto la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la misma convención, contra los actos violatorios de esos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de sus funciones oficiales o por particulares; que contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que , al expresar el artículo 25.1 de la convención , que el recurso de amparo está abierto en favor de toda persona contra los actos que violen sus derechos fundamentales, “ aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales; que si bien esto es así, no es posible, en cambio, que los jueces puedan acoger el amparo para revocar por la vía sumaria de esta acción al lo ya resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, sin que se produzca la anarquía y una profunda perturbación en el proceso judicial, por

lo que tal vía queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional, del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción, o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido;

A que si bien el artículo 25.1 de la citada convención prescribe que el recurso de amparo debe intentarse ante los jueces o tribunales competentes, y si también es cierto que la competencia para este recurso, no está determinada por nuestro derecho procesal ni por ley especial alguna, como sí ocurre con la ley de Habeas corpus, que atribuye competencia y reglamenta la forma de proceder para proteger la libertad física o corporal del ciudadano, no es menos cierto que como el recurso de amparo constituye el medio o procedimiento sencillo, rápido y efectivo creado para todos los derechos consagrados en la Constitución y otras leyes excepto aquellos protegidos por el Habeas Corpus , ningún juez podría, si a él se recurre por una alegada libertad Constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de la ley que reglamente la acción ejercida; que si es válido que para la protección de los derechos se debe tener un medio, un camino especial que los haga efectivos, la Suprema Corte de Justicia está facultada, empero, para determinarlo cuando por omisión del legislador no se ha establecido el procedimiento adecuado; que no obstante ser de principio que sólo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que ponga a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir, al tenor del citado artículo 25.1, que cualquier juez o tribunal del orden judicial, podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegalidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana, pero, como ello traería consigo una competencia antojadiza y confusa, de las consideraciones que anteceden resulta evidente la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con las atribuciones que le confiere el inciso 2 del artículo 29 de la Ley No.821, de Organización Judicial, determine la competencia y el procedimiento que deberá observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo” Sentencia PLENO No. 9, 24-02-99, B. J. No. 1059. páginas 81 a la 85.²³(23)

Mientras del segundo, *el Referimiento*, que parecería por su extensión englobar al Recurso de Amparo, y quizás por la poca tradición constitucionalista en nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido instrumento efectivo como vía de protección contra la vulneración de derechos fundamentales o instrumento efectivo de control de la constitucionalidad de frente a las actuaciones gubernamentales o particulares que atenten contra esta.

El artículo 110 de la ley 834 de 1978, parece no dejar lugar a dudas sobre el alcance y extensión de esta vía de protección efectiva.

Dispone este texto legal, que no es excluyente ni puede reputarse como excluyente de la protección efectiva de los derechos fundamentales, pudiéndose a través de él lograr hacer prevalecer la constitución y sus principios generales, que: “El presidente (del tribunal de primera instancia) puede siempre prescribir en referimiento las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea para hacer cesar *una turbación manifiestamente ilícita*.”

Es importante acotar que no obstante el alcance del referimiento, en el caso del ejercicio de un recurso de amparo, y en principio, se debe priorizar al segundo, y en este aspecto el juez apoderado a la vez de ambos, cuando estos tienen el mismo fin o propósito, debe proceder a descartar el de referimiento, pues el efecto de la solución que a este se de es el de la provisionalidad respecto de lo decidido, mientras que el amparo, en el cual se ha de juzgar el fondo del asunto, ha de traer, necesariamente, una solución al problema de manera definitiva, y esta decisión, contrario a lo que se verifica con la del referimiento, podrá adquirir la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

Sin embargo es preciso aclarar que en modo alguno ambos son excluyentes, puesto que el juez podrá, siempre y aun de oficio, y mientras instruye el recurso de Amparo, ordenar, como medidas provisionales y urgentes, todas aquellas que tiendan a hacer cesar la causa que motiva la acción de amparo de que haya sido apoderado.

Esto así porque en virtud de uno de los principios que rigen el derecho constitucional dominicano, los tribunales de orden judicial están obligados a

hacer prevalecer la constitución sobre las leyes adjetivas, sea un decreto, un reglamento, una resolución o cualquier acto que rijan el caso.

Se puede, y en resumen afirmar entonces que la acción en inconstitucionalidad de una Ley, Decreto, Resolución, Reglamento, o acto puede ser ejercida por los particulares bien sea contra la administración, por el Recurso de Amparo, por la vía del Referimiento, por un incidente en inconstitucionalidad en el curso de un litigio o por la acción principal en inconstitucionalidad por ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, o bien por el Hábeas Corpus cuando se trate de privación de libertad, según sea el derecho vulnerado, o la violación de un precepto constitucional.

2.2 | Los diferentes modelos de control de la constitucionalidad.

El análisis de los sistemas de control constitucional en de los países occidentales evidencia la existencia de dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de la ley, los que el profesor Juan Manuel Pellerano Gómez, en su obra “El Control Judicial de la Constitucionalidad, ha denominado “El sistema europeo y el sistema americano, cuyas características particulares dimanar de las funciones que corresponden al juez en el derecho continental europeo diferentes de los que tiene en derecho norteamericano”.²⁴

El sistema europeo, tradicionalmente llamado *Sistema Concentrado*, y que tiene su origen en la Revolución Francesa, como “una reacción a los poderes reglamentarios de los cortes en el antiguo derecho, según el cual está subordinado rigurosamente a la ley”²⁵, tuvo gran impulso con las ideas del jurista austríaco Hans Kelsen, propulsor de la creación de una jurisdicción especializada, que se sitúa por encima de los tres poderes tradicionales del Estado, independiente de estos, y cuya principal función es la de preservar la supremacía de la Constitución frente a los poderes instituido por ella misma, y que en mayoría de los casos se corresponde con el tribunal de garantía constitucionales.

24) Pellerano Gómez, Juan Manuel. El control judicial de la constitucionalidad. Breviario 4. Asociación Hipólito Herrera Billini. Santo Domingo: Editorial Capel dominicana, 1998.

25) Pellerano Gómez, Juan Manuel. Op.cit.

El mismo, que comporta diversas modalidades, se caracteriza porque ese órgano tiene el monopolio de la declaratoria de la constitucionalidad o no de las leyes.

Conforme las organizaciones particulares de cada país, bajo este sistema las acciones pueden verificar las siguientes modalidades: a) *Sistema Preventivo*, que es el que impera en Francia, y por el cual una vez aprobada la ley, por el órgano legislativo, y previo a su promulgación, el texto es sometido al análisis por parte del Tribunal Constitucional para verificar su conformidad o no con ese texto y con los Tratados Internacionales supra nacionales, lo que impide que una vez promulgada la Ley, o pasado el examen previo, se pueda plantear en ninguna instancia la no conformidad de dicha ley con los textos superiores.

Y, b) el, denominado “*Control A Posteriori*”, en el cual el control se ejerce sobre una ley o norma ya aprobada y promulgada y que haya adquirido obligatoriedad *erga omnes*.

En este último caso conserva el juez en todo momento la iniciativa y de oficio, cuando surge la duda sobre la constitucionalidad o no de la ley llamada a aplicar, de realizar una consulta, previo sobreseimiento del caso que conoce, al Tribunal Constitucional, sobre este aspecto,

sistema éste que no ha sido extraño a nuestro sistema jurídico si evocamos la Constitución de 1844 y las reformas sucesivas y constitucionales hasta el año de 1907, revisiones las cuales establecieron y entre las facultades reconocidas a la Suprema Corte de Justicia: “Declarar cual sea la ley vigente cuando alguna vez se hallen en colisión” y en especial la constitución de 1924. Sin embargo la facultad de las partes de poder apoderar directamente a dicho órgano, de un recurso sobre constitucionalidad o no de una ley, decreto, reglamento, resolución o acta administrativo, a través de la denominada “*acción popular*” no es posible en muchos de esos sistemas, como lo es en el caso del derecho español..

Bajo el sistema concentrado, el efecto inmediato de la declaratoria de inconstitucionalidad es la nulidad de dicha ley, y su extrañamiento del sistema, con un efecto *erga omnes*.

El mismo puede presentar, como en el caso de nuestro país, dos modalidades, el *Control a priori o preventivo*, esto es, antes de que la ley habiendo sido aprobada por el Congreso Nacional sea promulgada por el Poder Ejecutivo sin ejercer contra ella el derecho al veto que le concede la misma Constitución, que puede ser interpretado como otra forma de expresión de la supremacía constitucional, y el cual puede prescindiendo de estos mecanismos, apoderar a la Suprema Corte de Justicia para que analice la constitucionalidad o no de ese texto.

Este sistema plantea, y a nivel teórico, la interrogante de conocer ¿cuál es la suerte y efectos de una ley, que no habiendo sido promulgada ni vetada en el plazo de ley, y que al amparo de las disposiciones del artículo 41 del texto constitucional, se reputan como promulgadas por el Presidente de la República, y pueden ser publicadas por cualquier ciudadano cuando no habiéndose verificado tal actuación en el plazo de quince (15) días que otorga la Constitución, que tan obligados estarían los ciudadanos a acatarla, si ella es objeto del procedimiento preventivo de la constitucionalidad, teniendo en cuenta que conforme el criterio jurisprudencial de la Corte de Casación Dominicana en su *Sentencia No. 3, de fecha 16-04-99, B.J. No. 1061, páginas 52-53*, “no menos valedero es que esta Suprema Corte de Justicia ha decidido y mantenido el criterio de que la acción en inconstitucionalidad no tiene efecto suspensivo”²⁶ ni suspende, por ende, la aplicación de la Ley?

O si por el contrario, como sucede con la ley que declara la necesidad de la Reforma Constitucional la cual no podrá ser observada ni vetada por el Poder Ejecutivo, quien conforme las disposiciones finales del artículo 41 de la Constitución está obligado a “promulgar la ley en los plazos indicados”, y en la hipótesis anterior se verificara la reforma, ¿cual sería la suerte de la misma, si la ley es declarada inconstitucional?

La solución vendría dada por la decisión que a dicho recurso dé la Suprema Corte de Justicia, y en ese sentido, si la ley en cuestión fuese declarada nula por violar disposiciones constitucionales, todas las actuaciones procesales derivadas de ellas seguirían la suerte de lo principal, y las modificaciones que se introdujesen al texto constitucional serían

26) Biaggi, Juan . Opus Cit

declarados nulos, no inconstitucionales, tal y como lo estableció la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de fecha *Sentencia No. 1, 1-09-95, B. J. No. 1018, páginas 165-166*, en el sentido de que: “las disposiciones de la Constitución no pueden ser contrarias a sí mismas; que las normas constitucionales pueden tener efecto retroactivo y alterar o afectar situaciones jurídicas establecidas conforme a una legislación anterior; que la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional sólo tiene por propósito convocar a la Asamblea Nacional, declarar la necesidad de la reforma e indicar los textos de los artículos que se han de modificar, sin que ello impida que la Asamblea Nacional una vez reunida, decida, en uso de su poder soberano, ampliar o reducir dicha reforma, con la única restricción que resulte del artículo 119, sobre la prohibición de modificar la forma de gobierno:”²⁷

El sistema de *Control a Priori* fue consagrado por nuestro máximo tribunal en su sentencia de fecha *Sentencia del 3 de enero del 2002, B. J. 1093*, al admitir el recurso de inconstitucionalidad sometido por el Presidente de la República contra la ley que declaró la necesidad de Reforma Constitucional aprobada por el Congreso Nacional en fecha del 23 de diciembre del 2001;

En dicha decisión la Suprema Corte de Justicia juzgó:

“Que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa disposición ha sido interpretada en sentido lato y, por tanto, comprensiva, al tenor del mandato del artículo 46 de la misma Constitución, además de la ley emanada del Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, de todos los actos que, dentro de sus atribuciones, emitan los poderes públicos reconocidos por la Constitución y las leyes; que de ello resulta que si bien una ley del Congreso Nacional, no promulgada ni publicada por el Poder Ejecutivo, no adquiere, en principio, su fuerza obligatoria hasta que tales requisitos hayan sido satisfechos, no menos cierto es que las

leyes votadas por el Congreso Nacional, por el hecho de no estar promulgadas y publicadas por el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 55, inciso 2, de la Carta Fundamental del Estado, no dejan de constituir un acto propio, el más característico, del Poder Legislativo, independientemente de que haya recibido o no la sanción que en virtud del canon citado corresponde impartir al Presidente de la República; que desde esa perspectiva la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer de la acción de que se trata, constituyéndose en la especie en control preventivo de la constitucionalidad de la ley sometida a su examen por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 67, inciso 1, parte in fine, de la Constitución, ya citado;

Que el impetrante alega, en síntesis, que la ley que declara la necesidad de modificar la Constitución de la República en sus artículos 49, 55, 82, 89, 90, 117 y 118, es nula de pleno derecho, de acuerdo con la disposición del artículo 46 de la propia Constitución, al inobservarse en su aprobación, las previsiones del artículo 39 de la misma Ley Sustantiva, por cuanto el Senado de la República al conocer el proyecto de ley en cuestión lo hizo en dos sesiones consecutivas, es decir, los días martes veinte (20) y miércoles veintiuno (21) del mes de noviembre (sic), sin que previamente hubiera sido declarado de urgencia; que el artículo 117 de la Constitución dispone que: “La necesidad de la reforma se declarará por una ley. Esta ley, que no podrá ser observada por el Poder Ejecutivo, ordenará la reunión de la Asamblea Nacional, determinará el objeto de la reforma e indicará los artículos de la Constitución sobre los cuales versará”; que como es fácil apreciar, la nulidad incurrida por la ley hubiera podido ser corregida haciendo uso del derecho de observación consagrado en el artículo 41 en beneficio del Poder Ejecutivo, sin embargo, como acaba de señalarse, el artículo 117 impide ejercer esa posibilidad;

Que el artículo 39 de la Constitución de la República dispone que “Todo proyecto de ley admitido en una de las Cámaras se someterá a dos discusiones distintas, con un intervalo de un día por lo menos entre una y otra discusión. En caso de que fuere declarado previamente de urgencia, deberá ser discutido en dos sesiones consecutivas”; Que la ley que declara la necesidad de modificar la Constitución de la República en los artícu-

27) Biaggi, Juan . Opus Cit

los ya citados, aprobada por el Congreso Nacional el 23 de diciembre del 2001, fue atacada por la acción del Presidente de la República que origina la presente decisión, antes de vencerse el plazo de que dispone para su promulgación, según el artículo 41 de la Constitución, ya que, como se ha visto, la instancia sobre la constitucionalidad de la referida ley, fue introducida el 28 de diciembre del 2001; que, además, la Asamblea Nacional cuya reunión ordena la ley impugnada para que constituida en Asamblea Revisora, dentro de los 15 días siguientes a la publicación de esa ley, proceda a realizar la modificación sobre los textos de la Constitución indicados en la misma, aún no ha tenido lugar; Que la referida ley que declara la necesidad de la reforma es una norma jurídica de carácter adjetivo susceptible de ser atacada por una acción directa de inconstitucionalidad, que difiere de las demás leyes votadas por el Congreso Nacional, únicamente, en que debe ser propuesta con el apoyo de la tercera parte de los miembros de una y otra Cámara, o sometida por el Poder Ejecutivo, y en que no podrá ser observada por éste;

Que el artículo 46 de la Constitución de la República dispone que “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”;

Que el Presidente de la República, autor de la instancia de que se trata, antes de entrar en funciones, prestó ante la Asamblea Nacional, el juramento de hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República; que ese compromiso del Jefe del Estado que lo convierte en un centinela activo para velar concurrentemente con la Suprema Corte de Justicia, por el respeto de la Constitución, lo ha manifestado, en la especie, al serle sometida para su promulgación y publicación, la ley que declara la necesidad de modificar el Pacto Fundamental, proponiendo a la Suprema Corte de Justicia el examen de la referida ley al estimar que la misma viola el artículo 39 de la Constitución en vigor, por haber sido sometido el proyecto correspondiente en el Senado, a dos discusiones consecutivas, los días 20 y 21 de noviembre (sic), sin que fuere declarado previamente de urgencia, como lo requiere el citado texto;

Que en el proceso donde la Suprema Corte de Justicia conoce de la constitucionalidad de una ley, decreto, resolución, reglamento o acto de uno de

los poderes públicos, no está obligada a observar rigurosamente las reglas del derecho común en materia de prueba, ya que cuando esta Corte, de naturaleza sui generis, estatuye en asuntos constitucionales, se aboca a conocer y analizar la cuestión en virtud de los poderes que le son delegados por la Constitución de la República, lo hace sin contradicción y, por tanto, sin debate, a la vista sólo de la instancia que la apodera, de las piezas que la acompañen y del dictamen, si éste se produce, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no es óbice para que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, hagan por escrito elevado a la Suprema Corte de Justicia, sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica, en modo alguno, un juicio contra el Estado u otra persona, sino contra una disposición legal argüida de inconstitucional;

Que esto le permite retener en la especie, como prueba de la violación del artículo 39 de la Constitución de la República, además del hecho de que en la ley no consta que fuera declarada de urgencia, la declaración pública, no desmentida, formulada por el Presidente del Senado, sobre el particular, la cual aparece en la página 4-A de la edición del Listín Diario N30359, del 30 de diciembre del 2001, en la que reconoce “que la pieza legislativa no fue declarada de urgencia, sino que se conoció en primera lectura el 21 y al día siguiente se procedió a su conocimiento en segunda lectura”, lo que obviamente muestra que no se declaró la urgencia previa, para procederse como se hizo, ni se observó el intervalo de un día por lo menos, entre una discusión y otra, para prescindir de la declaratoria de urgencia; Que el intervalo a que se refiere el artículo 39 de la Constitución de la República consiste, por lo menos en un día libre para la reflexión, que debe mediar entre la primera y segunda discusión; que como en el caso de la especie las discusiones se produjeron en dos días consecutivos, es evidente que se incurrió en la irregularidad denunciada; Que como resultado de todo lo anteriormente expuesto, es evidente que en la aprobación por el Senado de la República de la citada ley, no se cumplieron los trámites constitucionales exigidos por el artículo 39 de la Constitución de la República y, por tanto, procede acoger la instancia de que se trata. Por tales motivos: Primero: Declara no conforme con la Constitución de la República y, por

tanto, nula la ley que declara la necesidad de modificar la precitada Constitución de la República en sus artículos 49, 55, 82, 89,90, 117 y 118, del 23 de diciembre del 2001; Segundo: Ordena que la presente sentencia sea comunicada al Procurador General de la República y publicada en el Boletín Judicial. *Sentencia del 3 de enero del 2002, B. J. 1093.*²⁸.

El ejercicio de la acción a posteriori, esto es, luego de haber sido promulgada y publicada la ley, parece no presentar mayores problemas o dudas.

En este sistema, las partes o el mismo juez de oficio, pueden promover la inconstitucionalidad de una ley y desechar su aplicación en el caso concreto de que este apoderado.

El efecto de esta declaratoria de inconstitucionalidad es relativa, y no ha de producir efecto erga omnes sino cuando habiendo sido recurrida en casación la sentencia que la pronuncia, una de las cámaras de la Corte Suprema, en funciones de Corte de Casación, comparta el criterio del tribunal que la dictó, admitiéndola y confirmándola en este punto.

A pesar de que, a nivel teórico, se ha cuestionado si la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por una de las Cámaras de la Suprema, efectiva y realmente produce o tiene los mismos efectos que el recurso de inconstitucionalidad por vía principal, esto es lograr la anulación de la ley declarada contraria al texto constitucional, al parecer éste es el criterio que prima en alto tribunal.

Y así, en su sentencia de fecha 22 de agosto del 2001, juzgando como Corte de Casación, la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, estatuyó en el sentido siguiente:

Partición de comunidad de bienes artículo 1463 del código civil declarado inconstitucional no tiene efecto retroactivo. Que si bien por decisión del 29 de noviembre del 2000 esta Corte declaró la no conformidad del artículo 1463 del Código Civil con la Constitución bajo el fundamento de que la disposición en él expresada constituye una discriminación entre el hombre y la mujer divorciada o separada de cuerpo con relación a los bienes de la comu-

28) Biaggi, Juan . Opus Cit

nidad en perjuicio de esta última, por conllevar la misma un atentado al principio de la igualdad de todos ante la ley y a la plena capacidad civil de la mujer casada, contenido en el artículo 8, incisos 5 y 15, letra d) de la Constitución de la República, los efectos de esa declaratoria no son aplicables en la especie, ya que la sentencia impugnada de la Corte de Apelación de San Cristóbal, fue dictada el 11 de mayo de 1993 cuando aún no había sido declarada la inconstitucionalidad mencionada y conservaba todavía todo su imperio lo dispuesto en el aludido artículo 1463; que si es cierto que ya ha sido pronunciada la inconstitucionalidad de la mencionada disposición, no menos valedero es que como esto sobrevino con posterioridad a que el juez de segundo grado produjera la decisión atacada, la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, no la puede tomar en consideración, en razón de que su misión se circunscribe en averiguar solamente si la sentencia que le ha sido deferida ha aplicado correctamente la regla de derecho vigente en el momento en que fue pronunciado el fallo impugnado;

*Sentencia del 22 de agosto del 2001, No. 8 B. J. No. 1089, páginas 85-87.*²⁹ ; Véase también en este sentido la sentencia del 6 de marzo del 2002, No. 8, B. J. No. 1096, páginas 98-99.

2.3. | El sistema Dominicano.

No cabe dudas al identificar el modelo de control de la Constitución en el estadio actual de nuestro derecho que se trata de un *sistema ecléctico o mixto* en el que conviven tanto el *control concentrado* de la constitución a cargo de la Suprema Corte de Justicia, como el *control difuso* a cargo de los tribunales inferiores, con las ventajas aprehendidas del sistema Europeo, pero sin la dependencia que muchos de ellos someten a los jueces inferiores, haciendo con ello compromisario a todos los juzgadores del sistema de ser garantes y guardianes de la Constitución.

En este sistema, y contrario a lo que se verifica en otros países, cuando la Suprema Corte de Justicia es apoderada vía una acción popular en inconstitucionalidad contra una Ley, Decreto, Reglamento, Resolución o cualquier otro acto emanado de uno de los Poderes del Estado, excluyen-

29 Biaggi, Juan . Opus Cit

do de entre ellos las sentencias de los tribunales, no es necesario citar a la parte o al órgano estatal de donde emana la decisión impugnada, a los fines de que este pueda ejercer su derecho de defensa y pueda así hacer contradictorio el debate sobre el asunto planteado, contrario a lo que se verifica en los casos de que la inconstitucionalidad de la ley, en su sentido lato, es promovida de manera incidental en el transcurso de un litigio. No obstante ello, el expediente contentivo de la acción de que se trata, es tramitado al Procurador General de la República, a los fines de opinión, la cual, sin embargo, no ata a los jueces.

Podríamos fundamentar este proceder, el no hacer de la acción una cuestión contradictoria entre el impetrante y el órgano de donde emana el acto atacado, en el hecho de que los órganos que conforman el Estado en su conjunto deben actuar sin intereses contrapuestos y distintos, estando así obligados, como un todo, al respeto y acatamiento de la Constitución, de donde dimanen sus poderes, estando por ende obligados a enmarcar sus actuaciones dentro de sus lineamientos.

Al efecto tres decisiones de la Corte Suprema Dominicana, son suficientes para verificar que se trata de un criterio sostenido de manera continua.

Citación al estado en un recurso de inconstitucionalidad no es necesario emplazarlo. Que en su dictamen el Procurador General de la República, solicita que se declare la nulidad de la acción en inconstitucionalidad que se examina, por violación a las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho de defensa del Estado Dominicano, que es la parte demandada, la que por tanto, debe ser debidamente citada;

Que contrariamente a lo planteado por el Procurador General de la República en su dictamen, ha sido juzgado por ésta Suprema Corte de Justicia, que ella es apoderada por instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa facultad constitucional es ejercida por quienes son autorizados, para que esta Corte, en virtud de esa competencia excepcional, juzgue si la ley, decreto, resolución o acto sometido a su escrutinio es contrario o no a la Constitución, sin que estén obligados a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieren resultar eventualmen-

te afectadas, puesto que al conocer la Corte del asunto, lo hace sin contradicción y por tanto, sin debate, a la vista sólo de la instancia que la apodera y del dictamen u opinión, si se produjera, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no impide que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, sometan por escrito dirigido a la Suprema Corte de Justicia, sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado, ni ninguna otra persona sino contra una disposición legal argüida de inconstitucionalidad; que esas actuaciones que no incluyen las citaciones, constituye el procedimiento que se observa en esta materia, el cual fue instituido por la sentencia del 1ro. de septiembre de 1995, de ésta Suprema Corte de Justicia, el que ha seguido observando cada vez que ha tenido la oportunidad de hacerlo; *27 de septiembre del 2000, No. 7, B. J. No. 1078, páginas 53-54.*

No-obligación de citar al estado. A que la ley, decreto, resolución o acto emanado de los poderes públicos, como normas sociales obligatorias, no se anulan o derogan mediante un procedimiento judicial que conlleve la citación del órgano emisor de la ley, decreto, resolución o acto de que se trate, pues dichos instrumentos legales se dejan sin efecto o validez, mediante las formas instituidas por la Constitución o la ley; que una de esas formas de anulación se alcanza mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia, apoderada directamente con esa finalidad por el poder Ejecutivo, por uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional, o por parte interesada, en caso de inconstitucionalidad; que tal como se explica más adelante, no supone en modo alguno el sometimiento a las reglas trazadas por los textos legales invocados por los oponentes; En cuanto a la necesidad de trazar el procedimiento para el conocimiento de la acción en nulidad por inconstitucionalidad, denunciada en su instancia por los oponentes, vale decir que la Suprema Corte de Justicia es apoderada por instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional, o por parte interesada; que esa facultad constitucional es ejercida, por quienes son así autorizados para que esta Corte, en virtud de esa competencia excepcional, juzgue si la ley, decreto, resolución o acto, sometido a su escrutinio, es conforme, es decir, no contrario a la Constitución, sin que estén obligados

por la Constitución o la ley, a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieran eventualmente resultar afectadas, ya que cuando esta Corte se avoca a ese análisis en virtud de los poderes que les son atribuidos por la Constitución de la República, lo hace sin contradicción y, por tanto, sin debate, a la vista sólo de la instancia que le apodera y del dictamen u opinión, si se produjera, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no es óbice para que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, hagan por escrito elevado a la Suprema Corte de justicia, sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado u otra persona sino contra una disposición legal argüida de inconstitucionalidad; *Sentencia No. 6, 16-6-99, B. J. No. 1063, páginas 81-82-83-84.*

No obligación de citar al estado. Que en cuanto al aspecto relativo a la necesidad de citación para conocer de la acción en inconstitucionalidad, ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia que toda ley, decreto, resolución o acto emanados de los poderes públicos, como normas sociales obligatorias, no se anulan o derogan mediante un procedimiento judicial que conlleve la citación del órgano emisor de la ley, decreto, resolución o acto de que se trate, pues dichos instrumentos legales se dejan sin efecto o validez, mediante las formas instituidas por la Constitución o la ley; que una de esas formas de anulación se alcanza mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia, apoderada directamente con esa finalidad por el Poder Ejecutivo, por uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o por parte interesada, en caso de inconstitucionalidad; *9 de febrero del 2000, No. 12, B. J. No. 1071, página 73.*³⁰

Por otra parte, los efectos, como ya hemos visto de las sentencias que puedan ser pronunciadas ya sea cuando se plantea el tema de la inconstitucionalidad de la ley en el transcurso de un pleito, o como una acción principal llevada ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia, serán diferentes.

En principio, cuando el planteamiento de inconstitucionalidad es admitido

en una litis internarte, tendrá un efecto relativo, pero que podría transformarse y producir consecuencias erga omnes, cuando dicho criterio, ya sea acogiendo la inconstitucionalidad propuesta ya sea rechazándola, sea conocida por la Corte de Casación.

Efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad. Que el ejercicio de la acción en inconstitucionalidad por vía principal da lugar a que la ley, decreto, resolución o actos en cuestión, sean declarados inconstitucionales y anulados como tales, erga omnes, o sea, frente a todo el mundo; mientras que la declaración de inconstitucionalidad por excepción o medio de defensa tiene un efecto relativo y limitado al caso de que se trate; *Sentencia No. 1, 6-08-98, B. J. No. 1053, Páginas 6 y 7.*³¹

Sin embargo, se puede plantear que, y no obstante el hecho de que una decisión del máximo tribunal dominicano que rechaza una acción en inconstitucionalidad de una ley, puede ser reintroducida ante dicho organismo, pero fundamentando dicho recurso sobre otra base distinta a lo juzgado, y empleando otros argumentos, sin que con ello se viole el principio de la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, que si tendrá aplicación, impidiendo con ello la reintroducción de la acción, cuando declare no conforme a la Constitución, bien sea una ley, un Decreto, un Reglamento, una Resolución, o cualquier otro acto del Estado por el cual manifieste su poder, y que sea, como hemos dicho, violatorio a la norma suprema .

En sentido contrario a esta tesis se ha pronunciado la Corte Suprema dominicana, cuando ha juzgado que:

Efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad. Que el ejercicio de la acción en inconstitucionalidad por vía principal da lugar a que la ley, decreto, resolución o acto en cuestión, pueda ser declarado inconstitucional y anulado como tal, erga omnes, o sea, frente a todo el mundo, mientras que la declaración de inconstitucionalidad por excepción o medio de defensa, tiene un efecto relativo y limitado al caso de que se trate;

Que por sentencia dictada por esta Suprema Corte de Justicia, el 14 de

30) Biaggi, Juan . Opus Cit

31) Biaggi, Juan . Opus Cit

junio del 2000, fue decidido que la Resolución No. 4-98 del 27 de octubre de 1998, no es contraria al Decreto No. 4875, del 7 de enero de 1998, ni a las disposiciones de la Constitución de la República, por lo que no procede juzgar de nuevo la inconstitucionalidad de la misma, ya que tal cuestión ha sido resuelta con carácter de cosa juzgada y con *efecto erga omnes*. 23 de agosto del 2000, No. 27, B. J. No. 1077, página 126.³²

El efecto de las sentencias que declaren la exclusión de la norma atacada del ordenamiento nacional, por ser contraria a los preceptos constitucionales, es general, y vinculante para todos los poderes públicos, y si bien, y contrario a lo que se verifica en otros países este efecto se verificara a partir de la publicación de dicha decisión en el órgano oficial correspondiente, en nuestro país, el mismo se tendrá por conocido a partir del momento en que se pronuncie la sentencia.

La acción en inconstitucionalidad no esta sujeta a la observancia de ningún plazo, no obstante la ley haber sido promulgada varias décadas antes de su interposición, y estarse aplicando de manera continua y sin tropiezos.

Al respecto, ha sido juzgado que

La acción en inconstitucionalidad no está sujeta a plazos para su ejercicio. Que en cuanto al alegato del Procurador General de la República, de que se trata de una acción perimida por aplicación del artículo 397 del Código Procedimiento Civil, ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia que es de principio que las reglas de la perención civil, contempladas en el citado texto legal, no son aplicables en materia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación; que, además, la perención del artículo 397 que tiene por efecto hacer declarar la instancia extinguida, en el proceso civil, no opera de pleno derecho ni puede ser suplida de oficio por el juez, por lo que tiene que ser demandada, lo que no ocurrió en la especie, por lo cual aún en esta hipótesis no se ha incurrido en la denunciada violación del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil; Sentencia No. 22, DEL 19 DE JULIO DEL 2000, B. J. No. 1076, páginas 151-152.- Ver también Sentencia No.4, 9-02-00, B. J. No. 1071.

32) Biaggi, Juan . Opus Cit

Perención. Las disposiciones del artículo 397 del código de procedimiento civil no son aplicables a los recursos de inconstitucionalidad. Que los oponentes alegan, por otra parte, que esta Suprema Corte de Justicia falló con relación a instancias perimidas, que aparte de que las instancias en cuestión permanecieron en poder de la Procuraduría General de la República por un tiempo superior al indicado en el referido artículo 397, adonde habían sido remitidas para fines de opinión, obstrucción en los procedimientos no imputables a la Suprema Corte de Justicia, es de principio que las reglas de la perención civil, contemplada en el citado texto legal, no son aplicables en materia constitucional ni ante la Suprema Corte de Justicia, ni como Corte de casación; que además, la perención del artículo 397 que tiene por efecto hacer declarar la instancia extinguida, en el proceso civil, no opera de pleno derecho ni puede ser suplida de oficio por el juez, por lo que tiene que ser demandada... Sentencia No. 6, 16-6-99, B. J. No. 1063, páginas 81-82-83-84.³³

Finalmente, aun cuando las partes hayan desistido o renunciado a su acción en inconstitucionalidad, habiéndose esta interpuesto ya sea de manera incidental o de manera principal, los tribunales inferiores o la propia Suprema Corte de Justicia, quedan obligadas a conocer y estatuir sobre dicha acción o pedimento, toda vez que teniendo las normas constitucionales un carácter de súper orden publico, los jueces están obligados a verificar si ciertamente se esta en presencia de una infracción a la norma suprema.

33) Biaggi, Juan . Opus Cit

CAPÍTULO III

INTERPRETANDO LA CONSTITUCIÓN Y LA SUPREMACIA DE LA MISMA.

Tradicionalmente se ha afirmado que, y contrario a las leyes adjetivas, la ley sustantiva de la nación ha de ser interpretada de manera estricta, limitando con ello el poder creativo de los tribunales y de la jurisprudencia. Pero la práctica de los tribunales constitucionales y de aquellos llamados a desempeñar estas atribuciones, parece ir superando este criterio, toda vez que a partir del texto constitucional se ha ido desarrollando una rica doctrina jurisprudencial que ha ensanchado, por un lado, los derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional, dándole un sentido más real a otros, delimitando unos y estableciendo sus esferas de influencias, y la responsabilidad del Estado en otros.

Pero la interrogante ¿de cómo interpretar el texto constitucional, que criterios aplicar o emplear para ello?, subsiste, toda vez que el artículo 4 del Código Civil Dominicano prohíbe al juez rehusar juzgar “pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”, obligándole a interpretar la ley, y siendo la Constitución una ley, no escapa de la esfera de aplicación de este artículo que no hace sino consagrar un principio general de derecho.

Y nos planteamos, ¿Cómo abocarnos a la interpretación de la Constitución? Para ello debemos primeramente, determinar, siguiendo a Hans Kelsen, citado por Miguel A. Valera, en su artículo “Principios que Caracterizan la Constitución y la Interpretación Constitucional”, cual es el objeto o función política de la máxima ley de la nación, el cual responde que “la función política de la Constitución es la de poner límites al ejercicio del poder, función que es garantizada por la institución encargada de velar por constitucionalidad de los actos que emanen de los órganos del Estado, es decir, suplir la certeza de que dichos límites no serán transgredidos”.³⁴

Pero, la función de la Constitución es mucho más amplia, pues en ella se ha de reflejar la misión social del Estado, y sus obligaciones para sus ciudadanos, de donde se puede hablar de una función social, y de una función jurídica, “pues a través de ella se consagra una idea unificada de derecho”,³⁵ o a mejor decir, un Estado de Derecho al consagrar y establecer las garantías mínimas jurisprudencialmente expandibles, como hemos apuntado antes, de los derechos fundamentales y consagrar los límites al ejercicio de los poderes que instituye.

3.1. | Principios constitucionales.

Sus principios, diseminados a lo largo del texto, en conjunto encierran el fundamento mismo de la ley sustantiva y su aplicabilidad por parte de sus intérpretes legítimos, los jueces y los tribunales jurisdiccionales lo que obliga que estos sean precisados.

El análisis del texto constitucional nos permite identificar los siguientes valores o principios:

3.1.1. | *Supremacía.*

La redacción del texto del artículo 46 de la Constitución vigente, no deja el menor resquicio de dudas, siendo un valor en sí mismo que se ha man-

³⁴ Valera, Miguel A. Estudios Jurídicos, volumen IX, numero 13, Septiembre-Diciembre 200, pagina 166. Santo Domingo: Ediciones Capeldom.

³⁵ Valera, Miguel A. Op.cit.

tenido incólume desde el texto de 1844, con contadas excepciones, y aunque a veces con una redacción diferente, pero siempre manteniendo el mismo espíritu de su superioridad como norma fundamental del Estado.

“Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, o acto contrario a esta Constitución”, supremacía que a su vez genera la subordinación de los demás regulaciones normativas que puedan emanar de los órganos estatales, y de los actos entre particulares.

3.1.2. | *Valor normativo.*

No cabe dudas de que la Constitución es en sí misma una norma, a la cual están sometidos no tan sólo quienes están llamados a gobernar, sino también a ser gobernados.

Su carácter normativo aparece consignado no sólo en el precitado artículo 46, sino también en el artículo 9 del texto vigente cuando dispone como uno de los fundamentales de todo habitante de la República “acatar y cumplir la Constitución y las leyes y obedecer las autoridades establecidas por ella”.

Ahora solo podía tener valor normativo vinculante si hay una defensa efectiva de sus principios en todos los asuntos jurisdiccionales que sean sometidos a los órganos llamados a aplicar la ley.

3.1.3. | *Legalidad.*

La legalidad de la Constitución no viene dada ni determinada sino en su carácter supremo y normativo, al definir y delimitar las facultades de cada uno de los poderes del Estado, prohibiendo de manera expresa en el artículo 4 la imposibilidad de delegar esas atribuciones exclusivas a otros de los órganos representantes. Es decir, los Poderes Públicos no pueden hacer más que aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes.

3.1.4. | *Inviolabilidad.*

Derivada de su propia supremacía, consagrado en el ya varias veces referido y citado artículo 46 y del texto del artículo 120 en cual proclama: “La reforma de la Constitución solo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamación popular.”

3.2. | Principios de la interpretación judicial:

Delimitado los valores y principios que animan la Constitución, y la sostienen, procedamos ahora a analizar los principios que deben caracterizar la interpretación constitucional.

3.2.1. | *Presunción de constitucionalidad.*

En principio se debe presumir que todo acto emanado de las autoridades políticas, presunción que dimana de la obligación que asumen la casi totalidad de los funcionarios público, de “hacer cumplir la Constitución y las leyes...” es constitucional.

De aquí que, y en principio todo acto debe reputarse conforme la Constitución, hasta tanto lo contrario sea determinado por organismo competente a tales fines.

La historia constitucional dominicana parece en este aspecto, y como hemos visto, apartarse del criterio doctrinal del “*Clear Mistake*”, que propugna en el sentido de que sólo cuando la violación o contradicción a la norma constitucional sea tan grosera que no deje dudas en el animo del juzgador sobre este hecho debe inclinarse, ante la duda, a concederle el carácter constitucional.

Hasta la constitución del 1929 se mantuvo en nuestro ordenamiento, el principio de que “En caso de dudas, el texto de esta (la constitución) debe prevalecer”, y es lógico que así suceda pues este parámetro o principio no es más que la secuela del principio ya estudiado de la supremacía del texto magno.

3.2.2 | *EL “Favor Libertatis”*

Se reconoce con él la potestad de los tribunales constitucionales de, jurisdiccionalmente y al interpretar los derechos fundamentales, expandir, dentro de un marco controlado por la prudencia, los derechos fundamentales y sus garantías, dando así nuevas opciones a la libertad como valor esencial de la democracia, forma de gobierno prevista por nuestra Constitución.

El mejor ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia de la Segunda Cámara de la Suprema Corte de Justicia del 17 de octubre del 2001, No.44, B. J. No. 1091, páginas 506-510.-

Accidente de vehículo de motor reclamación de reparación de daños y perjuicios. Facultad de la concubina de reclamarlos. Que, las uniones no matrimoniales, uniones consensuales, libres o de hecho, constituyen en nuestro tiempo y realidad nacional una manifestación innegable de las posibilidades de constitución de un grupo familiar, y las mismas reúnen un potencial con trascendencia jurídica; que si bien el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes, de ello no se puede deducir que siempre procede la exclusión de amparo legal de quienes convivan establemente en unión de hecho, porque esto sería incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de todo discrimen que la Constitución de la República garantiza;

Que, si bien la Constitución dominicana reconoce el matrimonio como fundamento legal de la familia, no se deriva de este precepto, haciendo una interpretación estricta de su contenido, que la concepción imperativa de la familia es aquella que se constituye exclusivamente sobre el matrimonio, toda vez que ello implicaría una vulneración al principio de igualdad que la misma Carta Magna garantiza; por consiguiente, se impone contar con fórmulas que garanticen justicia a todos los ciudadanos, en especial a la institución familiar, la cual presenta diversas formas de convivencia, a las que el derecho, en caso de conflicto, tiene que dar respuesta, sin ninguna distinción, no en base a una teoría abstracta de las realidades sociales, sino fundándose en el reclamo concreto de demandas específicas, de intereses reales, bajo una tutela judicial efectiva y eficaz;

Que, por otra parte, leyes adjetivas, interpretando la realidad social dominicana, se han ocupado en diversas ocasiones de regular y proteger, no sólo a la persona de los convivientes y sus bienes, sino también a la descendencia que esta relación pueda generar; que en tal sentido, la Ley No. 14-94 del 22 de abril de 1994, Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y su Reglamento, reconoce a la unión consensual como una modalidad familiar real, al igual que la familia cimentada en el matrimonio y, al mismo tiempo, protege su descendencia; que la Ley número 24-97 del 27 de enero de 1997, también reconoce la existencia de las uniones de hecho al tipificar como infracciones graves los actos de violencia doméstica, de agresión sexual y de abandono en que pueda incurrir un conviviente o exconviviente en perjuicio del otro; que además, el artículo 54 del Código de Trabajo por su lado, dispone: “El empleador está obligado a conceder al trabajador cinco días de licencia con disfrute de salario, con motivo de la celebración del matrimonio de éste; tres días en los casos de fallecimiento de cualquiera de sus abuelos, padres e hijos, o de compañera, y dos días para el caso de alumbramiento de la esposa o de la compañera debidamente registrada en la empresa”;

Que, el artículo 1382 del Código Civil, en el que se basa el ejercicio de la acción en responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por una persona, en su texto, ordena reparar, sin hacer distinciones, todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño; que de la misma manera, dicho texto legal no limita ni restringe la naturaleza del daño que se haya experimentado; que, en igual sentido, no discrimina con relación al lazo de parentesco que pudiera unir, en caso de que se produzca el hecho dañino, a la víctima con sus causahabientes que tengan la oportunidad de reclamar una reparación;

Que, tradicionalmente esta Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación ha sostenido el criterio de que las uniones no matrimoniales, consensuales, libres o de hecho, no podían presentar, en razón de su irregularidad misma, el carácter de un interés legítimo, jurídicamente protegido, criterio basado, obviamente, en la concepción de que la unión consensual constituye un hecho ilícito en el derecho dominicano; que, empero, en tal sentido, es preciso indicar que un hecho es ilícito en la medida en que trans-

grede una norma previa establecida por el legislador; que en ese aspecto, la unión consensual que nos ocupa, ya se encuentra prevista, considerada o aceptada por el legislador en el ordenamiento legal como una modalidad familiar, criterio que debe ser admitido, en casos como el de la especie, siempre y cuando esa unión se encuentre revestida de las características siguientes: a) una convivencia “more uxorio”, o lo que es lo mismo, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio, lo que se traduce en una relación pública y notoria, quedando excluidas las basadas en relaciones ocultas y secretas; b) ausencia de formalidad legal en la unión; c) una comunidad de vida familiar estable y duradera, con profundos lazos de afectividad; d) que la unión presente condiciones de singularidad, es decir, que no existan de parte de los dos convivientes iguales lazos de afectos o nexos formales de matrimonio con otros terceros en forma simultánea, o sea, debe haber una relación monogámica, quedando excluidas de este concepto las uniones de hecho que en sus orígenes fueron pérfidas, aún cuando haya cesado esta condición por la disolución posterior del vínculo matrimonial de uno de los integrantes de la unión consensual con una tercera persona; e) que esa unión familiar de hecho esté integrada por dos personas de distintos sexos que vivan como marido y mujer sin estar casados entre sí;

Que, de las normativas anteriormente descritas se infiere, que toda reclamación de daños y perjuicios supone el haber experimentado un daño; que ese daño constituya un atentado de singular importancia a los derechos de cada quien, generando por consiguiente, una acción; que en el caso de la especie, la señora F. M. S. D. al constituirse en parte civil, fundamenta sus medios en la violación a los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, demandando mediante la correspondiente acción el pago de una indemnización por la muerte de su compañero de vida B. G., en un accidente de tránsito en el cual resultó como prevenido J. de J. Q. L., siendo su comitente F. D., C. por A.; que por lo expuesto, la Corte a-qua debió valorar en amplio sentido el pedimento de la recurrente, de manera que su condición de convivencia no fuera un obstáculo a los fines de recibir una reparación por los daños que dice haber experimentado por la muerte de su compañero de vida, y por consiguiente, la sentencia debe ser casada en este aspecto;

Que, cuando ocurren accidentes de tránsito con víctimas mortales, sólo los padres, los hijos y los cónyuges están dispensados de probar los daños morales que les ha causado el deceso de su pariente, no así las demás personas vinculadas a las víctimas, quienes deben establecer ante los tribunales la relación de dependencia que existía entre ellos, bien sea por el estrecho vínculo afectivo o por su dependencia económica; que, en la especie, a lo que estaba obligada F. M. S. era a probar que su unión con el occiso reunía las características precedentemente expuestas, de lo cual se deriva de implícita el daño moral sufrido por ella;

*Sentencia del 17 de octubre del 2001, No. 44, B. J. No. 1091, páginas 506-510.*³⁶

3.2.3. | *Unidad interpretativa de la constitución.*

Es de principio que las normas constitucionales no deben ni pueden ser interpretadas de forma independiente y aislada, sino en su contexto general, y como un todo, de modo que debe existir una armonía entre la interpretación otorgada a determinada norma y el resto del ordenamiento constitucional y la finalidad que el mismo asegura y procura.

Como ejemplo se puede citar la siguiente sentencia

“Artículo impugnado: artículo segundo del decreto no. 317-99, del 29 de julio de 1999. Que el inciso 10 del artículo 55 de la Constitución de la República dispone: “Corresponde al Presidente de la República: celebrar contratos, sometiéndolos a la aprobación del Congreso Nacional, cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales, a la enajenación de inmuebles cuyo valor sea mayor de Veinte Mil Pesos Oro...”; que por otra parte, el inciso 19 del artículo 37 de la misma Constitución también dispone: “ Son atribuciones del Congreso: Aprobar o no los contratos que le someta el Presidente de la República de conformidad con el inciso 10 del artículo 55 y con el artículo 110”; que, como puede observarse, las disposiciones constitucionales que se transcriben más arriba, se refieren a enajenaciones de inmuebles cuyo valor sea mayor de Veinte Mil Pesos Oro; que el inciso 13 del artículo 8 de nuestra Carta Magna

36) Biaggi, Juan . Opus Cit

establece : “El derecho de propiedad. En consecuencia, nadie puede ser privado de ella sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor determinado por sentencia de tribunal competente. En casos de calamidad pública, la indemnización podrá no ser previa. No podrá imponerse la pena de confiscación general de bienes por razones de orden político”; que en la especie se trata de la enajenación de un inmueble perteneciente al Estado Dominicano, cuyo valor es mayor de Veinte Mil Pesos, no bastando para su perfeccionamiento el cumplimiento de las condiciones requeridas por la ley adjetiva para los bienes de los particulares, como erróneamente alega el impetrante, sino que se requería, además, de la aprobación del Congreso Nacional, de lo cual no existe prueba en el expediente;

Que, por otra parte, la Suprema Corte de Justicia no tiene capacidad constitucional, en virtud del principio de la separación de los poderes, para restituir la vigencia del Decreto No. 304-96, derogado por el Decreto cuya inconstitucionalidad se demanda, por lo que procede desestimar ese pedimento. Sentencia No. 1, del 1ro. de marzo del 2000, B.J. No. 1072, páginas 16- 17.”³⁷

Como se observa en esta decisión nuestro más alto tribunal delimita claramente las funciones de cada uno de los poderes del Estado, y su independencia, pudiéndose citar también como ejemplo la sentencia ya citada, en la que el pleno de la Suprema instaura el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.

3.2.4. | *Concordancia práctica de las normas constitucionales.*

En la practica pueden presentarse en ocasiones conflictos entre derechos fundamentales consagrados en la constitución, este conflicto tiente al interprete a buscar la posible conciliación entre los derechos encontrados, y en caso de incompatibilidad de este encuentro, a otorgar prioridad a uno de ellos.

En este caso el operador del sistema deberá jerarquizar, a partir de lo que considera el más importante de los derechos fundamentales, el de la vida y la integridad del ser humano asignándole de acuerdo a las libertades sociales y morales a los restantes una puntuación inferior y decidir estos en consecuencia.

El mejor ejemplo de esta valoración lo encontramos en la sentencia de la Corte de Casación Dominicana, de fecha 27 de septiembre del 2000, la cual la Suprema Corte de Justicia prioriza el interés superior del niño sobre el fundamento legal – constitucional de la familia en lo que a su protección como núcleo social fundamentado en un contrato civil, el matrimonio, consagra.

Ley impugnada: no. 14-94, que crea el código para la protección de niños, niñas y adolescentes. Que la Ley No. 14-94, que instituye el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, consagra los principios fundamentales contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, en cuya virtud, cada niño, niña o adolescente como persona humana en proceso de desarrollo, es sujeto de los mismos derechos fundamentales consagrados por la Carta de las Naciones Unidas, sin distinción alguna, independientemente de la raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico y social, o de su nacimiento; que dicha convención suscrita por la República Dominicana es una institución de derecho positivo dominicano, en virtud del artículo 3 de nuestra Carta Magna, por haber sido aprobada por el Congreso Nacional;

Que entre los derechos fundamentales reconocidos en favor del niño, niña y adolescente figura el derecho a una convivencia familiar y comunitaria, previsto en los artículos del 13 al 21 de la Ley No. 14-94, y en el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; que este derecho les corresponde tanto si nacen de una relación consensual, de un matrimonio o como consecuencia de una adopción, y gozarán de los mismos derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral; que cuando el artículo 19 de la citada Ley No. 14-94, entiende por familia además de la basada en el matrimonio, la comunidad formada por un padre y una madre, o por uno de ellos y sus descendientes, en el seno de una unión consensual o de hecho,

37) Biaggi, Juan . Opus Cit

la ley no hace sino consagrar este derecho en provecho de los menores de edad, de pertenecer a una familia cual que sea su origen, sin que con ello se menoscabe o viole la disposición del ordinal 15, literal c) del artículo 8 de la Constitución, que reconoce el matrimonio como fundamento legal de la familia; que por otra parte, cuando el artículo 15 de la Constitución consagra la obligación del estado de otorgarle a la familia su mas amplia protección, con el fin de robustecer su estabilidad y bienestar, su vida moral, religiosa y cultural, no hace mas que robustecer este derecho, porque en ello impera el interés superior del niño, concepto que ha cobrado vigencia a partir de la convención internacional citada;

Que el artículo 26 de la Ley No. 14-94 se fundamenta en un principio de carácter social consagrado en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, que atribuye carácter provisional a las decisiones que estatuyen sobre la provisión de alimentos y guarda de hijos menores por encontrarse sujetos a los cambios necesarios en la situación de éstos, si el interés de dichos menores así lo exige; que por las razones expuestas, no podría considerarse el citado artículo 26 violatorio de los principios constitucionales consagrados en el artículo 8 ordinal 2, literal h) y el ordinal 3 numeral 5 de la Constitución, según los cuales nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, y de que ninguna ley puede ordenar lo que no sea justo y útil para la comunidad;

Que los artículos 190 y 194 de la Ley No. 14-94, incluidos en el título dedicado a las medidas de protección para aplicar en los casos de infracciones de la ley penal cometidos por menores de edad, determinando, el primero, una escala desde la orientación, apoyo y vigilancia temporal o libertad asistida, hasta la privación de libertad en un programa especializado; y el segundo, reconociendo, en favor del Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes la facultad de recomendar la guarda y cuidado de un niño, niña y adolescente a los familiares que ofrezcan mejores garantías para su desarrollo, justifican los propósitos de la Ley No. 14-94 expuestos precedentemente; que los motivos que fundamentan las violaciones constitucionales alegadas por la impetrante, respecto de los artículos 249 literal f), en el sentido de que el Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes carece de facultades para dictar órdenes de conducencia, y de que al juez se le atribuyen, además de sus

funciones jurisdiccionales, las de ejecutar sus decisiones, queda desmentida por el artículo 155 de la referida ley, en cuya virtud, los representantes del ministerio público son los encargados “de dar fiel ejecución” a las disposiciones dictadas por los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes en la materia de alimentos a favor de los hijos menores de edad, facultad que en el silencio de la ley, debe extenderse a los demás casos en los que sea necesario ejecutar las decisiones de dichos tribunales; que, por otra parte, el artículo 158 reconoce al Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes y no al juez, la facultad de efectuar las diligencias pertinentes, a pedimento de parte, o de oficio, frente a los organismos extranjeros de protección al menor, a fin de obtener la ejecutoriedad de las sentencias dictadas por los tribunales dominicanos; que, además, los artículos 266 y siguientes de la ley comentada expresan que el juez, al cumplir y hacer cumplir sus fallos, puede requerir el auxilio de la fuerza pública, cuando sea necesario, lo que demuestra que el juez de niños, niñas y adolescentes deberá cumplir, en caso de ejecución de una sentencia, la formalidad de solicitar el auxilio de la fuerza pública, no asumiendo en tal virtud las funciones correspondientes al ministerio público; que las señaladas disposiciones legales justifican los propósitos de la Ley No. 14-94 al cumplir con el canon constitucional de ser justas y útiles a la sociedad. *Sentencia No. 7; 27 de septiembre del 2000, B.J. 1078, páginas 54-58.*³⁸

3.2.5. | *La determinación de los derechos y normas constitucionales implícitos.*

La declaración de los derechos fundamentales consagrados en la constitución, no es limitativa, sino meramente enunciativa o enumerativa, de ahí que, y como apuntábamos antes, en países de fuerte tradición constitucional los órganos jurisdiccionales al interpretar el texto magno no se limitan ni se han limitado a la mera defensa de los mismos sino que no han ido estableciendo como fundamento esencial de ellos la existencia de valores supra constitucionales, que lo constituye el derecho natural, y otros consagrados en tratados internacionales.

38) Biaggi, Juan . Opus Cit

Como fundamento de este concepto, el artículo 10 de la Constitución dispone que: “La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa y por consiguiente no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”.

Mientras que, en el segundo párrafo del artículo 3 se establece que, “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida que sus poderes públicos las hayan adoptado..”

De suerte y manera tal que una norma podría ser declarada inconstitucional cuando vulnere no tan solo algún texto o un principio constitucional, sino cuando pueda también vulnerar cualquiera de los principios escritos o no escritos que tiendan a asegurar el perfeccionamiento progresivo dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos, que establece el artículo 8 del texto constitucional.

Un ejemplo de lo afirmado lo encontramos en esta decisión,

“ Que con respecto a lo planteado por la recurrente en la segunda parte de su primer medio, el estudio del fallo impugnado revela que en el mismo se expresa lo siguiente: “que el derecho de acceso a la justicia, o derecho a la jurisdicción, es una derivación del derecho a ser oído que consagra el acápite j) ordinal 2, del artículo 8 de la Constitución de la República; asimismo el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita en San José en fecha 22 de noviembre de 1969, ratificada mediante Resolución No. 739, de nuestro Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 25 de diciembre de 1977, que establece en la parte capital lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; así como del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, votada en fecha 30 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones

Unidas, de la cual es signataria la República Dominicana y que establece que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones”..., disposiciones éstas últimas, que se encuentran amparadas en la parte final del artículo 3 de la Constitución de la República que reza: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional General y Americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”;

Que de lo transcrito precedentemente se desprende, que contrario al criterio de la recurrente, las motivaciones de la sentencia impugnada justifican plenamente lo decidido en el sentido de que el “solve et repete” constituye un obstáculo o restricción al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que precisamente está garantizado por el artículo 8, acápite j, ordinal 2 de la Constitución de la República, así como el artículo 8, parte capital de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, texto que, al igual que el anterior, trata de las garantías judiciales y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que dicho convenio fue firmado por la República Dominicana, el 7 de septiembre de 1977 y ratificado por el Congreso Nacional, el 25 de diciembre del mismo año, mediante Resolución No. 739; por lo que este aspecto del primer medio también carece de fundamento y procede desestimarlo;

Que en cuanto al alegato de la recurrente en el sentido de que el Tribunal a-quo, ha hecho una interpretación inconsistente de los artículos 8, ordinal 5 y 100 de la Constitución de la República al declarar la inconstitucionalidad del “solve et repete”, en la sentencia impugnada se expone al respecto lo siguiente: “que de igual manera los artículos 63 (1ra. parte), 80 y 143 del Código Tributario de la República Dominicana, consagran implícitamente un privilegio, ya que sólo tendrían la oportunidad de que le sean conocidos los recursos contenciosos tributarios, a aquellos contribuyentes que estén en condiciones de satisfacer previamente el monto de los impuestos, contribuciones, tasa, etc., lo que no ocurriría así con aquellos que se encuentren en la imposibilidad económica de satisfacerlo, independientemente de lo fundado que pudiera resultar su recurso, es

decir, que el derecho de acceso a la justicia que constituye uno de los elementos fundamentales del derecho de defensa, estaría condicionado por el mayor o menor grado de disponibilidad económica del recurrente, lo cual, es contrario al artículo 8 (parte in fine) del inciso 5 de la Constitución de la República, que dispone: “La ley es igual para todos: No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica”; así como el artículo 100 de nuestro texto fundamental que dispone que “la República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos”;

Que de lo que se acaba de copiar se desprende, que el Tribunal a-quo interpretó correctamente el artículo 8, ordinales 2 y 5 de la Constitución de la República Dominicana, al considerar que los artículos 63, primera parte, 80 y 143 del Código Tributario, que consagran el “solve et repete”, o sea, el pago previo de los impuestos, como condición para ejercer el recurso ante ese tribunal, violan dicho precepto constitucional; ya que, sin lugar a dudas, tal exigencia constituye una restricción al ejercicio de las acciones y recursos creados por la ley, lo que vulnera los principios del derecho de defensa, el de la igualdad de todos ante la ley y el de libre acceso a la justicia en el que toda persona perjudicada por una decisión tiene derecho a quejarse ante los jueces superiores, los cuales constituyen pilares esenciales del régimen democrático, consagrado por el citado artículo 8, ordinales 2, acápite j) y 5 de la Constitución de la República; por otra parte esta Corte considera que la exigencia del “solve et repete”, constituye una limitante al libre acceso a la justicia y por consiguiente quebranta la igualdad de todos ante la ley, puesto que la exigencia de dichos artículos del Código Tributario coloca a los recurrentes ante la jurisdicción Contencioso-Tributario en una situación de franca desigualdad y en un estado de indefensión, al invertir las reglas habituales del proceso y condicionar la admisión de sus recursos, a que previamente hayan satisfecho el pago de las diferencias de impuestos liquidadas por la administración tributaria, lo que obviamente es discriminatorio y contrario a los preceptos constitucionales interpretados correctamente por el Tribunal a-quo en su sentencia;

Que si bien es cierto el argumento de la recurrente en el sentido de que,

según lo previsto por el artículo 9, acápite e) de la Constitución de la República, toda persona está obligada a contribuir para las cargas públicas, en proporción a su capacidad contributiva, no es menos cierto, que esta obligación no puede constituirse en un valladar para el ejercicio de los derechos fundamentales que tiene la misma, ni puede ir esta contribución contra tales derechos, a los cuales violenta el requisito del pago previo, como son: el derecho de defensa, el de la igualdad ante la ley y el libre acceso a la justicia, los que indudablemente ocuparían en la sociedad un plano inferior al deber de contribuir que tiene toda persona en proporción a su capacidad, de mantenerse la exigencia del “pague y después reclame”, lo que equivale decir, “pague para que se le permita ir a la justicia”; por lo que, no se puede pretender a nombre de esta obligación, desconocer dichos derechos, ya que de nada valdría que existieran, si los mismos van a sucumbir frente a los deberes, los que deben ser cumplidos, pero respetando el orden correlativo de las prerrogativas, reconocidas y garantizadas a toda persona por la Carta Fundamental del Estado;

Que también aduce la recurrente que el “solve et repete” no es óbice al libre acceso a la justicia, porque el Código Tributario lo exige bajo condición de reembolso; que, contrariamente a ese criterio de la recurrente, esta Corte entiende que la existencia del reembolso no justifica la obligación del pago previo para tener acceso a la jurisdicción contencioso-tributaria, puesto que, resulta obvio que su recurso obedece a su inconformidad con el cobro pretendido y el hecho de que se le exija el pago previo, limita su libre acceso a discutir su caso por ante esa jurisdicción, a la vez que condiciona su derecho de defensa, independientemente de que se le garantice el reembolso si obtiene ganancia de causa; por lo que, en consecuencia, los alegatos de la recurrente en la segunda parte de su primer medio, carecen de fundamento y deben ser desestimados;

Que en la tercera y última parte de su primer medio la recurrente expresa, que el Tribunal a-quo al declarar en su sentencia la inconstitucionalidad de los artículos 63, primera parte, 80 y 143 del Código Tributario, ha desconocido la potestad legislativa absoluta que le confiere la Constitución de la República al Congreso Nacional, en los ordinales 1 y 23 del artículo 37 de “establecer los impuestos y determinar el modo de

su recaudación” y de “legislar acerca de toda materia”, por lo que resulta incontestable que dichos textos le confieren al legislador la facultad de fijar las normativas procesales aplicables a la materia jurídica tributaria y al modo de recaudación impositiva y que el pago previo constituye a la vez, tanto una formalidad de procedimiento, como un mecanismo legal de recaudación a fin de asegurar el cobro íntegro y oportuno de los valores impositivos adeudados a la administración tributaria, pero;

Que contrariamente a esa tesis de la recurrente, esta Suprema Corte de Justicia sostiene el criterio de que la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 63, primera parte, 80 y 143 del Código Tributario, no desconoce esa exclusiva atribución del Congreso Nacional, ya que si bien es cierto que ese Poder del Estado está facultado para la función legislativa, no es menos cierto, que la misma debe ser ejercida de acuerdo a los preceptos constitucionales, dentro de los cuales figuran los que le reconocen a toda persona una serie de prerrogativas y facultades, que son inherentes a la misma, por lo que cualquier ley emanada del Congreso Nacional en ejercicio de esta atribución, debe respetar esos derechos individuales, ya que de lo contrario, como en el caso de los artículos 63, primera parte, 80 y 143 del Código Tributario, se estaría en presencia de un desconocimiento de los preceptos constitucionales consagrados por el artículo 8, ordinales 2, acápite j) y ordinal 5, lo que está sancionado con la nulidad de dichos artículos del Código Tributario, por ser contrarios a la Constitución de la República, conforme lo establece el artículo 46 de la misma; que por tanto, esta Corte considera que dichos textos fueron interpretados correctamente por el Tribunal a-quo en su sentencia; en consecuencia, procede rechazar el primer medio de casación invocado por la recurrente, por improcedente y mal fundado;

Que contrario a lo expuesto por la recurrente el estudio del fallo impugnado revela que el Tribunal a-quo hizo una correcta interpretación de los textos constitucionales aplicables al caso a fin de resolver el medio de excepción que fue planteado por la recurrente ante dicha jurisdicción, relativo a la inconstitucionalidad de la exigencia del pago previo, con lo cual dicho Tribunal a-quo dio estricto cumplimiento al citado artículo 164, ya que en el mismo se establece que todas las sentencias del Tribunal Contencioso-

Tributario se fundamentarán en los principios del derecho tributario y en los preceptos adecuados del derecho público aplicables al caso de la especie; que por otra parte y en cuanto a lo alegado por la recurrente, en el sentido de que la sentencia impugnada contiene motivos incongruentes, del análisis de la misma se infiere que el Tribunal a-quo no ha incurrido en el vicio denunciado por la recurrente en su tercer medio, sino que por el contrario, dicha sentencia contiene motivos suficientes y pertinentes que justifican el dispositivo de dicho fallo y que han permitido a esta Corte verificar que en el presente caso se ha hecho una correcta aplicación de la ley; por lo que los medios que se examinan carecen de fundamento y deben ser desestimados; por todo lo cual, el recurso de casación de que se trata, debe ser rechazado, por improcedente y mal fundado; *8 de noviembre del 2000, No. 8, B.J. No. 1080, páginas 616-626. Ver también 29 de noviembre del 2000, No. 32, y 31,33. 22 de nov. 2000 No.25, 15-11-00, Nos. 16 y 17, 8-11-00 No. 10 15 de Sentencia del 16 de mayo del 2001, No. 21.39*

3.2.6. | *Continuidad en las decisiones.*

Este principio, como señala Miguel A. Valera, en la ut supra citada obra, encierra dos puntos de interés a considerarse en el juicio de constitucionalidad de un estado de derecho.

Estos son:

a) *La consecuencia de la decisión tomada o ratio decidendi*

La prudencia es una de las obligaciones inherentes al acto de juzgar, y de la conducta del jugador.

Sus decisiones, que pueden ser la de eliminar una norma del sistema, puede traer como consecuencia inmediata la creación de un vacío legal, que dificulte de manera general la aplicación de justicia en futuros casos particulares, aunque para este caso cobraría imperio el principio consagrado en el artículo 4 del Código Civil.

De ahí que la resolución del caso en abstracto debe necesariamente considerar su influencia en posibles situaciones concretas.

Dedúcese entonces que, cuando se tache o declare una ley como inconstitucional el juzgador puede válidamente optar por mantener la norma vigente en lugar de preferir las posibles consecuencias legales que pueda implicar el vacío legal al ser declarada contraria a la Constitución máxime cuando dicha inconstitucionalidad no sea obvia, ó cuando la interpretación a la norma constitucional no nos permita establecer que exista una violación grosera a la misma.

Ejemplo de esto, es la siguiente decisión.

Ley impugnada: no. 141-97, sobre la reforma de la empresa pública, del 24 de junio de 1997 Que integran el dominio privado del Estado, el conjunto de bienes de su pertenencia que, sujetos a ciertas reglas y modalidades, están sometidos al mismo régimen jurídico que los bienes de los particulares y, por tanto, son enajenables, en tanto que, los bienes del dominio público son aquellos inmuebles que deben estar permanentemente a disposición del público o de ciertos servicios públicos y, por tanto, son inajenables; que la enumeración de los bienes que constituyen el dominio público en la República Dominicana, no es hecha por la Constitución sino por el Código Civil y leyes especiales, como se indica, por ejemplo, en los artículos del 538 al 541 de dicho código; que en la enumeración contenida en estos textos legales ni en la Ley No. 208, de 1964, que modifica la Ley Orgánica de la Corporación Dominicana de Electricidad, ni en ninguna otra disposición legislativa, se reconoce a esa empresa autónoma como que forma parte del dominio público del Estado, lo cual se robustece por el hecho de que la misma Ley No. 208, de 1964, faculta en su artículo 9, párrafo j) al consejo directivo de la mencionada corporación, como se ha visto arriba, a, entre otras cosas, enajenar y transferir el dominio de toda clase de bienes muebles e inmuebles de la indicada entidad, texto este último que equivale, en caso de que existiera, a una desafectación del dominio público;

Que las empresas públicas sujetas a la aplicación de la Ley No. 141-97, del 24 de junio de 1997, según el artículo 3 de la misma son: Las que integran la Corporación Dominicana Empresas Estatales (CORDE), Corporación Dominicana de Electricidad, la Corporación de Fomento de la Industria Hotelera y el Consejo Estatal del Azúcar, las cuales son sus-

ceptibles, de conformidad con el artículo 16 de dicha ley, de ser capitalizadas por inversionistas nacionales y/o extranjeros, objeto de concesiones, arrendamiento o sus acciones transferidas y/o activos vendidos en la proporción de un cincuenta por ciento (50 %) de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad, en cada caso;

Que las empresas públicas que son parte del patrimonio de cada una de las entidades mencionadas, si bien algunas de ellas pueden ser calificadas como de servicio público, como la Corporación Dominicana de Electricidad, no por ello pierden su condición de pertenecer a la masa de bienes que integran el dominio privado del Estado, los cuales, conforme al artículo 37, párrafo 4, in fine, de la Constitución, son enajenables, en la forma indicada por ésta; que, como ya se ha señalado, los bienes del dominio público son establecidos por la ley, y ésta no lo ha consagrado así con respecto a ninguno de los bienes que componen los activos de las empresas sujetas a la aplicación de la denominada Ley General de Reforma de la Empresa Pública No. 141-97; que aún en el caso de que esos bienes no sean susceptibles de propiedad particular porque la ley los haya considerado como dependientes del dominio público, el hecho de que el mismo poder que los erigió como tales les haya retirado ese status, como ocurre con la Ley No 141-97, del 24 de junio de 1997, la que permite la enajenación, constituye la desafectación o liberación del dominio público a que estaban sometidos;

Que en lo que concierne a que “el Estado podrá convertir sus empresas en propiedades de cooperación o economía cooperativista”, interpretado por los impetrantes en el sentido de que sólo eso es posible hacer con las empresas del Estado y sus instituciones, esta Suprema Corte de Justicia es del criterio que el artículo 8, numeral 13, letra b) de la Constitución, contentivo de la norma acabada de transcribir, no es excluyente de otras prerrogativas y facultades que tiene el Estado como propietario de bienes muebles e inmuebles, si no les han sido retiradas de manera expresa por la Constitución o la ley; que en apoyo de esta interpretación, contraria obviamente a las deducciones hechas por los impetrantes, se destaca la circunstancia de que la fórmula utilizada por la Constitución en la norma que expresa que “el Estado podrá convertir sus empresas...”, reaparece

varias veces en el propio artículo 8 de la Constitución, como cuando en el numeral 6 de este artículo se establece que “toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento...” o cuando expresa en el numeral 11 que “la ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo”, sin que ello implique limitación alguna a la persona de ejercer otros derechos o a la ley establecer otras reglas, siempre que no sean de la competencia de otro Poder del Estado, o contrarias a la Constitución; que, si el constituyente hubiera tenido la intención de que las empresas del Estado no pudieran ser convertidas sino en propiedades de cooperación o economía cooperativista, el artículo 8, párrafo 13, letra b) de la Constitución, habría sido redactado en otros términos, haciendo constar que el Estado podrá convertir sus empresas únicamente en propiedades de cooperación o economía cooperativista;

Que la expresada Ley No. 141-97 en su artículo 24 establece muy claramente que “las empresas públicas objeto de los procesos de capitalización de que trata la presente ley, que operan en base a los monopolios y/o posición dominante del mercado establecida en su beneficio por el Estado, no pueden traspasar dichos privilegios, por lo que se les otorga un período de transición de 24 meses para la erradicación de dicha práctica y aplicación de la libre competencia”, por lo que es preciso estimar que dicha ley contiene las disposiciones suficientes para evitar monopolios a favor de particulares; que asimismo, si bien es cierto que la Constitución consagra en el numeral 12 de su artículo 8 la libertad de empresa, comercio e industria, así como que sólo podrán establecerse monopolios en provecho del Estado o de instituciones estatales, ello está condicionado, conforme a la misma disposición constitucional, a que la creación y organización de esos monopolios se hagan mediante ley; que en la especie, las empresas “Molinos Dominicanos”, “Molinos del Norte”, en el renglón de la harina, como lo son en sus respectivos ramos, “La Industria Nacional del Vidrio”, “La Fábrica Nacional del Papel”, y otras semejantes, pertenecientes al patrimonio de la Corporación Dominicana de Empresas Estatales (CORDE), aparte de que no constituyen la explotación de servicios públicos, no existe, de otra parte, disposición legal en virtud de la cual esas empresas quedaran creadas y organizadas como

monopolios del Estado o de sus instituciones, requisito indispensable y sin el cual las mismas no pueden ser consideradas como tales, como alegan los impetrantes, y, por tanto, la enajenación de una parte de su capital accionario, no viola la disposición constitucional citada; que en cuanto a los servicios que rinden los aeropuertos comerciales y puertos marítimos de la Nación y las vías públicas terrestres, también citados por los Impetrantes, si bien tienen las características de servicios públicos y, por tanto, susceptibles de monopolio, por parte del Estado o de sus instituciones, la circunstancia de que no exista una ley que así lo disponga, como se dice antes, impide considerar como monopólicos esos servicios;

Que, por otra parte, que los artículos 12, 13 y 16 de la Ley No. 141-97, imputados por los impetrantes como violatorios del principio de la separación de los poderes y de la indelegabilidad de sus atribuciones, se refieren a la forma y manera en que el Poder Ejecutivo podrá proceder a la capitalización prevista en esa ley; que, contrariamente a lo así alegado, el Congreso Nacional lejos de infringir esos principios al dictar la Ley No. 141-97, puso en práctica la atribución que le asigna la Constitución, precisamente en el artículo 37, párrafo 4, de proveer a la enajenación de los bienes del dominio privado de la Nación, como son las empresas públicas comprendidas en el artículo 3 de la indicada Ley No. 141-97;

Que si el proceso de privatización que se desarrolla en estos momentos en la República Dominicana y en muchos países del mundo no obedece, como se afirma en la instancia, a un auténtico criterio gerencial para mejorar el manejo de los patrimonios nacionales, sino a una estrategia de los acreedores internacionales diseñada para el pago de la deuda externa por parte de los países deudores, es obvio, en lo que al país se refiere, que la vía elegida por los impetrantes para detener ese proceso, impulsado por la Ley No. 141-97, no resulta apropiada, pues, como se ha visto, no se advierte en la Ley No. 141-97, objeto de la instancia a que se contrae la presente decisión, ninguna violación a la Constitución de la República, que las haga declarar no conforme con sus disposiciones; que admitir, después del examen realizado, que son contrarias a la Constitución las indicadas leyes, vulneraría el Estado de Derecho por cuyo fortalecimiento debe velar permanentemente la Suprema Corte de

Justicia, en su rol de guardiana de la Constitución y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en ella, por todo lo cual procede desestimar la petición de que se trata. *Sentencia No. 9, del 19 de julio del 2000, B.J. No. 1076, páginas 69-74.*⁴⁰

b) *Stare. Decisis*

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, y por aplicación de las disposiciones del artículo 5 del Código Civil, los jueces no están facultados “a fallar por vía de disposición general y reglamentarias las causas sujetas a su decisión”, lo que implica el extrañamiento en nuestro ordenamiento de los precedentes obligatorios que caracterizan el sistema anglosajón y que tienden asegurar la seguridad jurídica y el de igualdad antes la aplicación de la ley, pues a través de ese sistema se establece un patrón sobre situaciones específicas que asegurará dicha igualdad, no es menos cierto que cuando se trata de interpretación constitucional, las decisiones adoptadas por el máximo tribunal de la nación, si tienen un efecto vinculante para los tribunales inferiores, en lo decidido.

3.2.7. | *Preferencia de la vía contenciosa a la acción popular.*

La tendencia de los tribunales constitucionales o de aquellos que tienen esta facultad concentrada, se inclinan más a la aceptación del dicho recurso de inconstitucionalidad por la vía indirecta, o sea a través de la presentación de incidentes de inconstitucionalidad en un litigio inter partes, que al apoderamiento mediante la denominada “acción popular”, esto es, el apoderamiento directo de la acción en inconstitucionalidad.

Este principio fue aplicado por nuestra Corte de Casación en su sentencia del 9 de febrero del 2000, cuando juzgó que:

“Que los demás alegatos de inconstitucionalidad invocados por los imponentes, se refieren a la no conformidad del aludido Decreto No. 319-97 con determinadas leyes, decretos y resoluciones y no precisamente a ningún precepto constitucional, caso este último en que cuando ocurre, la

Suprema Corte de Justicia puede ejercer, al margen de toda contestación entre partes, su control sobre la constitucionalidad; que como el vicio que se le imputa al señalado decreto en esos alegatos es su ilegalidad, por ser contrario a leyes, decretos y resoluciones, su control por vía directa no corresponde a la Suprema Corte de Justicia; que el control de la legalidad, por el contrario, se ejerce por vía de la excepción de ilegalidad promovida en ocasión de un proceso ante los tribunales inferiores del orden judicial, y luego, ante la Suprema Corte de Justicia, como Corte de casación; que como la acción intentada, en el aspecto que se examina, no reúne las condiciones señaladas, procede que la misma sea desestimada. *Sentencia No. 2, 9 de febrero del 2000, B.J. No. 1071, páginas 11-12.*⁴¹

Sobre estos principios, y teniéndolo en cuenta debemos puntualizar, como lo señala el profesor Arturo Hoyos, en su obra “La interpretación Constitucional”,⁴² que la interpretación judicial es una variante de la interpretación jurídica, en la cual debe estar fundamentada en los siguientes puntos: 1. Su objeto, que consiste en textos no tan solo de valor constitucional, sino también de derechos con valores supra constitucionales inherentes a todo ser humano sin necesidad de que expresamente estén consagrados en texto alguno; 2. Sus fines, control formal y material de las normas de aplicación general; 3. Su actor, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, una de sus Cámaras, o los demás tribunales del orden judicial y contencioso; 4. Por los principios especiales ya anotados que regulan esta interpretación; 5. Por su matiz político en el sentido de que regulan actuaciones de órgano políticos del Estado.

4) *Iniciativa de la Declaratoria de Inconstitucionalidad en el Sistema Difuso de las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas y Actos.*

Como ya hemos apuntado, la tendencia de los tribunales constitucionales es propiciar la acción en inconstitucionalidad por la vía indirecta, a través de incidentes de inconstitucionalidad de las leyes que entiendan vulneran derechos fundamentales o atenten contra ella, y cuando sean de interés particular, a la vía directa o acción popular, toda vez que se ha querido reservar esta vía a aquellas leyes que de un modo u otro impactan de

40) Biaggi, Juan . Opus Cit

41) Biaggi, Juan . Opus Cit

42) Hoyos, Arturo. “La interpretación Constitucional”. Bogota: Editorial Temes, S. A.

forma general, no a los particulares, sino al ordenamiento político y general del Estado como tal, o que estén investidas de un carácter eminentemente político.

Y es en el sistema difuso del control de la constitucionalidad, donde mayor riqueza doctrinal puede encontrarse en cuanto a la interpretación de la norma constitucional, pues al constatar la ley particular aplicable o aplicada en el caso particular, con la norma constitucional, los intérpretes y juzgadores desarrollen una labor creativa de mayor contenido práctico.

Al presentársenos como juzgadores un incidente de inconstitucionalidad de una ley, por una de las partes en juicio, debemos tener presentes que:

1) *la carga de la prueba* no se aparta de las previsiones del artículo 1315 del Código Civil, es decir que corresponde a aquel a quien alega la inconstitucionalidad de la norma hacer la prueba de la misma, esto es establecer la discrepancia existente entre la ley y el texto constitucional que se alega.

2) *La prueba*, en este caso, no se trata de probar un hecho, sino de probar la razonabilidad, la racionalidad y la vulneración de los principios generales que establezca el texto constitucional, lo que y en principio, la prueba de la inconstitucionalidad, en la mayoría de los casos, se ha de hacer en base a puros argumentos y razonamientos.

Excepcionalmente, la situación es obvia, al comparar la ley impugnada con la del texto constitucional.

La doctrina norteamericana y la española han desarrollado la tesis o teoría del “clear mistake” (el error claro), que se fundamenta sobre la base de que toda ley en principio debe reputarse conforme a la Constitución y que en caso de duda razonable debe primar el criterio de constitucionalidad.

3) *En cuanto al aporte de la prueba*, tratándose de leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas, la prueba de su existencia no recae sobre las partes, pues el juez no puede exigir su presentación, pero si se tratase de un acto que afecte de manera particular al impetrante, este debe hacer la prueba

de su existencia, por no ser o estar, en principio en el dominio público, como lo están las leyes.

No debemos olvidar en este aspecto que, el juez constitucional o juzgando aspectos de inconstitucionalidad tiene un papel activo a los fines de proporcionar o suplir de oficio el derechos no invocados por las partes y decidir sobre la inconstitucionalidad señalada.

Se plantea la cuestión de saber si el juez de oficio y estando apoderado de asuntos de interés privado puede pronunciar la inconstitucionalidad de un acto, o de una ley, decreto, reglamento, ordenanza u acto administrativo o interparte, cuando en el mismo se vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución y que pueden afectar a un tercero, o a las mismas partes, que por desconocimiento o ignorancia no plantean la violación de este derecho.

También, en ocasiones se plantea la duda de que juzgar primero, los medios de inadmisión planteado por una de las partes a la acción de su contrario, o la excepción de inconstitucionalidad de la ley, decreto, reglamento, resolución o acto administrativo.

Sobre el primer aspecto, y a partir de las disposiciones combinadas de los artículos 8, 9, literal a), artículo 46, 99, 106 y 120 de la Constitución de la República; artículo 3 y 6 del Código Civil, la respuesta es obvia, el juez deberá en todo litigio y de oficio pronunciar la inconstitucionalidad de cualquier texto que vulnere principios constitucionales.

Al efecto, una rápida lectura de dichos textos permite sustentar, que más que una posibilidad para el juez de ejercer el control de la constitucionalidad de forma activa, y de oficio, es una obligación que viene dada por el mismo texto y por las leyes adjetivas que de ella se derivan como del juramento prestado al asumir su cargo

Esta obligación se manifiesta de forma más enérgica en los procesos jurisdiccionales sometidos por las partes a los tribunales para su solución, en los cuales, y en ocasiones, se manifiestan de manera individual y particular violaciones de derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional, y que el juez está obligado a velar por su no vulnera-

ción.

De los más usuales podemos citar, por ejemplo, la violación al debido proceso de ley, por la no notificación de un acto en los plazos y en la forma que establece la ley, si bien el rigor procesal en este caso ha sido atenuado por las disposiciones de la ley 834 de 1978, y por los criterios sustentados por la doctrina jurisprudencial dominicana siguiendo los criterios señalados por la Corte de Casación Francesa.

Pero, y quizás sea uno de los puntos mas controversiales, cabria plantearse la interrogante de saber ¿cual ha de ser la responsabilidad del juez cuando en el caso que se conoce, y en un acto inter.-parte se viola un derecho fundamental de un tercero, como lo sería el derecho de propiedad? Al respecto señala Isaac M. Kartz, en su artículo La Constitución y los derechos privados de propiedad, publicado en la Revista Estudios Jurídicos, Volumen X, número 1, enero- abril 2001, Pág. 133⁴³, que: “En cualquier país, pero sobre todo en aquellos en vía de desarrollo, las deficiencias de carácter institucional pueden constituirse como una barrera significativa en el proceso de desarrollo económico. Sin duda, la principal función del marco legal es definición de los derechos de propiedad entendiendo a estos como las relaciones de comportamiento sancionada legalmente entre los agentes económicos que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización.”,

Sigue diciendo el referido autor que: “En este marco constitucional es de esperarse que el gobierno, al ser el ejecutor de las decisiones del Estado, con el propósito explícito de generar las condiciones que lleven la sociedad a la maximización del bienestar individual y colectivo, garantice que los derechos de propiedad no serán violados, ya que esta es una condición para que los agentes económicos aseguren eficientemente los recursos de los cuales son propietarios”.⁴⁴

Para más adelante afirmar “ Además de que es necesario que los derechos privados de propiedad estén eficientemente definidos para que los recursos en la economía puedan ser asignados eficientemente, también

43) Kartz , Isaac M. La Constitución y los derechos privados de propiedad. Santo Domingo: Revista Estudios Jurídicos, Volumen X, número 1, enero- abril 2001, Pág. 133

44) Kartz, Isaac M., opus cit

se requiere que estos mismos derechos estén protegidos y garantizados por un Poder Judicial independiente e imparcial. En las relaciones entre el gobierno y los agentes económicos privados, sean empresas o personas físicas, el papel del Poder Judicial es proteger y amparar a estos últimos de acciones que constituyan como un atentado y/o que violen las garantías y derechos individuales”⁴⁵

En este sentido recordemos que, el artículo 8, numeral 13, dispone que: “El derecho de propiedad. En consecuencia, nadie puede ser privado de ella sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor determinado por sentencia de tribunal competente...”

Si bien parecería que el texto precitado protege el derecho de propiedad de los particulares frente al Estado, no es menos cierto que este derecho fundamental también debe ser protegido en las relaciones entre particulares, y de estos frente al Estado, del cual los órganos jurisdiccionales forman parte y son compromisarios de las obligaciones que asume el Estado como garante de los derechos fundamentales.

Volviendo al punto inicial de este segmento, se pudiese entender que los jueces ante una vulneración de un derecho fundamental pudieran, y ante la imposibilidad de procesal existente en nuestro ordenamiento en el estadio actual, que felizmente se supera en el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, de poder ordenar la puesta en causa de ese tercero, para preservar su derecho, tiene la facultad en su calidad de guardián y protector de los derechos consagrados por la Constitución de derivar de tal violación constitucional las debidas consecuencias legales.

5) *El control efectivo de la constitucionalidad.*

Para la implementación de un Estado de Derecho, es preciso analizar sobre quienes recae y quienes son los sujetos que ejercen la acción en inconstitucionalidad, ya sea este producto de la acción popular, o control concentrado, ya sea por control difuso.

Esta acción, como señala el profesor Dr. Juan ML. Pellerano Gómez,

45) Kartz, Isaac M., opus cit

opus cit., puede recaer sobre dos grandes grupos o categorías: a) los actos de efectos generales, en los cuales incluye las leyes, las resoluciones y reglamentos y los tratados internacionales, añadimos nosotros, y los actos de efectos particulares, sobre los cuales afirma que: “son distintos a los ya tratados, en cuanto estos no versan o afectan a la legalidad de las personas sino a alguna de ellas, esto es, tiene efectos particulares. Ahora bien, para que se trate de los “actos” a que se refiere ese artículo debe emanar necesariamente de alguno de los poderes del Estado”⁴⁶

Sin embargo, y en este punto, diferimos del profesor Pellerano Gómez, al circunscribir exclusivamente a este aspecto el término “acto” que emplea el precitado texto constitucional, y haciendo una interpretación más lata entenderíamos que el mismo no sólo abarca los actos que puedan emanar del Estado, también los actos de los particulares, si bien se pueda argumentar que estos caerían bajo las disposiciones del artículo 1108 del Código Civil, al disponer este como cuarto elemento esencial para la validez de toda obligación “una causa lícita”, en lo que a las convenciones se refiere, no es menos cierto que un contrato teniendo causa lícita puede sin embargo vulnerar o afectar derechos fundamentales o un acto entre particulares, que no tenga su origen en una obligación contractual, sino de orden procesal, por ejemplo, puede también vulnerar estos derechos o la misma Constitución.

5.1) *Actos de efectos generales*

A) *Las leyes.*

Las leyes, en su aspecto formal o material pueden ser objeto del control de la constitucionalidad.

El profesor Pellerano Gómez, en la obra ut supra citada distingue y analiza diversas hipótesis planteando si la ley ha sido o no promulgada conforme el procedimiento establecido para su elaboración, si habiendo sido promulgada no ha sido publicada y por ende no ha entrado en vigencia, cuando se trate de leyes derogadas, y las leyes de vigencia temporal.

Al respecto se recomienda su lectura.

46) Pellerano Gómez, Juan Manuel. Op.cit

B) *Las resoluciones.*

El profesor Pellerano Gómez, al analizar estos actos del Congreso, y de otros poderes públicos, distingue los siguientes: a) las dictadas por el Congreso Nacional mediante las cuales aprueba los tratados o las convenciones internacionales suscritas por el Poder Ejecutivo; b) las que aprueban los contratos que hayan sido suscritos por el Poder Ejecutivo tanto con particulares nacionales como con entidades internacionales, de conformidad con el numeral 10 del artículo 55 de la Constitución de la República; c) las Resoluciones que dicten dentro de sus atribuciones constitucionales tanto la Junta Monetaria, como la Junta Central Electoral, y las Ordenanzas que puedan dictar los ayuntamientos dentro y en ejercicio del regulatorio que para la vida municipal les confiere la Constitución y las leyes.

Sobre las Resoluciones que aprueban los tratados internaciones, y sobre estos mismos, la doctrina jurisprudencial dominicana, ha sido constante e invariable desde la sentencia del 20 de enero de 1961, B. J. Número 606,página 49,⁴⁷ en el sentido de que

“los tribunales no tan solo tienen el derecho, sino que están en el deber de interpretar los tratados en la medida que la aplicación de una de sus cláusulas puede tener influencia en la solución de un litigio de interés privado; que esta interpretación, como la de las leyes, está sometida al control de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación; que, como materia propia de juicio también corresponde a los tribunales resolver, bajo el control de la casación, si un tratado internacional, lo mismo que las demás leyes, son o no compatibles con la Constitución”.

Y este criterio ha sido reafirmado mas recientemente en las sentencia... *Sentencia No. 6, 17-01-96*, donde la Suprema señala que, los tratados internacionales, debidamente aprobados por el congreso Nacional, tienen la autoridad de una Ley interna, y los tribunales tienen el derecho y están en el deber de interpretarlos y determinar si éstos, como las demás leyes, son o no contrarios a la Constitución de la República⁴⁸

Sobre el control de constitucionalidad de las *Resoluciones de la Junta*

47) Biaggi, Juan. Opus Cit

48) Biaggi, Juan. Opus Cit

Monetaria, y contrario a las disposiciones del artículo 4 de la ley 664 del 2 de septiembre del 1977, al disponer que: “Las Resoluciones de la Junta Monetaria, como es de principio, son definitivas, y por consiguiente no son susceptibles de recurso alguno”, ha sido juzgado por la Corte de Casación Dominicana que

Resolución de la junta monetaria relativas a la valor del peso dominicano frente al dólar norteamericano. Resolución de la junta monetaria, del 2 de julio de 1998, y la sentencia no. 277 dictada por la cámara civil y comercial de la tercera circunscripción del juzgado de primera instancia del distrito nacional, del 26 de julio de 1999. Que el artículo 67, inciso 1ro. de la Constitución de la República, dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de la parte interesada; que el artículo 46 establece que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a la Constitución;

Que la acción sobre la constitucionalidad de las leyes que permite ejercer el artículo 67, inciso 1 de la Constitución, es aquella que puede ser intentada contra los actos de los poderes públicos a que se refiere el artículo 46 del mismo Estatuto Orgánico, cuando son contrarios a alguna de sus disposiciones y de la cual conoce por vía directa, la Suprema Corte de Justicia; que cuando uno de esos actos vulnera a la ley emanada del Congreso o cualquier otra norma con este carácter, no se está frente a una cuestión de inconstitucionalidad sino de ilegalidad cuya sanción no corresponde a la Suprema Corte de Justicia al amparo del citado artículo 67, inciso 1 de la Constitución, sino de los tribunales del orden judicial cuando conocen de litis entre partes, por lo que resulta inadmisibles la acción de que se trata en cuanto a la violación a la ley que atribuyen los impetrantes de los actos de que se ha hecho mención anteriormente;

Que en cuanto a la no conformidad con la Constitución de los citados actos, y específicamente a la violación a sus artículos 46, 111 y 112, ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia, por su sentencia de esta misma fecha, dictada con motivo de un recurso de casación inter-

puesto en base a la alegada incapacidad del Banco Central de la República Dominicana para regular la tasa cambiaria del mercado de divisas con respecto a la moneda nacional, que, “si bien es cierto, como se ha visto, que el cambio o modificación del régimen legal de la moneda nacional requiere para su validez que el Congreso Nacional así lo disponga mediante ley dictada con ese objeto, como ocurrió cuando se sustituyó, mediante la Ley No. 764, del 12 de abril de 1978, la paridad del peso oro dominicano con un contenido de setecientos treinta y seis mil seiscientos sesenta y dos millonésimas (0.736662) de gramo de oro fino, por la del dólar de los Estados Unidos de América, no lo es menos, que cuando el Banco Central, a través de la Junta Monetaria, resuelve fijar tasas cambiarias con carácter provisorio y revisable en relación con nuestra moneda y emite para conocimiento general los avisos correspondientes, no vulnera con ello la prohibición constitucional contenida en el artículo 112 de la Carta Fundamental, en virtud de la cual sólo mediante ley puede ser modificado el régimen legal de la moneda o de la banca, pues en ese caso el Banco Central no hace más que ejercer las facultades que le reconocen los literales c) y r) del artículo 25 de la Ley Orgánica del Banco Central de la República Dominicana No. 6142, del 29 de diciembre de 1962, a cuyo tenor dicha entidad tiene la atribución, primero, de dictar las regulaciones a las que deberán ajustarse las operaciones del mercado de compra y venta de divisas, alrededor del cual se forma un tipo de cambio variable que es lo que se ha dado en llamar devaluación cuando se requiere, como en el caso, más cantidad de peso oro para adquirir el dólar; y, segundo, la de resolver cualquier otro asunto relacionado con la política monetaria, crediticia y cambiaria; que de esto resulta que la fijación del tipo o tasa de cambio oficial bajo el cual debe operar el mercado de divisas, es, por sus frecuentes fluctuaciones derivadas principalmente de las necesidades del comercio exterior, responsabilidad de las autoridades monetarias, y no de la ley, para lo cual aquellas deben ceñirse o atenerse, conforme al artículo 9 de la Ley Monetaria vigente, al resultado de los mecanismos establecidos por el Convenio del Fondo Monetario Internacional, del que es signataria la República Dominicana y que es parte de nuestro derecho positivo por haber sido adoptado por los poderes públicos de la Nación y cuya ejecución, en lo que concierne al país,

está a cargo del Banco Central, lo que no implica, en modo alguno, que la referida actuación reguladora constituya una modificación en el régimen legal de la moneda y, por tanto, una violación a los artículos 111 y 112 de la Constitución y 1, 2 y 9 de la Ley Monetaria No. 1528, modificada, del 9 de octubre de 1947, por lo que procede declarar inadmisibles la presente acción en inconstitucionalidad en cuanto se refiere a las Leyes Nos. 1528, de 1947, modificada, y rechazar dicha acción en lo que concierne a los artículos 46, 111 y 112 de la Constitución. *Sentencia No. 1, del 4 de abril del 2001, B. J. No. 1085, páginas 8-10.*⁴⁹

Sobre las *Ordenanzas Municipales*, no cabe duda de que las mismas están sometidas al control constitucional, dentro de las atribuciones que a tales órganos de gobierno atribuye el artículo 82 de la Constitución.

Al efecto, la Suprema Corte de Justicia ha juzgado:

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra. Resolución no. 163/2000, del 5 de octubre del 2000, de la sala capitular del ayuntamiento del distrito nacional, recurso admitido. Que el artículo 37, numeral 1 de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a solicitud del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada;

Que en la especie la acción intentada se refiere a la petición de declaratoria de inconstitucionalidad por vía directa o principal de la Resolución No. 163/2000 del 5 de octubre del 2000, de la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, que crea un sistema de arbitrios y tasas para autorizar la construcción de sub-estaciones y plantas productoras de electricidad con fines comerciales, la construcción de muelles para fines turísticos y/o de carga y descarga, las torres metálicas para soporte de antenas para comunicaciones y demás usos comerciales y las antenas para uso de radio, televisión y demás comunicaciones para fines comerciales;

Que la impetrante alega en síntesis, que una resolución dictada por la

Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, no puede derogar ni imponerse a la ley que emana del Congreso, ni puede ir contra principios constitucionales; que la resolución impugnada permite que sean cobradas tasas, arbitrios e impuestos que contradicen las disposiciones legales vigentes y pone en manos del Ayuntamiento del Distrito Nacional, recursos provenientes del cobro de impuestos que por disposición legal y constitucional, corresponden a organismos y entidades recaudadoras nacionales y no municipales; que el sistema de arbitrios creados por dicha resolución ignora la existencia de la Ley No. 153-98 General de Telecomunicaciones, pues tiene como fundamento disposiciones legales que han sido derogadas por esta última, que es una ley especial, aplicable en este caso y que deroga la general; que ella contraviene además el orden de prelación y el principio de la supremacía de la Constitución, en virtud del cual esta última es la norma superior, puesto que aquella fija tasas e impuestos municipales a cuestiones que están reglamentadas por ley a nivel nacional y que están prohibidas por la Constitución; que asimismo con dicha resolución se viola el artículo 85 de la Constitución que autoriza a los ayuntamientos “con la aprobación que la ley requiera, a establecer arbitrios, siempre que éstos no coligan con los impuestos nacionales”, ni con la Constitución o las leyes, de donde se infiere que sólo podrán hacerlo cuando la ley así lo permita y la Ley General de Telecomunicaciones permite la fijación de impuestos al sector de las telecomunicaciones, pero exclusivamente de carácter nacional y por tanto los arbitrios o tasas fijadas por el Ayuntamiento del Distrito Nacional no pueden tener bajo ningún concepto aplicación nacional; que al coexistir el arbitrio municipal con el impuesto nacional es obvio que existe el fenómeno de la doble tributación; que, además, el artículo 7 del contrato de concesión para la operación del servicio de telecomunicaciones en la República Dominicana, intervenido entre el Estado Dominicano y la exponente, el 23 de enero de 1995, fija una renta ascendente al 10% de los ingresos brutos nacionales percibidos por CODETEL durante el mes inmediatamente anterior, por los servicios brindados por la empresa, así como el 10% de los ingresos netos por los pagos de las compañías interconectantes extranjeras para el uso de la red, y la exime de todo otro impuesto, tasa, contribución o recargo que no esté establecido en el

49) Biaggi, Juan . Opus Cit

preindicado artículo, conforme lo disponen los artículos 10, 11 y 12 de dicho contrato; que este contrato “aún cuando no haya sido validado o aprobado por el Congreso Nacional fue válidamente consentido”, puesto que se hizo dentro del marco de las facultades constitucionales que confiere el numeral 10 del artículo 55 de la Constitución al Presidente de la República, y por tanto no precisa aprobación congresional; que la resolución rompe el principio constitucional de la separación de poderes, pues el Ayuntamiento ha incursionado en el ámbito del Poder Legislativo, puesto que el artículo 4 de la Ley No. 153-98, no ha sido derogado y el Ayuntamiento legisló, violentando el artículo 99 de la Constitución que consagra que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos;

Que efectivamente el artículo 37, numeral 1 de la Constitución de la República establece entre las atribuciones que corresponden al Congreso Nacional, establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión;

Que el artículo 85 de nuestra Carta Magna en su parte final dispone que los ayuntamientos podrán establecer arbitrios, con la aprobación que la ley requiera y “siempre que estas no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación, ni con la Constitución o las leyes”; que como el artículo 4 de la Ley No. 153-98 General de Telecomunicaciones establece que las telecomunicaciones son de jurisdicción nacional, y que por consiguiente, los impuestos, tasas, contribuciones y derechos serán aplicables a nivel nacional y que, además, no podrán dictarse normas especiales que limiten, impidan u obstruyan la instalación de los servicios de telecomunicaciones, salvo las que provengan de la aplicación de la presente ley; que, además, como es la propia Ley No. 3456 de Organización del Distrito de Santo Domingo que admite que el Ayuntamiento del Distrito Nacional puede establecer arbitrios pero bajo las limitaciones que imponen la Constitución y las leyes, es obvio que la resolución impugnada entra en contradicción con los preceptos invocados en apoyo de la presente acción, al permitir también al coexistencia del arbitrio municipal con el impuesto nacional y ocasionando, en este caso el fenómeno de la doble tributación;

Que aun cuando la colisión, en la especie, se produce entre una resolu-

ción municipal y una ley, de lo que se puede inferir que se trata de un caso de ilegalidad, la cuestión se vincula al control de la constitucionalidad, al ser la propia Constitución, en su artículo 85, como se ha dicho, la que sujeta la validez de los arbitrios municipales a que estos no coligan con los impuestos nacionales... o las leyes; que por tanto, la Ley No. 153-98 General de Telecomunicaciones, que tiene carácter nacional, debe prevalecer sobre la resolución mencionada, por lo que procede declarar no conforme con la Constitución la resolución atacada. *Sentencia del 24 de octubre del 2001, No. 6, B.J. No. 1091, páginas 46-47.*⁵⁰

Las Resoluciones de la Junta Central Electoral, de las Juntas electorales Municipales

La posición tradicional de la Suprema Corte de Justicia fue la de rechazar los recursos de inconstitucionalidad contra estas Resoluciones, al considerar:

“Que la acción de que se trata no se refiere a la inconstitucionalidad de una ley, sino a la alegada inconstitucionalidad de la Resolución No. 3/95 dictada por la Junta Central Electoral, el 31 de marzo de 1995, por lo cual dicha acción debe ser declarada inadmisibles. Sentencia no. 10, 20-09-95 b.j. páginas 213-214; ver también *sentencia no. 25, 9-8-96, b.j. no. 1029, página 209; ver también sentencia no. 26, 9-8-96, b.j. no. 1029, página 213; ver también sentencia no. 27, 9-8-96, b.j. no. 1029, página 217; ver también sentencia no. 28, 09-8-96, b.j. no. 1029, página 221; ver también sentencia no. 29, 09-8-96, b.j. no. 1029, página 224; ver también sentencia no. 30, 19-8-96, b.j. no. 1029, página 230.*

Pero sin embargo, y como señala el Profesor Pellerano en su ya varias veces citada obra, a pesar de que la jurisprudencia se mantuvo firme en su negativa al negar su competencia para decidir cuestiones electorales, lo que puede inducir a extender tal negativa al conocimiento de la acción popular contra los reglamentos de estas Juntas, tal postura varió radicalmente con la decisión del 6 de febrero del 2002 al disponer:

Resolución sobre circunscripciones electorales no. 5-2001, emitida por la junta

50) Biaggi, Juan . Opus Cit

central electoral, el 2 de julio del 2001. Visto el dictamen del Magistrado Procurador General de la República, remitido a la Suprema Corte de Justicia, el 25 de enero del 2002, el cual termina así: “Que procede referir el presente asunto a la Suprema Corte de Justicia con la finalidad de que los señores Dr. José Jesús Rijo Presbot, Diputado al Congreso Nacional y Vice-Presidente del Partido de la Unidad Democrática, Dr. Víctor E. García Sued, también Diputado al Congreso Nacional y Vice-Presidente del mencionado partido; y Dr. Ramón Emilio Fernández M, Secretario de Asuntos Jurídicos del mismo partido, promotores de la acción en inconstitucionalidad notifiquen, o en su defecto la Suprema Corte de Justicia de oficio ordene la notificación de la instancia aludida a la Junta Central Electoral, a fin de que este organismo pueda formular sus reparos y observaciones y exponer los fundamentos legales de su Resolución No. 5-2001 de fecha 2 de julio del 2001, así como los fundamentos constitucionales de los artículos 79, 80 y 81 de la Ley Electoral No. 275-97, del 21 de diciembre del 1997 y le sea preservado, en consecuencia, a dicho organismo el derecho de defensa de su ley orgánica y de sus atribuciones reglamentarias y administrativas”;

Que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa disposición ha sido interpretada lato sensu y, por tanto, comprensiva, al tenor del mandato del artículo 46 de la misma Constitución, además de la ley emanada del Congreso Nacional y promulgada o no por el Poder Ejecutivo, de todos los actos que, dentro de sus atribuciones, emitan los poderes públicos y entidades de derecho público, reconocidos por la Constitución y las leyes, esfera dentro de la que se circunscriben los actos de la Junta Central Electoral, por lo que la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer de la presente acción en inconstitucionalidad;

Que la Suprema Corte de Justicia como guardiana de la Constitución de la República y del respeto de los derechos individuales y sociales consa-

grados en ella, está en el deber de garantizar a toda persona a través de la acción directa, su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos, en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, con las disposiciones de ésta;

Considerando, de otra parte, que en armonía con el Estado de Derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que le sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre ellos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho a demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa, debe entenderse por “parte interesada” aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, o entidad de derecho público, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria;

Que en el presente caso las condiciones necesarias para ostentar la calidad de parte interesada de los impetrantes, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia, se encuentran reunidas;

Que cuando la Suprema Corte de Justicia estatuye en virtud de los poderes que le confiere el aludido artículo 67, inciso I, de la Constitución de la República sobre la constitucionalidad de una ley, decreto, resolución, reglamento o acto de uno de los poderes públicos o entidad de derecho público, lo hace sin contradicción, sólo a la vista de la instancia que la apodera, de las piezas que la acompañen y del dictamen, si este se produce, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no es óbice para que éste o la Suprema Corte de Justicia, si lo consideran útil y de interés, recaben la opinión y observaciones del organismo que haya emitido la disposición de que se trate, ya que dicha acción no implica un procedimiento contradictorio en el sentido jurisdiccional del término, pues no se trata de una contestación entre partes ni un juicio contra el Estado o alguna de sus instituciones, sino

contra una ley, decreto, resolución, reglamento o acto argüido de inconstitucionalidad; que como en la especie la Suprema Corte de Justicia considera no necesario ni de utilidad la comunicación del expediente, desestima el pedimento del Procurador General de la República contenido en su dictamen, cuya parte dispositiva se copia más arriba;

Que los autores del apoderamiento a esta Suprema Corte de Justicia demandan sea declarada la inconstitucionalidad de los artículos 79, 80, y 81 de la Ley Electoral No. 275-97, del 21 de diciembre de 1997 y la Resolución No. 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, relativa a las circunscripciones electorales, por los motivos siguientes: a) que la circunscripción electoral es la unidad de conversión de los votos en escaños, normalmente sobre una base territorial; que el sistema plurinominal asigna a cada circunscripción un número de escaños en proporción a su población, mientras que el sistema uninominal asigna un solo escaño a cada circunscripción; que el artículo 24 de la Constitución de la República faculta al pueblo de las Provincias y del Distrito Nacional para elegir sus diputados y establece un sistema plurinominal, ya que fija una razón o proporción de uno por cada cincuenta mil habitantes o fracción de más de veinticinco mil, y se esfuerza al considerar que en ningún caso sean menos de dos por provincia (circunscripción); que de acuerdo con el artículo 91 de la Constitución, el sistema es proporcional, para así darle oportunidad a las minorías; que sin una modificación a los artículos 24 y 91 de la Constitución, las Provincias y el Distrito Nacional no se pueden subdividir para crear nuevas circunscripciones, ya que se estaría conculcando el derecho constitucional que tienen los ciudadanos que constituyen el pueblo de las Provincias y del Distrito Nacional a participar de la elección de todos los cargos o escaños que existan, en la Provincia o en el Distrito Nacional; b) que conforme a los artículos 79 y 80, párrafo I, de la Ley Electoral No. 275-97, el escaño ha de ser asignado al candidato más representativo del sector de los habitantes que lo elige, es decir el candidato más votado, sin importar la cantidad de votos que obtenga el partido; que al consignar que las circunscripciones deben tener 50,000 habitantes o fracciones no menor de 25,000, se está escogiendo un diputado por cada circunscripción; que el sistema así creado es uninominal; que, por tanto, dichas disposiciones al ser contrarias a los artículos 24 y

91 de la Constitución de la República son nulos de pleno derecho, al igual que los artículos 80 y 81, por vía de consecuencia; y c) que los artículos quinto, noveno y su párrafo de la Resolución No. 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, son contrarios a los artículos 22, 24 y 25 de la Constitución de la República, y por tanto, nulos de pleno derecho, porque las condiciones para ser diputado no conllevan la obligatoriedad del domicilio sino haber residido cinco años consecutivos en la circunscripción territorial que lo elija; porque el elector tiene derecho a elegir uno por cada cincuenta mil o fracción de más de veinticinco mil habitantes en todo el ámbito de la Provincia o el Distrito Nacional por lo que debe votar por tantos candidatos como correspondan a la Provincia o el Distrito Nacional (Sistema Plurinominal), no por un candidato determinado (Sistema Uninominal);

En relación con los alegatos a que se refiere el considerando anterior, el artículo 91 de la Constitución de la República dispone: "Las elecciones se harán según las normas que señale la ley, por voto directo y secreto, y con representación de las minorías cuando haya de elegirse dos o más candidatos"; que asimismo, el artículo 25 también de la Constitución, dispone por su parte: "Para ser Diputado se requieren las mismas condiciones que para ser Senador"; que entre esas condiciones, según su artículo 22, figura la de ser nativo de la circunscripción territorial que lo elija o haber residido en ella por lo menos cinco años consecutivos;

Que, como se advierte, en virtud de lo pautado por el antes mencionado artículo 91 de la Constitución de la República, la ley debe señalar las normas concernientes a las elecciones; que así, ella puede, como lo hacen los artículos 79 y 80 de la Ley No. 275-97, adoptar, para elegir diputados y regidores, la división territorial que en cumplimiento de esos textos legales ha implementado la Junta Central Electoral, organismo encargado de dirigir las elecciones, mediante circunscripciones electorales para las elecciones generales del año 2002 y subsiguientes; que al precisar, además, los artículos citados y los párrafos del último, que la cantidad a asignar de diputados y regidores a las referidas circunscripciones electorales, es la correspondiente al número de habitantes, tomando en cuenta que la suma de los representantes por cada una de ellas debe coincidir con

la cantidad que tiene derecho a elegir en la división política correspondiente, según lo establece la Constitución de la República, satisface con ello la exigencia constitucional;

Que con respecto a la alegación de los autores de la instancia que se analiza de que los mencionados textos sustituyen el sistema plurinominal por el sistema uninominal, como modo del ciudadano manifestar su preferencia electoral, lo que consideran una trasgresión a los artículos 24 y 91 de la Constitución de la República, se impone subrayar que la previsión contenida en el primero de estos artículos en el sentido de que la Cámara de Diputados se compondrá de miembros elegidos cada cuatro años por el pueblo de las provincias y del Distrito Nacional, a razón de uno por cada cincuenta mil habitantes o fracción de más de veinticinco mil, sin que en ningún caso sean menos de dos, no es desconocida por los artículos 79 y 80 de la Ley Electoral, los cuales no hacen más que cambiar el modo tradicional y de arrastre de escrutinio aplicable a la elección de los diputados y regidores, por el de votación preferencial, ya que, como se puede apreciar de la lectura de la parte in fine de la parte capital del citado artículo 80 y su párrafo I, dicha legislación se cuida, para no incurrir en el vicio que se le imputa, de recordar: a) que la cantidad de diputados y regidores correspondientes debe establecerse de conformidad con el número de habitantes; b) que la suma de los representantes por circunscripciones electorales debe coincidir con la cantidad que tiene derecho a elegir en la división política correspondiente, según lo establece la Constitución de la República; y, c) que para los fines de elecciones congresionales, las circunscripciones deben tener el número de habitantes expresado en el citado artículo 24, y pueden cubrir territorialmente más de un municipio, siempre garantizando que por la provincia no hayan menos de dos (2) diputados al Congreso;

Que lo anterior debe interpretarse en el sentido de que las circunscripciones deben tener un mínimo de 50,000 habitantes o fracción mayor de 25,000, y no como lo hacen los autores de la presente acción que entienden erróneamente que a cada circunscripción electoral se le ha asignado la cantidad fija de 50,000 habitantes o fracciones no menor de 25,000 y, por tanto, un diputado por cada circunscripción, lo que sí consagraría el

sistema uninominal de elecciones contrario al sistema plurinominal esbozado por el texto constitucional y que es asimilado por la Ley Electoral;

Que la ley del Congreso Nacional puede versar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro Poder del Estado o contraria a la Constitución de la República; que al disponer el artículo 91 del Pacto Fundamental que las elecciones se harán según las normas que señale la ley, resulta innegable la competencia del legislador en virtud de este texto para fijar las reglas concernientes a la elección de diputados y regidores; que en ese sentido y para garantizar que los ciudadanos que resulten electos sean una verdadera representación del sector de los habitantes que los eligen, aquel ha creado la modalidad de las circunscripciones electorales mediante las cuales se elegirá la cantidad de diputados y regidores de conformidad con el número de habitantes, según lo establece la Constitución de la República; que en lo que respecta a la elección de los diputados el artículo 24 de la Constitución de la República faculta al pueblo de las provincias y del Distrito Nacional, para elegir a sus diputados y establece la base poblacional para la asignación de los escaños correspondientes, de todo lo cual se infiere que las disposiciones de la Ley No. 275-97, del 21 de diciembre de 1997, argüidas de inconstitucionales, son cónsonas con los artículos 24 y 91 de la Constitución de la República y reafirman el mandato de la base poblacional y territorial para la elección de los diputados y regidores; que de las consideraciones apuntadas la Suprema Corte de Justicia ha podido comprobar que el sistema instituido para los escrutinios generales venideros no lesiona en modo alguno el derecho y la independencia del ciudadano al sufragio y la conformidad de los artículos 79, 80 y 81 de la Ley Electoral vigente, con la Carta Magna;

Que los autores del apoderamiento atacan por la misma causa la Resolución No. 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, que reglamenta la implementación de las circunscripciones electorales para las elecciones generales del año 2002; que en ese orden alegan, en primer término, que el artículo quinto de la indicada resolución, al establecer que en adición de los requisitos contenidos en la Constitución y las leyes, los candidatos propuestos por los partidos políticos y agrupaciones políticas, deberán ser nativos o estar domiciliados dentro de los

límites de la circunscripción electoral de la población que intentan representar, y que en caso de ser elegidos, deberán fijar domicilio permanente en su circunscripción electoral hasta el término de su mandato, y en caso de no cumplirse con esta disposición, agrega la resolución, serán sancionados de conformidad con el artículo 174 de la Ley Electoral No. 275-97, lo que consideran violatorio del artículo 22 de la Constitución; que del mismo modo impugnan el artículo noveno y su párrafo de la misma resolución, el cual dispone que: “Disponer que la elección de los Diputados en las provincias y circunscripciones electorales establecidas, sea hecha mediante votación preferencial; Párrafo: Establecer, en consecuencia, que el ciudadano podrá votar por un candidato determinado, marcando el recuadro con la foto del mismo; o por el partido o agrupación política, con sólo marcar el recuadro con el emblema y/o las siglas del mismo”;

Que de la combinación de los artículos 22 y 25 de la Constitución de la República se colige que para ser diputado se requiere ser dominicano en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, haber cumplido veinticinco años de edad y ser nativo de la circunscripción territorial que lo elija o haber residido en ella por lo menos cinco años consecutivos; que si bien, conforme al artículo 92 de la Constitución de la República, las elecciones serán dirigidas por una Junta Central Electoral y por Juntas dependientes de ésta, las cuales tienen facultad para juzgar y reglamentar de acuerdo con la ley, no lo es menos que cuando la Constitución fija las normas, en este ámbito como en cualquier otro, como lo hace en el artículo 22, extensivo en la especie para la elección de los diputados, ni la ley ni reglamento alguno pueden alterar lo establecido en el canon Constitucional; que al adicionar el artículo quinto de la resolución señalada como requisito a cumplir por los candidatos propuestos, el hecho de que, en caso de no ser nativos estar domiciliados dentro de los límites de la circunscripción electoral de la población que intentan representar, y el de fijar domicilio permanente en su circunscripción electoral hasta el término de su mandato en caso de ser elegidos, bajo sanción penal, la Junta Central Electoral se ha excedido en sus poderes en razón de haber consignado exigencias no previstas por la Ley Sustantiva para que una persona pueda optar como candidato en las elecciones generales del 2002,

por lo que el citado artículo quinto deviene no conforme con la Constitución de la República;

Que en lo que concierne a la pretendida inconstitucionalidad del artículo noveno y su párrafo de la resolución a que se viene haciendo alusión que consagra para la elección de los diputados en las provincias y circunscripciones electorales establecidas, el sistema de votación preferencial, o, lo que es lo mismo, el sistema de votación por un candidato determinado, se impone destacar que con ese propósito la Junta Central Electoral pudo disponer, como lo hizo, en uso de la facultad reglamentaria que le otorga la Constitución, como ya se ha dicho, la implementación de las circunscripciones electorales y el voto preferencial, con el objetivo de que los ciudadanos que resulten electos, sean una genuina representación del sector de habitantes que los elijan, y de que por esa vía se elimine el sistema del arrastre electoral, por lo que carece de fundamento la imputación que hacen los impetrantes respecto de la citada disposición;

Que examinada la Resolución No. 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, en su preámbulo y demás disposiciones, la Suprema Corte de Justicia ha podido comprobar su conformidad con la Constitución de la República;

Que en la especie no ha lugar a que la Suprema Corte de Justicia promueva de oficio ninguna otra cuestión de inconstitucionalidad en lo que concierne a las otras disposiciones de la ley y la resolución que no fueron sometidas a su examen. *Sentencia del 6 de febrero del 2002, No. 1, B. J. No. 1095, paginas 4-13.*⁵¹

Sobre los decretos y reglamentos.

El artículo 46 de la Constitución es claro, al señalar que los mismos están sometidos a la ley suprema, y que cuando su contenido sea contrario a ella, los mismos son nulos de pleno derecho.

El profesor Pellerano Gómez, en su obra *El Control Judicial de la Constitucionalidad*, Pág. 60 y 61 al analizar el tema sobre los decretos que en uso de las facultades que en ejercicio del ordinal 7 del artículo 55 concede la Constitución al Presidente de la República, de suspender los

51) Biaggi, Juan . Opus Cit

derechos fundamentales, con excepción al derecho de la vida, cita una decisión de la corte Suprema del 11 de mayo de 1962, b. J. 622, pág. 677, que estableció el criterio de que esta facultad para “posibilitar las declaración de estado de emergencia nacional, es de orden político y no jurídico, por lo cual dicha apreciación está fuera del control de los tribunales”, e impide la declaratoria de su inconstitucionalidad, criterio del cual discrepamos, pues el derecho a la vida es el primero y del cual dimanar todos los demás derechos denominados fundamentales, y tal como lo proclama el Pacto de San José, o Convención Americana de Derechos Humanos, bajo ninguna condición puede ser suspendido.

Actos del estado.

El término actos a que se refiere el artículo 46 de la constitución de la República, ha de ser entendido, en principio, como aquellos, que no teniendo categoría de ley, decreto, reglamento, ordenanza, involucre a un particular y al Estado, como tal manifestado a través de uno sus órganos.

Sobre dichos actos, la tendencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido coherente en el sentido de negar la posibilidad de control constitucional de los mismos cuando estos tengan un carácter o sean de naturaleza políticas, o que sean el producto de “acontecimientos de carácter colectivo que afecten a las instituciones políticas”, no obstante las disposiciones que contiene el artículo 120 de la Constitución.

Sobre las sentencias y actos jurisdiccionales de los tribunales, la posición del máximo tribunal dominicano, ha sido claro y determinante al afirmar: Que en la especie se advierte, se trata de una acción en inconstitucionalidad por vía principal contra una decisión dictada por la Cámara de Calificación que declaró un no ha lugar; que como lo indica la acción en inconstitucionalidad, ésta no está dirigida contra ninguna norma de las señaladas por el artículo 46 de la Constitución, sino contra una decisión dictada por una instancia de apelación judicial no sujeta a ningún recurso y con la autoridad irrevocablemente de cosa juzgada, por lo que la acción de que se trata resulta inadmisibles. Sentencia No. 34, del 19 de julio del 2000, B.J. No. 1076, página 215; Ver también Sentencia del 19 de julio del 2000, No. 28; *Sentencia No. 14, 31-07-96, B.J. No. 1028, página 92; Sentencia No. 16, 31-07-96, B.J. No. 1028, página 99; Sentencia No. 17, 31-07-96, B.J. No. 1028, página 102.*⁵²

6) *Causas de inconstitucionalidad.*

Los motivos que deben fundamentar, y los cuales el intérprete debe tener en cuenta al juzgar un pedimento de inconstitucionalidad, deben estar basados en demostrar que la actuación atenta contra el texto máximo. Nunca cuando el fundamento del mismo lo sea la ilegalidad, entendiéndose por esta, la contradicción que se da entre lo dispuesto por la ley y el Decreto, Reglamento, Ordenanza, Acto, como se aprecia claramente en la siguiente decisión:

Resolución impugnada: no. 130-62, del 13 de septiembre del 1962, del ayuntamiento del distrito nacional. Pago de arbitrio por solares baldíos. Doble tributación. Recurso acogido. Que en el caso de la especie, la impetrante alega que la Resolución No. 130, del año 1962, del Ayuntamiento del Distrito Nacional, es violatoria al artículo 46 de la Constitución y por consiguiente sujeta a la nulidad consagrada por esta Carta Sustantiva, así como también sostiene que dicha resolución contradice al artículo 85 de la misma Constitución, que dispone que los ayuntamientos, con la aprobación que la ley le requiera, establecen arbitrios, siempre que éstos no colidan con los impuestos nacionales, pero esta resolución municipal crea un impuesto sobre solares no edificados dentro de un polígono determinado de la ciudad de Santo Domingo y posteriormente se promulgó la Ley No. 18-88, del 5 de febrero de 1988, que crea el impuesto sobre vivienda suntuaria y solares urbanos no edificados, con autoridad impositiva para todo el territorio nacional y disponiendo que un 20 por ciento de su producción total se destine a favor de los ayuntamientos del país;

Que, como se advierte, la Resolución No. 130-62, dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, el 13 de septiembre de 1962, preexistía cuando fue promulgada y publicada la Ley No. 18-88, que establece un impuesto sobre las viviendas suntuarias y solares urbanos no edificados, como lo hace igualmente la resolución para esto último en el Distrito Nacional;

Que la referida resolución al momento de ser emitida no contravenía la disposición del artículo 85 de la Constitución que faculta a los ayunta-

52) Biaggi, Juan . Opus Cit

mientos, con la aprobación que la ley requiera, a establecer arbitrios, siempre que éstos no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio inter-municipal o de exportación, ni con la Constitución o las leyes, en razón de que a esa fecha no colidía con ninguna disposición legal o constitucional vigente que estableciera algún impuesto nacional que versara sobre el mismo hecho generador del arbitrio consagrado en la resolución; que es innegable, sin embargo, que al ser puesta en vigor la Ley No. 18-88, el 5 de febrero de 1988, la resolución municipal señalada, a partir de ese momento, entró en conflicto con aquella, pues al crear la ley un derecho en favor del Estado sobre el mismo objeto por ella perseguido: la percepción de un impuesto sobre solares urbanos no edificados, se produjo la situación prevista por el artículo 85, parte in fine, de la Constitución, que prohíbe la coexistencia del arbitrio municipal con el impuesto nacional, o sea, la existencia, en este caso, del fenómeno de la doble tributación;

Que en el caso ocurrente, hay colisión entre los derechos que generan el arbitrio y el impuesto al recaer sobre un mismo objeto; que esto último lo confirma la misma Ley No. 18-88, al disponer en el párrafo II de su artículo 3, que del producido total de esta ley se destinará un veinte por ciento (20%) a favor de los ayuntamientos del país; que si bien la colisión, en la especie, se produce entre una resolución municipal y una ley, de lo que podría inferirse que se trata de un caso de ilegalidad, la cuestión se vincula al control de la constitucionalidad, al ser la propia Constitución en su artículo 85, la que condiciona la validez de los arbitrios municipales a que éstos no colidan con los impuestos nacionales... o las leyes; que, como se ha visto, la Ley No. 18-88, que crea, además, el impuesto sobre solares urbanos no edificados, y que tiene carácter nacional, debe prevalecer sobre la Resolución No. 130-62, mencionada. *Sentencia No. 12, 23 de agosto del 2000, B.J. No. 1077, páginas 68-70.*⁵³

Los vicios de inconstitucionalidad pueden tener su fuente en aspectos formales o procesales en la creación de la ley, o resultar en contraposición del contenido formal de ésta, y en este aspecto ser materiales o sustanciales.

En cuanto a los primeros, la inconstitucionalidad estaría basada en la

53) Biaggi, Juan . Opus Cit

inobservancia de procedimientos establecidos por la ley para la creación, vale decir, violación a los artículos 39, 40, 41, 42, 43 y 44 de la Constitución de la República, como también a los artículos 120 del mismo texto constitucional.

O cuando, como señala Pellerano Gómez, se produzca por “una incompetencia de orden constitucional... aún cuando sus preceptos no contravengan ninguna de las previsiones o valores consagrados por la Constitución”⁵⁴, señalando como causas de incompetencia constitucional los siguientes:

1) “violación al ámbito de la legalidad que rige y sobre el que descansa el Estado de Derecho que organiza la Constitución “según el cual los órganos del poder del Estado deben ceñirse estrictamente a los que ésta dispone, cuyas competencias respectivas no se presumen, sino que por el contrario deben ser atribuidas de manera expresa”.

Dentro de este concepto, serían inconstitucionales, y conforme lo dispone el artículo 99 de la ley fundamental de la nación dominicana, todo acto, ordenanza, resolución, reglamento, decreto, ley, que emane de un órgano no investido de dicha potestad o facultad, por ausencia de autoridades; cuando uno de los poderes en que se divide el Estado el artículo 4 de la Constitución, realiza o ejerce funciones que corresponden a otro poder, como lo es el caso de que el ejecutivo y mediante decreto, establezca impuestos de carácter general.

En este aspecto:

Inconstitucionalidad decreto 295-94 del 29 de septiembre de 1994 (tasa de salida). Que el Decreto del 29 de septiembre de 1994, cuya no conformidad con la Constitución es demandada, expresa en su parte dispositiva, lo siguiente: “Artículo 1- La Contribución de Salida de la República Dominicana a cargo de toda persona que viaje al exterior por vía aérea, será a partir del 15 de octubre de 1994, de US \$10.00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica para dominicanos y extranjeros”; Artículo 2.- El presente decreto deroga en lo que sea necesario el artículo 1ero. del Decreto No.504-90 del 8 de diciembre de 1990.”; que, aunque

54) Pellerano, op. cit , página 73

no es requerido para que una ley, decreto, resolución o acto, pueda ser declarada su inconstitucionalidad, que la disposición de que se trate haya recibido o esté en ejecución, el decreto argüido de tal, viene recibiendo aplicación desde la fecha que su entrada en vigencia fue dispuesta por el mismo decreto, lo que es confirmado en el proceso verbal redactado por el Notario Público doctor L. A. S. O., el 18 de octubre de 1994, donde consta la declaración de la recaudadora de la contribución, en el Aeropuerto Internacional de las Américas, señorita R. de los S., quien le expresó al declarante en ese acto que trató de pagar el impuesto en moneda nacional, “que el pago debe hacerse en dólares y no en pesos dominicanos”, y que ella no acepta el pago en moneda nacional, por instrucciones superiores.”

Que efectivamente, el artículo 4 de la Constitución consagra la división de los poderes y hace a sus encargados responsables y precisa que estos no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por la constitución y las leyes; que entre esas atribuciones al Congreso le corresponde, según el artículo 37, numeral 1, como Poder Legislativo, establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión; que entre las atribuciones reservadas a la competencia del Presidente de la República al tenor del artículo 55 de la Constitución, no se encuentra la de instituir impuestos o contribuciones generales; que como el Decreto del Poder Ejecutivo No. 259-94, del 29 de septiembre de 1994, fija una contribución de salida de la República a cargo de toda persona que viaje al exterior por vía aérea, resulta evidente la transgresión por vía del indicado decreto, de las disposiciones del numeral 1 del artículo 37 de la Constitución, al crear una contribución que sólo corresponde al Congreso establecer; que al carecer de capacidad el Poder Ejecutivo, dicho decreto es nulo por contravenir el artículo 46 de la Carta Magna; que se hace innecesario, por ello, ponderar la solicitud de los impetrantes de sí podía o no el Poder Ejecutivo, fijar la contribución en moneda extranjera, como se establece en el decreto pre mencionado; que no obstante lo acabado de expresar, la Suprema Corte de Justicia considera pertinente y útil examinar el aspecto de la instancia relativo a la crítica del establecimiento de la contribución en dólares de los Estados Unidos de América;

Que en efecto, el artículo 111 de la Constitución dispone que la unidad monetaria nacional es el peso oro, así como que sólo tendrán circulación legal y fuerza liberatoria los billetes emitidos por una entidad emisora única y autónoma, cuyo capital sea propiedad del Estado, siempre que estén totalmente respaldadas por reservas en oro y por otros valores reales y efectivos, en las proporciones y condiciones que señala la ley y bajo la garantía ilimitada del Estado; que lo anterior obliga a admitir que todas las operaciones económicas internas deben hacerse con la moneda nacional, ya que su fuerza liberatoria es absoluta y total; que en ese orden, la Ley Monetaria No.1528, del 9 de octubre de 1947, actualmente en vigor, promulgada al amparo de la Constitución promulgada el 10 de enero de ese año, en su artículo 2 dispone que; “ Los precios, impuestos, tasas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados o ejecutados en la República Dominicana, se expresarán y liquidarán en peso. Toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga pagos en plata u oro metálico, moneda o divisas extranjeras o cualquier otra unidad monetaria que no sea el peso, será nula. No obstante, dicha nulidad no invalidará la obligación principal, cuando ésta pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en peso, efectuando la conversión sobre la base de las paridades legales correspondientes, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago según resulte más favorable al deudor.....”

Que ni en la Ley Monetaria ni en la que instituye el Banco Central de la República Dominicana, entidad emisora de la moneda nacional, las que con las normas trazadas por la Constitución forman las bases del régimen monetario dominicano, existe disposición alguna que permita, fuera de las excepciones que se indican en el transcrito artículo 2 de la Ley Monetaria, el cobro de impuestos y contribuciones en moneda extranjera, por lo que también por este motivo el decreto de que se trata resulta inconstitucional;

Que por otra parte la Suprema Corte de Justicia no tiene capacidad constitucional, en virtud del principio de la separación de los poderes, para restituir la vigencia del Decreto No. 504-90, del 8 de diciembre de 1990,

derogado por el Decreto cuya inconstitucionalidad se demanda, como solicitan los impetrantes en su instancia, por lo que procede desestimar ese pedimento. *Sentencia No. 4 del 19-05-99, B. J. No. 1062, páginas 64, 65, 66, y 67.*⁵⁵

2) *La extralimitación de funciones*, se incurrirá en este vicio cuando y como secuela del artículo 4 precitado, uno de los poderes del Estado se extralimita en el ejercicio de las atribuciones que le corresponde o realiza algunos para los cuales no está facultado, pero al hacerlo no invade atribuciones que corresponden a otros poderes públicos.

Al efecto el mejor ejemplo lo visualizamos en este caso fallado por la Suprema Corte de Justicia.

Limitación del ámbito de competencia de los tribunales militares. Inconstitucionalidad de los mismos.

Visto el dictamen del Procurador General de la República, el cual termina así: “Primero: Que procede la designación de jueces en el caso de que se trata; Segundo: Que de igual manera procede designar al Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional como el tribunal competente para instruir la sumaria correspondiente a cargo del Cabo de la Policía Nacional Pérez Reyes (a) Tyson o Cabo Francisco Reyes Santana y del Sargento Policía Nacional Cándido Medina Medina”;

Visto la certificación expedida por la Dra. R. A. M. de E., Primer Tte., Abogada P. N., Secretaria del Tribunal de Primera Instancia de Justicia Policial, con asiento en Santo Domingo, el 10 de diciembre del 2001, dando cuenta del apoderamiento de la jurisdicción policial;

Visto la certificación expedida por M. A. de la P., Secretaria del Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, el 10 de diciembre del 2001, dando cuenta del apoderamiento de esa jurisdicción de instrucción;

La Suprema Corte de Justicia, después de haber deliberado, vista la Constitución de la República y los artículos 163 de la Ley de Organización Judicial, 14 letra b) de la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia,

381 y siguientes del Código de Procedimiento Criminal, la Ley No. 285 del 29 de junio de 1996, y particularmente los artículos 25, 27 y 228;

Que de conformidad con el artículo 163 de la Ley de Organización Judicial, toda demanda en declinatoria o en designación de jueces será de la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia; que en materia penal esta demanda puede ser intentada por el prevenido, la parte civil o el ministerio público;

Que el conflicto negativo de jurisdicción da lugar, como el conflicto positivo, a la designación de jueces; que el conflicto positivo se produce cuando dos tribunales, aún de distinta naturaleza, se declaran competentes para conocer de un mismo asunto; que si bien el conflicto positivo surge, como se dice más arriba, cuando dos tribunales se declaran competentes para conocer de un mismo asunto, es admitido, como lo prevé el artículo 383 del Código de Procedimiento Criminal, que habrá lugar a designación de jueces por la Suprema Corte de Justicia, cuando un consejo de guerra u oficial de policía militar o cualquier otro tribunal de excepción, por una parte, y otra parte un tribunal criminal, correccional, juzgado de policía o juez de instrucción, estén amparados del mismo delito o de delitos conexos o de la misma contravención; que de eso resulta que esa facultad puede ser ejercida por la Suprema Corte de Justicia independientemente de que los tribunales o jueces apoderados hayan tomado o no decisión sobre su competencia;

Que en el caso ocurrente, como se ha visto, se han suministrado las pruebas de que están apoderados del mismo asunto, el Tribunal de Primera Instancia de Justicia Policial, con asiento en Santo Domingo y el Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, como se evidencia de las certificaciones anexas a la instancia con que se introduce la presente demanda, las cuales se enuncian anteriormente;

Que en la especie se encuentran reunidas las condiciones previstas y requeridas por la ley para la admisión de la demanda de que se trata;

Que, por otra parte, la Suprema Corte de Justicia tiene capacidad para discernir los criterios sobre competencia que le permitan, frente a un

55) Biaggi, Juan. Opus Cit

conflicto de esta naturaleza, declinar adecuadamente el asunto ante aquella jurisdicción de las dos apoderadas que entienda con mayor aptitud y en mejor posición para hacer una más sana y recta administración de justicia;

Que el artículo 55, numeral 17 de la Constitución dispone que al Presidente de la República corresponde “Nombrar o revocar los Miembros del Consejo de Guerra de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”, lo que obviamente significa que los Tribunales de Primera Instancia y las Cortes de Apelación de Justicia Policial, reglamentados por la Ley No. 285, del 29 de junio de 1966, que crea el Código de Justicia de la Policía Nacional, constituyen verdaderos Consejos de Guerra en el ámbito policial, con las mismas características de los Consejos de Guerra Militares, incluida la potestad para la designación de sus miembros que corresponde al Presidente de la República;

Que es de principio que el soldado, entre los que se debe incluir al policía por lo antes dicho, no debe ser sustraído más que excepcionalmente de la jurisdicción ordinaria, de lo que se deriva, como consecuencia obligada, que durante el tiempo normal, constituido no por un estado de guerra sino de paz, los tribunales militares y policiales no deben conocer, en principio, más que de las infracciones especiales de puro orden militar o policial, cometidas por los militares y policías; que es a ese tipo de infracciones a que se refieren sus artículos 25 y 27 de la Ley No. 285, del 29 de junio de 1966, que crea el Código de Justicia Policial, al expresar en el numeral 1 del último de dichos textos que: “Los Tribunales de Primera Instancia de Justicia Policial serán competentes para el conocimiento de los siguientes casos: 1) Respecto de las infracciones especiales de orden policial calificados crímenes o delitos, cometidos por miembros de la Policía Nacional...”;

Que en ese orden, es oportuno inferir que en los demás casos de infracciones previstos, de manera general, en el artículo 25 y de manera particular en el artículo 27 de la citada ley, tales como: “Las cometidas por miembros de la Policía Nacional en los cuarteles, campamentos y cualquier otro recinto o establecimiento policial; las cometidas en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones sea cual fuere el lugar donde

ocurran; y las de cualquier naturaleza cometidas entre sí por miembros de la Policía Nacional, aún no estando en servicio, a condición, en este caso, de que como consecuencia de la infracción no resulten afectados elementos de la clase civil en sus personas o en sus propiedades”, los tribunales policiales no son competentes en tiempo de paz, para conocer de las indicadas infracciones las cuales, sólo en circunstancias especiales y situaciones de excepción, recobran dichos tribunales su aptitud legal para conocer de las mismas;

Que no existe en el país, al momento de juzgarse la presente demanda en designación de jueces, un estado de guerra o de naturaleza similar que justifique y haga posible, frente a estas circunstancias de excepción, que los tribunales policiales reivindiquen su competencia para conocer de todos los casos de infracciones cometidas por miembros de la Policía Nacional y señalados, de manera general, por los ya citados artículos 25 y 27 del Código de Justicia de la Policía Nacional;

Que en tales condiciones, es la jurisdicción ordinaria del Distrito Nacional, la competente para conocer y decidir del caso de que se trata.

Por tales motivos: Primero: Declara regular en la forma la demanda en designación de jueces intentada por el Magistrado Procurador Fiscal del Distrito Nacional; Segundo: Declara dicha demanda fundada en cuanto al fondo y, en consecuencia, anula el apoderamiento hecho, respecto del presente asunto, al Tribunal de Primera Instancia de Justicia Policial; Tercero: Declara la competencia de la jurisdicción ordinaria o de derecho común para conocer y fallar el asunto de que se trata y, en consecuencia; Cuarto: Designa al mismo Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, para que prosiga instruyendo la sumaria correspondiente, a cargo de los inculpadados Cabo Policía Nacional P. R. (a) Tyson o Cabo F. R. S. y Sargento Policía Nacional C. M. M.; Quinto: Ordena que la presente sentencia sea comunicada por secretaría al Magistrado Procurador General de la República para su conocimiento y sea notificada a las partes. *Sentencia No. 4, 26 de diciembre del 2001, B.J. No. 1093, páginas 26-30.* ⁵⁶

En este caso, la extralimitación se verifica al ejercer los tribunales militares la función de juzgar aquellos casos en que cometidos por no de los

miembros de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional, y no encontrándose el país en un estado de guerra, cometen actos o hechos que vulneran principios fundamentales en contra de ciudadanos, reputándose así como crímenes o delitos comunes, extralimitándose en sus funciones de orden constitucional, que se identifican como violaciones propias a esta.

O cuando se violenta la condición de razonabilidad que consagra el ordinal 5 del artículo 8 de la Constitución de la ley.

3) *Vicios materiales o sustanciales.*

Distínguese en la doctrina tres tipos de reglas de acuerdo al contenido en la constitución, las cuales pueden ser normas que regulan situaciones específicas, la enunciación de un principio, o el esbozo de un programa.

Conforme esta, el control de constitucionalidad se manifiesta de manera diferente.

1) Cuando se trata de una norma de la Constitución, la declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley, presupone que los textos de ambas contengan consecuencias jurídicas distintas para una misma situación jurídica o supuestos de hechos y que como tales sean incompatibles.

2) La constitución puede contener o disponer una regla para una categoría general de casos, la cual puede ser contradicha para un caso particular regulado por la Ley. Puede darse la situación de que el principio constitucional sea contradicho por los supuestos particulares ..

3) El texto constitucional puede contener principios que orienten la acción del legislador, como el caso de los derechos fundamentales, o programe el logro de determinados fines mediante preceptos a ser dictados por la ley, normas que pueden figurar en ordinales y acápite del artículo 8 que pueden pautar la conducta del legislador, de donde una ley que sea radicalmente opuesta o incompatible con ellos puede provocar su declaratoria de inconstitucionalidad.

Es lo que la doctrina italiana ha denominado “*la irracionalidad de la ley*”

“La ley , es igual para todos , no puede ordenar más que lo que es justo para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica ”, dispone el ordinal 5, del artículo 8 de la Constitución de la República, estableciendo así un límite a los poderes del propio Estado , que es determinante para medir que la actividad legislativa del Estado sobrepase los límites que tiendan a la consecución de los intereses colectivos dentro del orden de libertad individual y de justicia social compatible con el orden público, y los derechos de todos, que es la finalidad principal del Estado, conforme el enunciado capital del referido artículo.

Finalmente, del texto legal precitado, se deduce el principio de la igualdad que ha devenido en una de las causas más socorridas para atacar de inconstitucionalidad diversas leyes.

Este principio, conjugado con las disposiciones del artículo 100 del mismo texto, permiten incriminar como contrarias a la Constitución normas y leyes que si bien en sí misma no lo son o no coligen con el texto constitucional, al cotejarlas con otras leyes permiten establecer un tratamiento disímil entre situaciones diferentes que radicalmente deben considerarse iguales, o en sentido contrario, fijan un mismo tratamiento para situaciones que racionalmente deben considerarse distinta;

BIBLIOGRAFÍA

Republica Dominicana. Reformas Constitucionales 1844-1942. Edición oficial. Editorial El Diario. Santiago (Republica Dominicana) 1944. 2 Tomos iDITORIAL EL DIARIO, SANTIAGO, REPUBLICA DOMINICANA.

REPUBLICA DOMINICANA. REFORMAS CONSTITUCIONALES. 1844-1942.- EDICION DEL GOBIERNO DOMINICANO. 1944. EDITORIAL EL DIARIO, SANTIAGO, REPUBLICA DOMINICANA.

Republica Dominicana. Reforma Constitucional de 1947. G. O. 1065569, año LXVII, Imprenta J. R. Vda. García, Sucesores, ciudad Trujillo, R. D. 1947.

Republica Dominicana. Reforma Constitucional del 1955. G. O. No. 7918, año LXXVI, Imprenta J. R. Vda. García, Sucesores, ciudad Trujillo, R. D. 1955.

Republica Dominicana. Boletín Judicial No.1017. Editora Amigos del Hogar, Santo Domingo.

Republica Dominicana. Boletín Judicial No. 1053, Editora Centenario, Santo Domingo.

Republica Dominicana. Boletín Judicial No. 940-941, Editora de El Caribe, Santo Domingo.

Republica Dominicana. Boletín Judicial No 1065. Editora Centenario, Santo Domingo.

Republica Dominicana. Boletín Judicial No. 1059, Editora Centenario, Santo Domingo.

Biaggi, Juan. 15 Años de Jurisprudencia Constitucional Dominicana, 2002, Ediciones Trajano Portentini. Santo Domingo. República Dominicana.

Pellerano Gómez, Juan Manuel. "El Control Judicial de la Constitucionalidad Breviario 4, Asociación Hipólito Herrera Billini. Editorial Capel Dominicana, S. A. Apartado postal 20682, Santo Domingo, Republica Dominicana. Impreso por Editora V Centenario, S. A., 1998.

Pellerano Gómez, Juan Manuel. Que es una constitución. Estudios Jurídicos, Tomo II, Volumen III. . Ediciones Capeldóm, Santo Domingo.

Kartz, Isac M. La Constitución y los derechos privados de propiedad, Estudios Jurídicos, Volumen X, número 1, Enero - Abril 2001, Ediciones Capeldóm, Santo Domingo.

Valera, Miguel A. Estudios Jurídicos, volumen IX, número 3, Septiembre - Diciembre 2000. Ediciones Capeldóm, Santo Domingo.

PARTE II

EL CONTROL JUDICIAL DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Juan Antonio Toscano Ortega

Profesor de Derecho constitucional
de la Universidad Pompeu Fabra.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

El tema se adapta a los objetivos y contenido del presente Curso, destinado prioritariamente a Jueces dominicanos. En este marco, se ofrece un estudio breve, con una sistemática clara y sencilla, en donde se presentan los aspectos más esenciales del control judicial de la adecuación constitucional en el sistema español. En efecto, previa referencia a la supremacía constitucional, se abordan las diversas posibilidades que el ordenamiento jurídico confiere a la Jurisdicción ordinaria para aplicar la Constitución, de entre las que se destaca la cuestión de inconstitucionalidad.

El tratamiento de esos contenidos se acomete desde la perspectiva del Juez que debe aplicar la Constitución y que, consiguientemente, controla la adecuación constitucional de las normas jurídicas. Tal enfoque obliga a exponer las principales pautas y reglas que desde el ordenamiento jurídico (destacadamente, la Constitución -CE-², la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -LOT-³, la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ-⁴ y la jurisprudencia constitucional⁵) condicionan esa exigencia de administrar justicia sobre la base de normas inequívocamente constitucionales. No se van a tratar las aportaciones doctrinales, de Derecho comparado o de lege ferenda sobre las cuestiones estudiadas. Ahora bien, no se renuncia a incorporar como apéndice una selección bibliográfica, básica y reducida.

Por último, es menester apuntar que la aplicación de la Constitución en la jurisdicción civil no presenta particularidades o singularidades relevantes respecto de la realizada en las demás jurisdicciones. Por ello, el tratamiento de los diferentes contenidos del presente Tema se presenta como común a todos los órdenes jurisdiccionales.

2) Constitución española de 27 de diciembre de 1978, aprobada por los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum el 6 de diciembre siguiente, promulgada y sancionada por el Rey el 27 de ese mismo mes y publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 29 de diciembre de 1978, fecha de su entrada en vigor.

3) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre de 1979).

4) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, reguladora del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985).

5) El artículo 5.1 LOPJ dispone la vinculación de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la interpretación que de los preceptos y principios constitucionales resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

CAPÍTULO I

LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y ALGUNA DE SUS GARANTÍAS.

El ordenamiento jurídico se organiza sobre la base del principio de constitucionalidad. En efecto, la Constitución se erige como la norma primera y primaria, pues crea los sistemas de producción normativa y de fuentes del Derecho, de suerte que de ella derivan su validez las normas jurídicas. Por ese carácter, se configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico, directamente aplicable, que vincula a los ciudadanos y poderes públicos, y superior en jerarquía e inmune (fuerza activa y pasiva) frente al resto de normas.⁶ Naturalmente, esa condición de norma suprema obliga a que las normas deban ser conformes a la Constitución.

Con el fin de evitar la aplicación de normas disconformes con la Constitución, los ordenamientos jurídicos se dotan de sistemas de control de adecuación constitucional. En España, se sigue prioritariamente el lla-

6) En esta dirección, de forma muy clara se expresa el apartado IV de la exposición de motivos de la LOPJ: "Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra"; "Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1, que prescribe que <los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento>. Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párrafo 1 del artículo 9º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes".

mado modelo europeo de justicia constitucional concentrada, de manera que la supremacía de la Constitución viene garantizada por el Tribunal Constitucional, al que se le otorga el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Ahora bien, este órgano no monopoliza o acapara para sí el control de la aplicación de la Constitución. Los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional también participan en ese control de adecuación constitucional, lo que en cierto modo aproxima el sistema español al modelo norteamericano de control difuso.⁷

En el sentido expuesto, reza el artículo 5.1 LOPJ: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Esa vinculación de Jueces y Magistrados se vehicula a través de la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.⁸ Este principio hermenéutico es básico en la articulación de competencias entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en materia de control de adecuación constitucional, de manera que se persigue la uniformidad, o si se quiere la unidad de función jurisdiccional, en la interpretación de la Constitución. Ese reparto de funciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en esta materia viene condicionado por el ordenamiento constitucional. De un lado, el Tribunal Constitucional, sólo vinculado a la Constitución y a su Ley Orgánica⁹, como se ha expuesto, tiene el monopolio exclusivo de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. De otro, el Poder Judicial, sometido a la Constitución¹⁰ pero también al imperio de la ley¹¹, a quien corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional¹², no pueden consiguientemente inaplicar la Constitución ni la ley, si bien es terreno acotado a su favor el control de los reglamentos (con algunas excepciones).

7) Aunque el alcance del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los Jueces americanos es muy distinto al de los españoles. En el sistema judicial norteamericano, si el Juez en un proceso ha de aplicar una ley que a su juicio es contraria a la Constitución, la inaplica y aplica directamente la Constitución, *modus operandi* constitucionalmente vedado al Juez español, quien se encuentra sometido al imperio de la ley, lo que comporta que no puede inaplicarla.

CAPÍTULO II

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL.

Los Jueces ordinarios, sometidos a la Constitución y a la ley, son también “Jueces de la constitucionalidad”, en el sentido de que asumen el control de la adecuación constitucional de las normas jurídicas aplicables en el marco del proceso. La finalidad de ese control judicial radica en la necesidad o la exigencia de administrar justicia sobre la base de normas claramente constitucionales. En efecto, los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la función jurisdiccional, deben asegurarse que las normas jurídicas aplicables en cada caso sean conformes a la Constitución. Esa tarea debe hacerse a través de las técnicas o los instrumentos de control de adecuación constitucional que fija el ordenamiento jurídico. Esas reglas o

8) Evidentemente, esa tarea judicial de interpretación y aplicación de la Constitución debe acometerse con respeto especialmente de los fines esenciales a la forma de Estado (“social y democrático de Derecho”) y los valores superiores (“libertad, justicia, igualdad y pluralismo político”) que la norma fundamental propugna, y con vistas a la consecución de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico y de uniformidad en la interpretación de los mandatos constitucionales.

9) Se lee en el artículo 1.1 LOTC: “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.

10) Al respecto, el artículo 9.1 CE, conforme al cual los poderes públicos, entre ellos el Poder Judicial, “están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Asimismo, el transcrito artículo 5.1 LOPJ.

11) El artículo 117.1, in fine, CE prescribe que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial están “sometidos únicamente al imperio de la ley”.

12) Reza el artículo 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

pautas que marcan la actuación del Juez al efectuar el juicio de constitucionalidad de leyes y reglamentos son las que seguidamente se enumeran y tratan.

2.1. | La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales (planteamiento y remisión).

Los Jueces y Tribunales están facultados para promover la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si consideran que, en el marco de un proceso, una norma legal, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la norma fundamental. A este importante instrumento de control puesto a disposición exclusiva de los órganos judiciales, se le dedica el posterior apartado 4.

2.2. | La acomodación, vía interpretativa, de la norma controvertida al ordenamiento constitucional.

Según el artículo 5.3 LOPJ: “Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al Ordenamiento constitucional”. No es preciso, pues, acudir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si el Juez al efectuar el juicio de adecuación constitucional halla una interpretación de la norma controvertida que encuentre acomodo en el ordenamiento constitucional. Con otras palabras, el Juez aplicará la norma objeto de controversia si halla una interpretación de la misma compatible con la Constitución. Se trata de la denominada interpretación “adecuadora” o “correctora”, que tiene su fundamento en la presunción de constitucionalidad de la ley. Pesa sobre el Juez, por tanto, la carga de buscar las interpretaciones posibles de la norma legal, de modo que pueda optar en el caso concreto por aquella que no vulnere los mandatos constitucionales, rechazando aquellas otras interpretaciones conducentes a conclusiones no compatibles con la Constitución. En principio, en esa interpretación de la ley conforme a la Constitución el Juez goza de libertad, salvo

en lo relativo únicamente a la interpretación (vinculante) de la ley “que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (artículo 5.1, in fine, LOPJ). Por ello, en esa concreta tarea (que es de control de adecuación constitucional, que no de legalidad ordinaria) el Juez es libre de asumir o no las interpretaciones sobre la norma debatida expresadas por otros Tribunales superiores, lo que desde luego le permite interpretar de acuerdo con su propia “sensibilidad” constitucional. De esta forma, se introduce con la interpretación adecuada por el Juzgador “un elemento de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema”¹³.

2.3. | La inaplicación por el juez de las leyes preconstitucionales derogadas por la constitución.

Una de las manifestaciones de la indiscutible supremacía de la Constitución reside en su Disposición Derogatoria 3, que establece una cláusula de derogación genérica, según la cual pierden vigencia todas las normas que se le opongan. Reza esa Disposición: “Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. En este ámbito, tras la realización por los Jueces del juicio de constitucionalidad de las normas preconstitucionales, compete a éstos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional la inaplicación en el caso concreto de las normas que entiendan derogadas por la Constitución.¹⁴ En definitiva, los Jueces y Tribunales deben inaplicar las disposiciones derogadas por la Constitución.¹⁵

2.4. | La inaplicación de reglamentos y disposiciones administrativas contrarios a la constitución.

Los reglamentos y las disposiciones administrativas se controlan directa-

¹⁴) Apartado IV de la exposición de motivos de la LOPJ.

El juicio de constitucionalidad sobre leyes preconstitucionales que realiza el Juez ordinario desemboca en un juicio de vigencia. Desde luego, el Juez no deroga la norma preconstitucional opuesta a la Constitución, pero sí la inaplica por entenderla derogada si el juicio de constitucionalidad arroja un resultado negativo.

mente por los órganos del Poder Judicial, quienes en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentran sometidos sólo a la Constitución y a la Ley. En este sentido, es muy claro el artículo 6 LOPJ: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”. El control de los reglamentos constituye pues un ámbito acotado en favor de la Jurisdicción ordinaria¹⁶. Con referencia al ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no debe olvidarse que el artículo 106.1 CE establece que “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta los fines que la justifican” (en idéntico sentido, el artículo 8 LOPJ).

2.5. | La infracción del precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación y la aplicabilidad directa de derechos fundamentales garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

En el ámbito de actuación del Poder Judicial, la supremacía de la Constitución se manifiesta en otros aspectos.

Por un lado, la Constitución es objeto de aplicación por la Jurisdicción ordinaria, en concreto por el Tribunal Supremo, en los supuestos en que el recurso de casación se fundamenta en la infracción del precepto constitucional. En este sentido, el artículo 5.4 LOPJ, que establece: “En todos

¹⁵ Excede del objeto de este Tema la debatida cuestión de la distinción entre “derogación” e “inconstitucionalidad”. Pero puede anotarse brevemente esa polémica. El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras resoluciones, la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, admite su competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley preconstitucional a través del juicio de validez. Así, se afirma en esa resolución: “La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de un parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguientemente invalidad, de las que se opongan a la Constitución, y, de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación”; a ello añade que “No puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, ... es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquélla de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria”. A esa sentencia se acompaña Voto particular del Magistrado F. Rubio Llorente, del siguiente tenor literal: “Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de <inconstitucionalidad sobrevenida>... La derogación es simple resultado de la sucesión de normas en el tiempo, la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella. El principio <Lex posterior derogat anteriori> es un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico que ha de hacerse compatible con el principio de jerarquía normativa... pero sólo cede ante éste. La <Lex posterior> no tiene efectos derogatorios cuando es de rango inferior a la <Lex anterior>, pero sólo entonces. La validez de este principio lógico se ve, además, confirmada por el apartado tercero de la Disposición Derogatoria de la Constitución”; en definitiva, a juicio del Magistrado disidente “sólo los Tribunales ordinarios pueden declarar la contradicción entre la Constitución y las leyes preconstitucionales”.

los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre el Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

Por otro, la Jurisdicción ordinaria, a la que compete el conocimiento del recurso de amparo ordinario, actúa como garante de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos. Así, reza el artículo 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”¹⁷. En esta misma dirección, la LOPJ menciona expresamente que los derechos y libertades vinculan en su integridad a todos los Jueces y Tribunales (artículo 7.1)¹⁸, de suerte que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no podrán restringir, menoscabar o inaplicar el contenido esencial de los mismos que salvaguarda la Constitución (artículo 7.2)¹⁹. Asimismo, explicita que los órganos del Poder Judicial protegerán los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda pronunciarse indefensión (artículo 7.3)²⁰.

¹⁶ Al respecto, conviene anotar dos precisiones, la primera relativa al control por la Jurisdicción ordinaria de los Decretos Legislativos, y la segunda concerniente a la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional de los reglamentos fundada en la vulneración de derechos y libertades o de la distribución de competencias.

1. El control de los excesos de la delegación legislativa compete no sólo al Tribunal Constitucional sino también a la Jurisdicción ordinaria (artículos 82.6 CE y 27.2.b) y e) LOTC). En este sentido, corresponde al Juez ordinario inaplicar los Decretos Legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso valor de ley.

2. El Tribunal Constitucional puede revisar por la vía del recurso de amparo constitucional, una vez agotada la vía judicial previa, los reglamentos que pudieran incurrir en vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas (en los términos del artículo 43 LOTC). Asimismo, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí (artículo 161.1.c) CE), también los que tienen su origen en normas reglamentarias.

En ambos casos, puede darse un ámbito compartido en las posibilidades de control por las Jurisdicciones ordinaria y constitucional.

¹⁷ Precepto que se completa con la siguiente redacción: “y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

¹⁸ Que establece: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

¹⁹ Que dispone: “En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”.

²⁰ Que preceptúa: “Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”. En este ámbito, no debe olvidarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, según el cual “Todas las personas tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

CAPÍTULO III

LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Los Jueces y Tribunales son convocados a aplicar la Constitución en colaboración con el Tribunal Constitucional en la labor de depuración objetiva del ordenamiento jurídico mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Dispone así el artículo 163 CE: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. Esta regulación se completa con los apartados 2 y 3 del artículo 5 LOPJ y los artículos 35 a 37 LOTC.²¹

3.1. | Naturaleza jurídica: fin y resultado.

De esa regulación, y de la jurisprudencia constitucional, se concluye que la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento puesto a disposición de los órganos del Poder Judicial para administrar Justicia sobre la base de leyes constitucionales. En efecto, su planteamiento ante el Tribunal

Constitucional corresponde a Jueces y Tribunales habida cuenta (como se ha expuesto) de una doble exigencia constitucional: por un lado, les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, el monopolio de la administración de Justicia, que ampara la emisión del juicio de constitucionalidad respecto de leyes aplicables en un proceso concreto; y, por otro, su sujeción a la ley, de suerte que no tienen la posibilidad de inaplicarla, correspondiendo sólo al Tribunal Constitucional el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Desde la perspectiva del órgano judicial, el sentido de este instrumento es claro: poner en conocimiento del Tribunal Constitucional sus dudas fundadas de constitucionalidad acerca de una ley que debe aplicar cuando administra Justicia en un caso concreto.

La exigencia de administrar justicia conforme a la Constitución es pues el fin de esa colaboración entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Diferente de ese objetivo, es el resultado que se pretende, a saber, la depuración objetiva, continua y dinámica del ordenamiento jurídico desde la óptica de la constitucionalidad de las leyes.²²

²¹ Conviene anotar la regulación contenida en la LOTC, que desarrolla el artículo 163 CE. Dentro del “Título II. De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, el “Capítulo III. De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”, prescriben sus artículos 35 a 37:

“Artículo 35. 1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme”;

“Artículo 36. El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere”.

“Artículo 37. 1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada.

2. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.

²² El Tribunal Constitucional, ya al inicio de su andadura, en la sentencia 17/1981, advierte de ese resultado y de las ventajas de este instrumento frente al recurso de inconstitucionalidad. En efecto, afirma que la depuración continua del ordenamiento jurídico desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes es “resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y del TC, y sólo esa colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas”.

En definitiva, la cuestión de inconstitucionalidad viene configurada como un instrumento de colaboración entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que persigue como fin la administración de justicia conforme a leyes respetuosas con la Constitución, y tiene por resultado la depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales.

3.2. | Legitimación.

Sólo los órganos judiciales, unipersonales o colegiados, y con independencia del orden jurisdiccional, la instancia o la clase de proceso, pueden promover la cuestión de inconstitucionalidad, lo que revela la “confianza” que la Constitución ha depositado en todos y cada uno de los Jueces en la tarea de control de adecuación constitucional. Aunque las partes puedan instar ese planteamiento (artículo 35.1 LOTC), tal petición no es vinculante, de manera que la decisión final de promoverla o no es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial. En efecto, por un lado, se trata de una facultad, de una decisión discrecional del Juez, de forma que si la plantea pone en conocimiento del Tribunal Constitucional sus propias dudas de constitucionalidad (no las que sólo postulan las partes). Por otro, esa decisión del órgano judicial no es recurrible por las partes²³, lo que no impide que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme (artículo 35.2, in fine, LOTC).

3.3. | Objeto.

La cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto “una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución” (artículos 163 CE, 5.2 LOPJ y 35.1 LOTC), condiciones todas ellas que han de concurrir para que el órgano judicial pueda plantearla.

²³ Por tratarse de una atribución exclusiva y propia del órgano judicial, la denegación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera derecho fundamental alguno (tampoco la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE) de la parte que insta ese planteamiento. De ahí las reiteradas decisiones del Tribunal Constitucional de inadmisión o desestimación en este contexto de recursos de amparo.

A) La cuestión debe dirigirse frente a una ley o norma con rango de ley, susceptible de ser declarada inconstitucional.²⁴ No cabe pues frente a reglamentos.²⁵

B) La norma legal ha de ser aplicable al caso, pues es la exigencia concreta de administrar justicia lo que se persigue, que no el “saciar” la curiosidad dogmática del Juez o dar cauce a su voluntad de depurar en general el ordenamiento jurídico de normas legales espurias. Desde luego, es al Juez a quien corresponde la selección de la norma aplicable al caso. Ahora bien, ese juicio de aplicabilidad puede ser revisado por el Tribunal Constitucional en aquellos supuestos en que manifiestamente la norma legal no resulte de aplicación al caso concreto (lo que conducirá a la inadmisión de la cuestión).

C) El fallo debe depender de la validez de la ley aplicable al caso. De esta manera, no cabe el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad frente a preceptos legales de cuya validez no dependa directamente el fallo, pese a que puedan presentar algún tipo de relación, incidencia o conexión con el objeto de la litis. Acerca de esta condición, deben subrayarse dos aspectos: el denominado “juicio de relevancia” y el alcance de la expresión “fallo” (artículo 163 CE). En primer lugar, este requisito debe ser cumplimentado con rigor por el Juez, de manera que debe proceder al juicio de relevancia, esto es, ha de exponer ante el Tribunal Constitucional el esquema argumental en razón del cual el contenido del fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. En ese juicio, debe argumentar de forma expresa y suficientemente consistente esa dependencia entre el fallo del proceso y la validez de la ley aplicable al caso. Si falta el juicio de relevancia, o éste se encuentra desprovisto de una argumentación consistente, el Tribunal Constitucional inadmitirá la cuestión. En segundo lugar, acerca del alcan-

²⁴ Según el artículo 27.2 LOTC: “Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas. b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución. c) Los Tratados Internacionales. d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales. e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa. f) Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”.

²⁵ Debe destacarse que la ley puede ser objeto de control de constitucionalidad a través de este instrumento mientras esté vigente, a diferencia de lo que sucede con el recurso de inconstitucionalidad, que deberá interponerse por los órganos legitimados dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley (artículo 33 LOTC).

Al respecto, véase el apartado 3.4 del presente Tema.

ce del término “fallo”, la jurisprudencia constitucional ha llegado a un entendimiento amplio del mismo, que alberga cualquier decisión judicial que finalice un procedimiento (aunque sea de tipo incidental), sea en forma de sentencia o de auto, resolutoria en materia de fondo o de materia procesal, y sin excluir las resoluciones dictadas para ejecutar decisiones judiciales.

D) El órgano judicial ha de albergar fundadas dudas sobre la constitucionalidad de la ley que debe aplicar para resolver el caso. Esa duda ha de ser propia del Juez, así como activa y razonada; esto es, debe justificar el planteamiento de la cuestión a través de una motivación y razonamiento jurídicos convincentes acerca de la eventual lesión constitucional, sin que pueda limitarse a trasladar las dudas o impugnaciones de las partes o simplemente a realizar un mero cuestionamiento de la constitucionalidad.²⁶ El Tribunal Constitucional puede inadmitir la cuestión si no se dan esos requisitos. Como es sabido, no cabe el planteamiento de la cuestión cuando el Juez considera que la ley debatida es claramente constitucional, o cuando por vía interpretativa es posible su acomodación al ordenamiento constitucional (artículo 5.3 LOPJ).²⁷

3.4. | Interposición y efectos.

Según el artículo 35.2 LOTC, el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento²⁸ y dentro del plazo para dictar sentencia.²⁹ Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva de plantear la cuestión, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal, para que aleguen lo que deseen acerca de la pertinencia de tal planteamiento.³⁰ En el auto de planteamiento de la cuestión, el Juez debe concretar la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto consti-

²⁶ La colaboración del órgano judicial en la decisión sobre la constitucionalidad de la ley puede llegar a ser más intensa si la fundamentación jurídica de la cuestión ofrece elementos argumentales tan convincentes que el Tribunal Constitucional pueda darles favorable acogida en su sentencia. En tal caso, podría sostenerse que el órgano judicial promotor de la cuestión en cierto modo ha coadyuvado directamente en esa decisión constitucional.

²⁷ Al respecto, el apartado 3.2 de este Tema.

²⁸ Se trata de la exigencia de agotar el procedimiento. Posiblemente, se pretende con ello evitar el planteamiento de cuestiones infundadas y prematuras. En efecto, una vez concluso o finalizado el procedimiento, el Juez, tras haber examinado las alegaciones de las partes, puede haber alcanzado un alto grado de convicción sobre los juicios de relevancia y de constitucionalidad. Además, se frenan las maniobras dilatorias de las partes (que, seguramente, se darían de forma constante antes del agotamiento del procedimiento).

²⁹ Término, el de “sentencia”, de alcance más restrictivo que la expresión “fallo” del artículo 163 CE. Sin embargo, al respecto véase lo manifestado en el apartado 4.3.C) del Tema.

tucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión (el juicio de relevancia).³¹ Ya se ha expuesto que dicho auto no es susceptible de recurso de ninguna clase³², si bien la cuestión podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme.

En general, esa interposición no genera efectos sobre la validez de la ley impugnada, que permanece vigente y aplicable, mientras el Tribunal Constitucional no declare su inconstitucionalidad. En concreto, el proceso judicial se suspende hasta conocerse la decisión del Tribunal Constitucional.

3.5. | Sustanciación y sentencia en sede de jurisdicción constitucional. referencia a la autocuestión de inconstitucionalidad.

Promovida la cuestión de inconstitucionalidad, a la que se acompaña testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, si las hubiere (artículo 36 LOTC), el Tribunal Constitucional debe pronunciarse acerca de la admisión a trámite de la misma. En esta fase, el Tribunal puede rechazar la cuestión mediante auto motivado, con la sola audiencia del Fiscal General del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada (artículo 37.1 LOTC). Pero si el Tribunal Constitucional decide admitir a trámite la cuestión, dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, y en caso de afectar a una ley dictada por una Comunidad Autónoma, al Parlamento y Gobierno de la misma, para que puedan personarse y formular alegaciones (artículo 37.2 LOTC).

³⁰ De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en esa providencia de audiencia, el Juez debe identificar de forma clara el precepto legal cuestionado y ha de exponer sucintamente sus dudas de constitucionalidad, de forma que de a conocer con un mínimo de rigor el debate constitucional suscitado. Pero no es preciso que en este trámite de audiencia proceda al juicio de relevancia, ni a la cita del precepto constitucional.

³¹ En lo que afecta a la identificación del precepto legal cuestionado y a las dudas de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional exige una identidad en lo sustancial entre la providencia de audiencia a las partes y el auto de planteamiento de la cuestión.

³² La inadmisión de la cuestión por algún defecto, como ha expresado el Tribunal Constitucional, no impide la posibilidad de que nuevamente se plantee la cuestión una vez se ha subsanado el defecto.

Una vez recaída sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso, el cual notificará la sentencia constitucional a las partes (artículo 38.3 LOTC). El Juez o Tribunal deberá resolver conforme al fallo contenido en la sentencia constitucional.

Una breve referencia puede hacerse a la denominada autocuestión de inconstitucionalidad, que se regula en la LOTC³³, prevista como consecuencia de la estimación por una Sala del Tribunal Constitucional de un recurso de amparo por vulneración de un derecho fundamental imputable a la aplicación de una ley. En estos casos, la Sala³⁴, amén de otorgar el amparo solicitado, deberá elevar al Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad para que éste se pronuncie sobre la constitucionalidad de esa ley, de cuya aplicación se deriva la violación del derecho. Por tanto, a diferencia de la cuestión de inconstitucionalidad, en la autocuestión la Sala ya ha resuelto el recurso de amparo sin esperar a que el Pleno decida sobre la cuestión planteada.

³³ En el marco del "Título III. Del recurso de amparo constitucional", "Capítulo III. De la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos", en concreto, su artículo 55.2 dispone: "En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales y libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en la nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes".

³⁴ Las dos Salas de que se compone el Tribunal Constitucional no son competentes para conocer de los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que se atribuyen al Pleno; consiguientemente, no pueden expulsar del ordenamiento jurídico las leyes inconstitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- En Derecho español, las siguientes referencias doctrinales: ARAGÓN REYES, M., "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978"
- Revista de Estudios Políticos, 7, 1979; ARAGÓN REYES, M., "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado de control jurisdiccional"
- Revista Española de Derecho Constitucional, 17, 1986; BLASCO SOTO, M.C., La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad, Barcelona, 1995
- CANCER LALANNE, E., "La Constitución como motivo del recurso de casación", Cuadernos de Derecho Público, 7, 1999
- DÍEZ-PICAZO, L., "Constitución, Ley, Juez", Revista Española de Derecho Constitucional, 15, 1985
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., "La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional", Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia, Madrid, 1985
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad", Revista Española de Derecho Constitucional, 21, 1987
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1981
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas en la Jurisprudencia de la Constitución", Revista Española de Derecho Constitucional, 10, 1984
- GARCÍA ROCA, J., "El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juez ordinario: el caso del Juez civil", Revista de las Cortes Generales, 27, 1992
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad", El Tribunal Constitucional, II, Madrid, 1981
- JIMÉNEZ CAMPO, J., "Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", Los procesos constitucionales, Madrid, 1992
- JIMÉNEZ CAMPO, J., "Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español", La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994, Madrid, 1995
- LOJENDIO IRURE, I.M., "Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español", Revista de Administración Pública, 18, 1987
- MARÍN PAGEO, E., La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, Madrid, 1990; MOSQUERA, L., "La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978", La Constitución española de 1978, Madrid, 1981
- PÉREZ GORDO, A., Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, Barcelona, 1982
- PÉREZ ROYO, J., la voz "Cuestión de inconstitucionalidad", Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, 1995
- PÉREZ TREMPES, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Madrid, 1985
- PÉREZ TREMPES, P., "La Constitución como

motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución", Cuadernos de Derecho Público, 7, 1999

RIBAS MAURA, A., La cuestión de inconstitucionalidad, Madrid-Palma de Mallorca, 1991

RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución como fuente del Derecho", La Constitución española y las fuentes del Derecho, I, Madrid, 1979

RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓ REYES, M., "La Jurisdicción Constitucional", La Constitución española de 1978, Madrid, 1981

RUBIO LLORENTE, F., "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en ejercicio de la jurisdicción constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, 4, 1982; SALA ARQUER, J.M., "Consideraciones sobre la cuestión de

inconstitucionalidad", El Tribunal Constitucional, III, Madrid, 1981; VIVER PISUNYER, C., "El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad", Cuadernos de Derecho Público, 7, 1999.

II. Un panorama general de Derecho comparado, se ofrece en los estudios de: RENOUX, T.S., "La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?"

ROMBOLI, R., "La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia"

ROSENFELD, M., "Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en Estados Unidos"; y WEBER, A., "La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania", todos ellos en Cuadernos de Derecho Público, 7, 1999, monográfico dedicado a "La aplicación de la Constitución por la Jurisdicción ordinaria".

MODULO IV

LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES
DE CONTRADICCIÓN,
AUDIENCIA Y DEFENSA
EN EL PROCESO CIVIL

LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES
RECTORES DEL
PROCESO CIVIL II

PARTE I

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE CONTRADICCIÓN, AUDIENCIA Y DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL

Edynson Alarcón

Juez miembro de la Cámara Civil y Comercial
de la Corte de Apelación del Departamento
Judicial de San Pedro de Macorís.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

La práctica judicial en nuestros países, fogosa, pasional e intransigente a veces, arrastra con frecuencia la administración de justicia en esa misma vorágine de efervescencia. Ella termina echando de lado al juez garantista y poniendo en su lugar una máquina poco reflexiva, que no abreva en la fuente constitucional, que lejos de ello la subestima y hace un culto desmedido de la legislación adjetiva. Ese ha sido, desafortunadamente, el patrón tradicional. En particular, las prerrogativas a que da lugar el principio que entre nosotros consagra el derecho de defensa, con todo cuanto de él resulta, como por ejemplo los otros dos principios de contradicción y audiencia que son sus corolarios más notables, suelen aplicarse a medias o en desconocimiento funcional de su valor, que para muchos, incluso, es supra constitucional.

Nos anima, canalizando nuestro enfoque hacia el proceso civil exclusivamente, destacar los diversos factores, incidencias y temperamentos que confluyen en tan importante categoría de orden constitucional. Su concepto, reseñar algo sobre su devenir histórico y reparar en la subsunción que en él se hace de otros principios orientados directa o indirectamente a asegurar a los usuarios del sistema de justicia, un proceso imparcial y justo.

La interpretación racional del Art.8 de la Constitución Dominicana es inevitable, en específico del literal “J” del Inciso 2, a los fines de demarcar el redil de apreciación y el fundamento jurídico-técnico del asunto. Ya en materia, sería importante, por decir algo, medir la eficacia procesal que comporta el derecho de defensa en la contestación, antes, durante e inclusive después de los debates, y la manera en que quedaría contaminada la instancia y comprometida su legitimidad, frente a la ponderación por parte del tribunal de un documento no hecho contradictorio, conclusiones subrepticias, esto es no debatidas previamente, o llamamientos a audiencia afectados de algún vicio. Y ni hablar de aquellos mecanismos probatorios que se admitieran en el aire, complacientemente, sin reparo en las debidas garantías que ponen en un mismo plano de igualdad a los diferentes actores del proceso.

Así pues, la medida de la legalidad del proceso dependerá de que en él se den las condiciones de idoneidad que permiten a su vez el libre ejercicio de la defensa, de una defensa honrosa en las condiciones de racionalidad y justicia que son de derecho, sin que en ello influya, ni poco ni mucho, la nacionalidad del justiciable, su credo o su patrimonio.

A propósito de la nacionalidad y de la solvencia económica de los ciudadanos, la existencia aún en nuestra legislación positiva de la “cautio iudicatum solvi” o fianza del extranjero, sugiere de inmediato una profunda reflexión sobre hasta qué punto su presencia no sería discriminatoria o constituiría un atentado al derecho de defensa y sus corolarios, señaladamente con relación a potenciales demandantes extranjeros, procedentes de países no signatarios del Código de Bustamante de 1928 o que no estén en disposición de acreditar la propiedad de bienes inmuebles en el territorio nacional. Como quiera que sea, urge la reivindicación de los principios de contradicción, audiencia y en general de defensa hacia la constitucionalización del proceso civil, siempre que el estado de derecho y el reconocimiento permanente de la Constitución del país en tanto que la Ley suprema, sean las constantes que tracen el norte de la sagrada misión de administrar justicia.

CAPÍTULO I

CATEGORÍAS DE ALCANCE GENERAL ORIENTADAS AL TEMA.

1.1. | Definición y marco operativo de los principales principios gestores del proceso civil en sus diversas etapas y desdoblamientos:

1.1.1 *El derecho de defensa y el debido proceso de Ley.*

Considerados tradicionalmente como los principios por excelencia en que se sustentan las estructuras de procedimiento en todas las materias, el derecho de defensa y el debido proceso de Ley, parecieran ser, de cara a la conducción de la instancia judicial, alas de un mismo pájaro. No se concibe pues, desde el punto de vista ético-racional, un solo esquema de procedimiento cuyas políticas más elementales no den por presupuesta esa mancomunidad de seguridades o que no la tenga como referente obligado a la hora de medir la legitimidad del proceso, reiteramos, en todas las materias, la civil incluida.

El derecho de defensa con su amplia gama de manifestaciones e implicaciones, en tanto que derecho absoluto reconocido como tal en la Constitución del país (Art.8. Literal “J”, Ord.2), constituye la substancia

fundamental del derecho procesal y se refiere a la necesidad de que los poderes públicos, en especial los estamentos del Estado encargados de la función legislativa y los que a su vez son responsables de la aplicación e interpretación de la Ley, sean capaces de garantizar condiciones adecuadas y funcionales que posibiliten una defensa efectiva, objetivamente digna, al margen de cuál pueda ser el desenlace final del litigio. Ello comporta, por supuesto, el reconocimiento tácito o expreso de otras categorías consecuentes, tales como la contradicción, la publicidad, la gratuidad del acceso a la justicia, el derecho a audiencia, la independencia e imparcialidad de los tribunales, etc., y precisa también de un armazón conceptual en que opere el conjunto: *El debido proceso*.

El debido proceso se erige entonces en la expresión grupal, regulada, de las diferentes pautas de orden técnico sancionadas por el legislador, conducentes a que las partes enfrentadas desarrollen su litigio en absoluta igualdad de condiciones, respetándoseles sus derechos más elementales y en expectativa de un fallo si acaso no predecible, calculable “ex ante”, que sería lo ideal, al menos razonable y equilibrado.

1.2. | Antecedentes históricos sobre la presencia en la legislación dominicana de los principios relativos al derecho de defensa y el debido proceso.

Desde la primera Carta Sustantiva que registra nuestra historia republicana, la de 1844, el constituyente ha venido consagrando unas veces implícitamente, otras de manera explícita, la defensa y el debido proceso entre los derechos de extracción superior, por influencia de John Locke y de los pensadores enciclopedistas de la Francia del siglo XVIII. El antecedente más concreto, por lo que respecta a la salvaguarda, como una garantía fundamental, del derecho de defensa, parece estar en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de que se hicieron eco las constituciones burguesas que tuvo Francia entre los años de 1791 y 1793, las cuales a su vez bebieron del “Contrato Social” y demás corrientes liberales del denominado siglo de las luces. El debido proceso como expresión digamos que “técnica”, de su lado, no es de origen francés sino inglés, y tiene su más

lejano precedente en la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215.

La Constitución de noviembre de 1844, en fin, consagra el debido proceso de Ley, y lo hace en su Art.19 al disponer que nadie podrá ser sentenciado más que por un tribunal competente, en virtud de las leyes en vigencia antes de la situación que pretenda ser sancionada y en la forma positivamente prevista al efecto. En cuanto al derecho de defensa, tácito en todo caso en la normativa ut supra señalada, no tiene, sin embargo, una consagración expresa en el referido prontuario, sino que aparece trasunto bajo el título de “DERECHO PUBLICO DE LOS DOMINICANOS” en más de una disposición, por ejemplo en aquella que suprime las limitaciones propias de la esclavitud (Art.14), la que consagra el derecho a no ser perseguido más que en situaciones previstas por la Ley (Art.16), la que prohíbe obligar a alguien a hacer lo que la Ley no manda o impedir que haga lo que la Ley no priva (Art.27), etc. No debemos olvidar que las tensiones políticas y el estado de guerra que sirvieron de marco a la redacción y posterior promulgación de la llamada “Constitución de San Cristóbal”, no fueron las más a propósito como para que el texto se explicara detalladamente en una exposición precisa de garantías individuales. Recordemos el Art.210, impuesto por el Gral. Pedro Santana a punta de fusil y las contradicciones y excesos a los que más adelante dio lugar.

1.3. | Subsunción de los principios de contradicción y audiencia al principio genérico del debido proceso de Ley en la legislación dominicana.

Los principios de contradicción y de audiencia son elementos que junto a otros de no menor rango, devienen, en sentido global, en un sistema armónico cuya consideración y tratamiento son obligados a propósito del estudio de las garantías constitucionales que resguardan la legitimidad de la administración de justicia:- El Debido Proceso de Ley. Así pues, tanto la necesaria contradicción a que debe quedar sometido el debate y la administración de las pruebas, como el derecho a ser oído, sea directamente o por vía de representación legal, son componentes de primer orden en la imbricación del debido proceso conforme a la definición que esbozáramos antes.

CAPÍTULO II DERECHO DE DEFENSA E IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO CIVIL.

Contenido e Implicaciones del Literal “J” del Inciso 2 del Art.8 de la Constitución Dominicana en el desenvolvimiento de la litis civil. Defensa Vs. Contradicción. Depósito de documentos fuera de los plazos de Ley. Deficiencias en la notificación de las citaciones, los emplazamientos o los actos recordatorios, según corresponda. El derecho de defensa y la Fianza Judicatum Solvi. Los Terceros y la reivindicación de sus derechos.

La Constitución Política de la República Dominicana, celosa de las garantías propias del debido proceso y en plena consciencia de que de ello depende el estado de derecho y el pacto social, delinea en el Inciso 2, Literal “J”, de su Art.8, los componentes institucionales en que se afianza entre nosotros la legalidad del proceso: “Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la Ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa”.

Conforme se aprecia, la parte inicial del texto resalta en términos esenciales dos principios, el del derecho a la defensa y el de contradicción,

perfilándose este último como la vía de mayor aproximación hacia la reivindicación del primero. Si tanto insiste el constituyente en que nadie pueda ser juzgado válidamente sin tener la oportunidad de defenderse, sin que se le escuche o sin que se le haya citado, es en el ánimo de propiciar la contradicción y el enriquecimiento del debate, de tal suerte que la autoridad judicial esté en las mejores condiciones posibles de dictar un fallo justo y equilibrado, o que al menos, para el caso de que alguien no se presente, se decida el conflicto previa comprobación de que la citación correspondiente se cursó y de que por tanto el derecho de defensa fue resguardado. En definitiva, la tutela constitucional del proceso exige una correcta citación, y mal pudiera ser de otro modo.

“La falta de citación en un caso concreto, apartándose de lo preceptuado por la ley, apareja nulidad según criterio dominante en el derecho procesal comparado”.¹ Queda claro que el pronunciamiento del defecto, que es la sanción con que en nuestro derecho procesal civil se penaliza la no asistencia a juicio del litigante, estará condicionado a que se acredite al tribunal la notificación del llamamiento a audiencia. Más aún, si llegara a dictarse sentencia sin asegurarse el Juez de que la cita se hizo, el fallo estaría irremisiblemente viciado.

Se habla también de requerimientos tendentes a asegurar la imparcialidad del juicio. Ciertamente esta exigencia, parte importante del debido proceso, evidencia el convencimiento pleno en que está el legislador dominicano, de que el único motivo real y lógico que justifica el que halla jueces en todas las sociedades civilizadas del mundo, prestos a dirimir conflictos y desavenencias, es justamente la imparcialidad e independencia que aquellos pudieran exhibir.

En síntesis, como ha dicho Eduardo Couture, “el proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave (...) es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de la tutela falla en su contenido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia, pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que,

1) COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Editora Depalma, 1946. p.125.

por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal”.

El culto al derecho de defensa impone al Juez el compromiso de asegurarse de que el acto introductivo de la demanda, llámese citación, llámese emplazamiento, sea tramitado debidamente en los lugares que la Ley adjetiva disponga su notificación y conteniendo las menciones que son de lugar para propiciar la necesaria contradicción de los debates. No cabe dudas de que allí donde fallara el principio de contradictoriedad, también sucumbiría la sagrada aspiración al debido proceso de Ley y menos aún pudiérase hablar de derecho de defensa. En particular la defensa y la contradicción son categorías mancomunadas, de correspondencia interactiva.

Cualquier deficiencia en la citación, entiéndase ésta en sentido amplio la actuación con que se apertura el proceso, traducible en una violación al derecho de defensa, implica sin que haya mucho de que hablar, la nulidad e inoperancia de la sentencia que fuera dictada en semejantes condiciones. La misma receta opera para aquellos casos en que los problemas de credibilidad afecten no al acto introductivo del apoderamiento, sino al llamamiento a audiencia o acto recordatorio. Debemos recordar que en materia civil ordinaria la notificación de la demanda inicial no necesariamente contiene llamamiento a una audiencia pública previamente fijada, sino que este llamamiento se hace más adelante mediante el avenir o acto recordatorio, vale decir, después de que la parte demandada hubiera constituido su abogado.

En otro orden, entendemos que cualquier disertación sobre el derecho de defensa e ideas conexas desde la perspectiva de la realidad dominicana, sugiere tratar la delicada problemática de la fianza *judicatum solvi*, que al tenor de los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento, reformados, y 16 del Código Civil, están en obligación de presentar los extranjeros transeúntes que tuvieran interés en promover reclamaciones de orden privado por ante nuestros tribunales, para poder hacerse recibibles en sus demandas. La posibilidad de que alguien afectado por esta

condición no tuviera medios económicos o de otro tipo para prestar la garantía que se le exige y de la cual, como llevamos dicho, va a depender que pueda hacerse mérito a su demanda, nos pone frente al dilema de preguntarnos hasta qué punto no se le estaría coartando su acceso a la justicia y por consiguiente su derecho de defensa, visto en su sentido más genérico. La verdad es que la Constitución de la República y la Convención Americana de los Derechos Humanos, que es parte integral de nuestro derecho interno al más alto nivel por mandato de la misma Constitución (Art.3), acuerda *a todo mundo* el derecho a ser oído, a plantear a la autoridad competente sus posibles quejas y necesidades de justicia.

Dice el Inciso 5to. del Art.8 de la Constitución: “La ley es igual para todos, no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica”. Es el clásico principio de igualdad combinado con el de la racionalidad de la Ley, que abiertamente entran en contradicción con la exigencia de la fianza judicatum solvi de que hablan los textos *ut supra* señalados y que dígase lo que se diga da pie a una situación discriminatoria en perjuicio de los extranjeros, limitándolos en su acceso al servicio público de la justicia. Sería conveniente acotar, por último, que en el país de origen de nuestra legislación, hace ya muchísimo tiempo que desapareció tan singular reliquia.

El tema de los terceros y la tutela especial de sus derechos de cara a un proceso del que ellos, precisamente por su calidad de terceros, no han tomado partido, es cosa que ha preocupado desde siempre al legislador dominicano. No sería justo, bajo ninguna circunstancia ni mucho menos en vigencia de la actual Constitución, pretender imponerles las consecuencias lesivas a sus intereses de un fallo rendido a espaldas suyas. De esa sentida preocupación resulta la relatividad de la cosa juzgada y la institución de una vía de recurso única en su clase, la tercería, cuya interposición es posible dentro de los veinte años que sigan al pronunciamiento de la sentencia, todo en salvaguarda del derecho de defensa de los terceros.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN ORIENTADO AL PROCESO CIVIL.

Concepto. Papel del Juez como garante de este principio. Estudio del Art.49 de la L.834 de 1978 a la luz del principio de contradicción. La contradicción en la primera etapa del proceso, durante el mismo y luego de cerrados los debates.

La contradicción de la instancia es el principal canal y la garantía más efectiva con vistas al ejercicio del derecho de defensa en nuestro ordenamiento. Es de hecho, entre las normas rectoras del proceso, la que tiene vinculación más estrecha con el derecho de defensa.

El principio de contradicción suele estudiarse explícita o implícitamente unido a otro que en nuestro país no ha sido todavía objeto de consagración expresa, el de la lealtad de los debates, y se justifica que así sea puesto que el último fin de aquel, es la resolución del conflicto en base a alegaciones y pruebas producidas de forma tal que el justiciable a quien sean opuestas, pueda refutarlas oportunamente en un mismo plano de igualdad.

La contradicción se contrae por tanto, “al conocimiento por cada parte de

los diferentes elementos, de hecho y de derecho, utilizados por el adversario en apoyo de sus pretensiones”.² Esto es, el rancio apotegma “*audi alteram partem*”: Oír la otra parte, sin la aplicación del cual habría cualquier cosa, menos justicia...

Ningún documento pues, u otro elemento de convicción dirigido a definir en un sentido u otro la suerte de la litis, surtiría los efectos deseados a menos que haya sido sometido al crisol de la contradicción, es decir llevado al conocimiento de la tribuna contraria. “El Juez que debe, en todas las circunstancias, hacer observar el principio de contradicción, sólo puede retener en su decisión las explicaciones que ha recibido contradictoriamente y puede descartar del debate los documentos que no han sido comunicados en tiempo útil”.³

Es tanta la trascendencia que comporta el precepto de la contradicción remitido al ejercicio del sagrado derecho de defensa, que se le reconoce unánimemente “como principio fundamental del procedimiento civil...”,⁴ asimilándolo inclusive la Corte de Casación francesa a la categoría de los derechos naturales.

Importará poco que el Juez tenga a la vista oportunamente los documentos incorporados al expediente por un litigante. Lo que en verdad cuenta es que las piezas hayan sido notificadas a la parte adversa, ya que el principio de contradicción, según Sergio Germán “es una garantía del ejercicio del derecho de defensa de las partes, no de los jueces”. Y continúa expresando, “tanto es así que la jurisprudencia, con el apoyo de la doctrina, sanciona de manera constante y firme con la revocación o la casación, según sea el caso, las sentencias pronunciadas en base a documentos y escritos depositados ante los jueces sin respetar el principio de contradicción”.⁵

Dice el Art.49 de la L.834 del 15 de julio de 1978 en su primer movimiento, que “*La parte que hace uso de un documento se obliga a comunicarlo a toda*

2) Juris-Classeur de Proc. Civil, Tomo V. Fascículo No.622, No.1, pág.2.

3) Gazette Du Palais, Tabla Alfabética, años 1977-1979, Tomo II.

4) Georges Wiederkehr. Derechos de la defensa y procedimiento civil.

5) Germán, Sergio. Artículo “El derecho de defensa”, publicado el 15 de noviembre de 1992 y reproducido en la recopilación “Institucionalidad y Justicia”, Volumen II, 1996. p.234-242.

otra parte en la instancia...”: Antes de 1978, la comunicación de documentos se canalizaba en nuestra legislación positiva a través de una excepción de procedimiento, que incluso debía ser promovida en el contexto de ciertos plazos de observancia rigurosa. El replanteamiento a que ha conducido la reforma del año 1978, obliga a visualizarla, hoy por hoy, no sólo como una simple medida de instrucción, sino que alcanza la dimensión de una obligación legal a que los jueces deben obtemperar en todo estado de causa y hasta de oficio, de ser necesario. Después de una lenta evolución, la comunicación de piezas es en nuestros días, la vía más franca hacia la efectividad del principio de contradicción y, por consiguiente, un atributo incuestionable del derecho de defensa.

Sería interesante reparar ahora en cuál es la cuota de incidencia que se reconoce en Doctrina y en Jurisprudencia al principio de contradicción, respecto de cada una de las tres etapas visibles en que se fracciona el curso normal de la instancia, desde su punto de origen, que no es otro más que la notificación de la demanda introductiva, hasta el dictado de la sentencia al fondo. Ha lugar pues, a la contradicción del proceso al inicio del mismo, durante su marcha y luego de que los debates se cierren al tenor del Art.343 del C.P.C.

En sus inicios, antes de que se fije audiencia y haya que asistir ante la presencia del juez, éste ignora, en tanto que juez, la existencia de la contención. Es en esta primera fase del litigio, secreta, inquisitorial, muda en cierto modo, cuando el legislador adopta las primeras medidas destinadas a equilibrar la litis en ciernes y a fortalecer la seriedad de su conducción, correspondiendo después a la autoridad judicial, ya en potencial dominio del proceso, verificar, hasta de oficio si el caso lo amerita, que los comentados controles de entrada hubiesen sido cumplidos. Sólo la citación previa (Art.8 de la Constitución, Ord.2, Literal “J”), llámese propiamente citación o emplazamiento, de acuerdo con cuál sea el tribunal que deba entenderse con la demanda, hecha en observancia de las formalidades perentorias, garantiza la efectiva contradicción entre los sujetos en causa y los pone en condiciones de discutir libremente sus alegaciones y pretensiones.

El vínculo de la instancia no solamente propicia ligamentos de orden téc-

nico referidos al litigio per se. También da lugar, y quizá esto sea lo más importante, a un deber constitucional de información frente al adversario, a quien será menester ambientarle el beneficio de una defensa honrosa. De ello resulta, sin cortapisas, que el demandante tiene la obligación de notificar la demanda en el domicilio o en la propia persona de su contraparte y de informarle con claridad a qué plazo estaría sujeta su comparecencia -la comparecencia del demandado- y cuál sería el juzgado al que tendría que asistir; los motivos y el objeto de la reclamación, la designación del abogado que defenderá por él, con expresión de su estudio -del estudio del abogado de la parte demandante- en la ciudad correspondiente al tribunal llamado a conocer del asunto.⁶ Es ideal, incluso, que se dé curso a la demanda haciendo figurar en cabeza de acto todos y cada uno de los documentos en que fuera a ser sustentada.

De lo que se trata es, en resumen, de que la demanda llegue a manos de quien tenga que llegar, de que haya un tiempo prudente para que el demandado haga lo que tenga que hacer y de que los diferentes aspectos de la reclamación sean notificados meridianamente. Eso es garantía efectiva del derecho de defensa, de la contradicción del proceso. Queda por descontado que el plazo que corresponderá mediar entre la notificación de la demanda y la comparecencia del demandado, variará conforme a la naturaleza del pleito y dependiendo de cuál sea el tribunal apoderado.

El proceso, dice el Dr. Mariano Germán, “implica una relación de fidelidad recíproca de las partes, en la cual no haya sorpresas que menoscaben el derecho de defensa. Y esa fidelidad desaparece cuando el demandante a sabiendas del lugar donde debe notificar a su contraparte, de manera dolosa y para impedir que el demandado se defienda, hace notificar la demanda en un domicilio que no corresponde a la verdad; cuando el abogado, a sabiendas de quién es el abogado constituido de su contraparte, omite dar a este último, obteniendo de esta manera una decisión en defecto; cuando la parte no notifica con tiempo suficiente al demandado; cuando la parte valiéndose de un alguacil ines-

⁶ Germán Mejía, Mariano. Artículo “El juez como garante de la contradictoriedad de los debates y del derecho de defensa”, publicado el 14 de marzo de 1993 y reproducido en la recopilación “Institucionalidad y Justicia”, Volumen II, 1996. p.142-148.

crupuloso hace consignar haber notificado al demandado, cuando en realidad no lo ha hecho. Las maniobras procesales que destruyen la fidelidad y la contradictoriedad de los debates, normalmente, son de las partes o de sus representantes, o de los auxiliares ministeriales que son requeridos por estos, pero el Juez, como guardián de la regularidad y legalidad del proceso, puede si no hacerlas desaparecer del todo, por lo menos minimizarlas”.

A propósito de esto último, se exige del Juez un deber de vigilancia permanente, correspondiéndole velar porque las formalidades adjetivas previstas en beneficio de la contradicción real del proceso, sean respetadas.

Durante el curso del litigio se mantienen y afianzan los controles tendientes al fortalecimiento del principio de contradicción. En esa inteligencia, incumbe al Juez proteger a los litigantes contra todo efecto de extrañeza que menoscabe el ejercicio de sus prerrogativas. Al respecto, señala el Art.16 del Código de Procedimiento Civil Francés actual, que “*el Juez debe, en todas las circunstancias, hacer observar y observar él mismo el principio de contradicción. El no puede retener, en su decisión, los medios, las explicaciones y los documentos invocados o producidos por las partes, a menos que hayan sido debatidos contradictoriamente. El no puede fundamentar su decisión sobre los medios de derecho que él haya aplicado de oficio sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones*”. Por vía de consecuencia, las partes en causa deben diligenciar sus notificaciones dando tiempo suficiente a que el adversario pueda organizar defensas sobre ellas y el juez, de su lado, asegurarse del respeto al deber general de información que incumbe a ambas tribunas.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, fungiendo como Corte de Casación, ha sido reiterativa en cuanto a que hay lesión del derecho de defensa a causa de notorias deficiencias traducidas al principio de contradicción, “cuando el Juez toma en consideración cualquier escrito o documento que no ha sido comunicado a la parte a quien se le opondrá”; o “cuando se celebra un informativo testimonial en ausencia de una de las partes y sin citación de ésta”; o “cuando una parte ha sido citada para una medida de instrucción y luego de la misma se presentan las conclusiones al fondo sin haber notificado a la parte en defecto para tales conclusiones”; o “cuando se

rechaza una medida solicitada y no se da oportunidad a una parte de concluir al fondo.⁷

Luego de cerrados los debates es de principio que el Juez no está obligado a reabrirlos, a menos que surjan documentos o hechos nuevos que por su importancia puedan hacer variar la suerte del expediente. De manera que por aplicación del principio de contradictoriedad, la parte que, después de cerrados los debates desee hacer valer una pieza nueva, deberá pedir la reapertura de los mismos y notificar a la contraparte la solicitud y los documentos que sirvan de aval a su requerimiento. Obviamente, el tribunal no podrá conocer de la moción hasta tanto se le compruebe que la instancia fue hecha contradictoria mediante la notificación correspondiente.

Tratándose de un procedimiento en defecto y ante la falta de escrúpulos ya tan común en nuestro medio, se espera de la autoridad judicial mayor control y cuidado en la vigilancia del principio de contradicción, de tal suerte que el pronunciamiento del defecto, como antes se dijera, sólo se produzca a partir de que el tribunal establezca fehacientemente que el defectante fue citado en cumplimiento con el literal “J”, inciso 2 del Art.8 de la Constitución; que si bien se encomienda al Juez la supervisión de la certeza de la notificación, también se requiere de él que repare en el plazo de Ley y las menciones que son propias del acto de demanda. En todo caso, la acogida de las conclusiones de la parte que se sirve del defecto está condicionada, bajo el régimen del Art.150 del C.P.C., a que las mismas sean justas y reposen en prueba legal.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO DE AUDIENCIA.

Definición. Referencia legal y exégesis constitucional.

El derecho de audiencia es una manifestación concreta del derecho de acceso a los tribunales de justicia e implica en la práctica, la posibilidad real del ejercicio del derecho de defensa. Es en definitiva, parte substancial del derecho de defensa y del debido proceso de Ley. Consiste, en lenguaje llano, en el derecho a ser oído por el tribunal, sea por vía directa o por ministerio de abogado como se estila en los asuntos civiles.

La cuestión del derecho a ser oído tiene resonancia expresa en la República Dominicana desde la primera línea del Ordinal “J”, Inciso 2, del artículo 8 de la Carta Magna. Inclusive, esa misma disposición instituye en su parte *in fine*, sentado ya el derecho de audiencia, la necesaria publicidad de las vistas procesales, complemento necesario de orden práctico que sólo sufre excepción con motivo de ciertos casos que en razón de su propia naturaleza, Vg. los expedientes de divorcio, demandan de un tratamiento digamos que “especial”, a puertas cerradas: “Las

7) Cas.23 de mayo 1973. B.J. 750, pág.1368; Cas. 21 de mayo 1980, B.J. 832, pág.596; Cas.22 de febrero 1980, B.J. 831, pág.322; Cas.29 de octubre 1976, B.J. 791, pág.1824.

audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la Ley en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres”.

En materia civil, en que siempre se exige el reconocimiento de un derecho subjetivo, traducible en dinero, en que el proceso es básicamente escrito y rigen principios tales como el dispositivo, la publicidad de que habla la Constitución, según se ha expresado en otra parte, se pone de manifiesto a partir de cuando los litigantes acuden a juicio, antes no. Durante los días que preceden la celebración de la vista pública, asistimos a una fase secreta en que ni siquiera el Juez sabe de la existencia del litigio, sólo las partes enfrentadas conocen del problema en vías de gestación. Por ello se ha hablado de que el proceso civil es un péndulo que oscila entre lo inquisitorial y la publicidad de los debates. Inclusive después de la audiencia en que se producen las conclusiones, las partes suelen presentar al tribunal por escrito, comentarios y observaciones destinados a persuadir el ánimo del Juez, sin que el contenido de dichos escritos trascienda al público.

Como quiera que sea y sin que mucho importe en qué momento de la instancia los justiciables se vean las caras en un juicio público -lo importante es que en algún momento esto ocurra con anterioridad al pronunciamiento del fallo- para *Eduardo Couture* cualquier ley que los prive del derecho a una audiencia oral o escrita, es violatoria de la tutela constitucional del proceso. Más aún, “la máxima de que nadie pueda ser condenado sin ser escuchado, ha pasado del lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje popular”.

Como si no bastaran las providencias de estricto orden constitucional que hacen del derecho de audiencia, en nuestro caso, un principio sagrado e insoslayable, el Art.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual es signataria la República Dominicana, bajo la rúbrica de “Garantías Judiciales”, ha sancionado: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial...*” Ello cobra mucho más estelaridad y reasume también rango constitucional, si se repara en que la Ley Sustantiva de la nación, en su Art.3, ha reconocido la aplicación de

las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que los poderes públicos del país las hayan adoptado. recho de audiencia es una manifestación concreta del derecho de acceso a los tribunales de justicia e implica en la práctica, la posibilidad real del ejercicio del derecho de defensa. Es en definitiva, parte consubstancial del derecho de defensa y del debido proceso de Ley. Consiste, en lenguaje llano, en el derecho a ser oído por el tribunal, sea por vía directa o por ministerio de abogado como se estila en los asuntos civiles.

La cuestión del derecho a ser oído tiene resonancia expresa en la República Dominicana desde la primera línea del Ordinal “J”, Inciso 2, del artículo 8 de la Carta Magna. Inclusive, esa misma disposición instituye en su parte in fine, sentado ya el derecho de audiencia, la necesaria publicidad de las vistas procesales, complemento necesario de orden práctico que sólo sufre excepción con motivo de ciertos casos que en razón de su propia naturaleza, Vg. los expedientes de divorcio, demandan de un tratamiento digamos que “especial”, a puertas cerradas: “Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la Ley en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres”.

En materia civil, en que siempre se exige el reconocimiento de un derecho subjetivo, traducible en dinero, en que el proceso es básicamente escrito y rigen principios tales como el dispositivo, la publicidad de que habla la Constitución, según se ha expresado en otra parte, se pone de manifiesto a partir de cuando los litigantes acuden a juicio, antes no. Durante los días que preceden la celebración de la vista pública, asistimos a una fase secreta en que ni siquiera el Juez sabe de la existencia del litigio, sólo las partes enfrentadas conocen del problema en vías de gestación. Por ello se ha hablado de que el proceso civil es un péndulo que oscila entre lo inquisitorial y la publicidad de los debates. Inclusive después de la audiencia en que se producen las conclusiones, las partes suelen presentar al tribunal por escrito, comentarios y observaciones destinados a persuadir el ánimo del Juez, sin que el contenido de dichos escritos trascienda al público.

Como quiera que sea y sin que mucho importe en qué momento de la ins-

tancia los justiciables se vean las caras en un juicio público -lo importante es que en algún momento esto ocurra con anterioridad al pronunciamiento del fallo- para Eduardo Couture cualquier ley que los prive del derecho a una audiencia oral o escrita, es violatoria de la tutela constitucional del proceso. Más aún, “la máxima de que nadie pueda ser condenado sin ser escuchado, ha pasado del lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje popular”.

Como si no bastaran las providencias de estricto orden constitucional que hacen del derecho de audiencia, en nuestro caso, un principio sagrado e insoslayable, el Art.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual es signataria la República Dominicana, bajo la rúbrica de “Garantías Judiciales”, ha sancionado: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial...” Ello cobra mucho más estelaridad y reasume también rango constitucional, si se repara en que la Ley Sustantiva de la nación, en su Art.3, ha reconocido la aplicación de las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que los poderes públicos del país las hayan adoptado.

BIBLIOGRAFÍA

- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Editora Depalma, 1946. 524p.
- GERMAN, Mariano. “El juez como garante de la contradictoriedad de los debates y el derecho de defensa” (14/marzo/1993); GERMAN, Sergio. “El derecho de defensa” (15/noviembre/1992). En Institucionalidad y Justicia. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., 1993. Vol.2, p.142-148 y 234-242.
- GOMEZ, Ana Isabel. “Derechos Fundamentales Procesales I”. En: Curso de Garantías Constitucionales. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2000. p.197-217.
- Ludicium et Vita No.4 (Jurisprudencia nacional de América Latina en derechos humanos). San José. Corte Interamericana de Justicia, 1996. p.255-264, 273-275.
- MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional I. Ciudad (?). Editora (?), Año (?). p.313-316; 319-326; 343.
- PEREZ MENDEZ, Artagnán. Procedimiento Civil, Tomo II. Santo Domingo. Editora Taller, 1992. p.55-84.
- República Dominicana. [Leyes] Constitución de la República Dominicana de 2002. Edición Oficial. Santo Domingo: Editora Taller, 2002. 56p.
- RUBIO LLERENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Madrid: Ariel Derecho, Año (?). p.267-271.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Editora Depalma, 1946. p.125.
- Juris-Classeur de Proc. Civil, Tomo V. Fascículo No.622, No.1, pág.2.
- Gazette Du Palais, Tabla Alfabética, años 1977-1979, Tomo II.
- Georges Wiederkehr. Derechos de la defensa y procedimiento civil.
- Germán, Sergio. Artículo “El derecho de defensa”, publicado el 15 de noviembre de 1992 y reproducido en la recopilación “Institucionalidad y Justicia”, Volumen II, 1996. p.234-242.
- Germán Mejía, Mariano. Artículo “El juez como garante de la contradictoriedad de los debates y del derecho de defensa”, publicado el 14 de marzo de 1993 y reproducido en la recopilación “Institucionalidad y Justicia”, Volumen II, 1996. p.142-148.
- Cas.23 de mayo 1973. B.J. 750, pág.1368; Cas. 21 de mayo 1980, B.J. 832, pág.596; Cas.22 de febrero 1980, B.J. 831, pág.322; Cas.29 de octubre 1976, B.J. 791, pág.1824.

PARTE II

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DEL PROCESO CIVIL II

Joan Picó Junoy

Profesor Titular

de Derecho Procesal

Universidad Rovira i Virgili



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

El presente estudio pretende ofrecer un análisis constitucional de los principios que rigen la actuación de las personas que intervienen en el proceso civil en calidad de Juez o Magistrado y de parte.

Por ello, respecto al Juez o Magistrado, se examina su independencia, imparcialidad y responsabilidad, exponiendo las consecuencias que ha comportado su constitucionalización así como su régimen normativo.

De igual modo, con referencia a las partes, se analiza el alcance y efecto de los principios constitucionales que configuran su actuación dentro del proceso civil, esto es, los de dualidad, igualdad, audiencia y probidad.

1) Por función jurisdiccional entendemos la determinación del derecho al caso concreto, "juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" (arts. 117.3 CE y 2 LOPJ), esto es -siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ- la "determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica" (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Jurisdicción. "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona: Ariel, 1969, 50p).

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS REFERENTES AL JUEZ

1.1 | Independencia.

1.1.1. | *Alcance constitucional de la independencia judicial.*

La independencia judicial constituye, hoy en día, un postulado constitucional (art. 117.1 CE) que tiene por objeto garantizar la plena libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional¹, estando sometidos únicamente al imperio de la ley. Como apunta GUARNIERI, la independencia judicial supone la "posibilidad de decidir los casos particulares «según conciencia» y siguiendo, al menos en línea de máxima, las indicaciones que proporciona el sistema normativo".²

Para sistematizar las diversas manifestaciones de este postulado constitucional resulta ineludible partir del propio concepto de independencia. Según el Diccionario de la Lengua Española es independiente el "que no tiene dependencia", siendo la dependencia la "subordinación a un poder

2) GUARNIERI, Carlo. L'indipendenza della magistratura. Padova: CEDAM, 1981, 104p. De igual modo, cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ. El Poder Judicial. Madrid: Tecnos, 1986, 117-118p; y BERZOSA FRANCO, María Victoria. Poder Judicial, "Nueva Enciclopedia Jurídica", T. XIX, Barcelona: Seix, 1989, 875p.

mayor”; depender significa “estar subordinado a una autoridad o jurisdicción”, y es dependiente el “que depende [...] el que sirve a otro o es subalterno de una autoridad”.³

Delimitado así este concepto, y en atención a las fuentes de donde pueden partir la subordinación capaz de subyugar la debida independencia judicial, podemos distinguir dos manifestaciones o aspectos de la misma:

a) La externa, que protege a los jueces y magistrados frente a las intromisiones provenientes del exterior del Poder Judicial, esto es, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo así como de los denominados “poderes fácticos” o fuerzas sociales (los medios de comunicación o «cuarto poder», partidos políticos, Iglesia, etc); y,

b) La interna, que ampara a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno.⁴

Finalmente, debemos destacar la posibilidad de efectuar otras clasificaciones igualmente válidas sobre las manifestaciones de la independencia judicial: así, hay autores que distinguen entre independencia judicial «orgánica» y «funcional», para destacar en la primera la independencia del Poder Judicial, como órgano que integra a todos los Jueces y Magistrados, frente a los otros poderes del Estado, y en la segunda la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional⁵; hay quienes la analizan partiendo de los sujetos frente a los cuales se dirige la independencia judicial, y así se examina ésta frente a los otros poderes del Estado, frente a la sociedad y frente a las propias partes, y frente a los superiores jerárquicos y los órganos de gobierno de la Magistratura.⁶ Por último, cierta doctrina distingue tres vertientes de la independencia judicial: la institucional (o estructural) del Poder Judicial frente a los otros

3) Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Real Academia Española, 21ª ed., 1992, 682p.

4) En esta línea, vid. GUARNIERI, Carlo. Magistratura e política en Italia. Pesi senza contrappesi. Bologna: Il Mulino, 1993, 21-22p; ORTINO, Sergio. L'indipendenza del giudice secondo la giurisprudenza costituzionale. “L'ordinamento giudiziario”, obra coordinada por Alessandro PIZZORUSSO. Bologna: Il Mulino, Bologna, 1974, 391pp.; y Díez-PICAZO, Luis María. Régimen constitucional del Poder Judicial., Madrid: Civitas, 1991, 102pp.

5) Así, ALMAGRO NOSETE, José [en AAVV.]. Derecho Procesal. T.I, vol. I, Valencia: Tirant lo blanch, 3ª edición, 1988, 59p; y BERZOSA FRANCO, María Victoria. ob. cit., 875pp.

6) Cfr. MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Tecnos, 1978, 39pp.; GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. ,Madrid: Civitas, 1981, 43pp.; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho Jurisdiccional”. Justicia, (II), 685,1989; y ASENCIO MELLADO, José María. Introducción al Derecho Procesal. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, 90pp.

Poderes públicos; la organizativa, del conjunto organizado que forman los Jueces y Magistrados, que tratan de separar a estos de la influencia de otros Poderes; y la orgánica o funcional del titular del órgano judicial, que a su vez tiene dos aspectos: uno externo, frente a las injerencias de otros Poderes del Estado ya en el ejercicio concreto de la función jurisdiccional en un proceso concreto; y otro interno, frente a injerencias del interior de la propia organización judicial, y frente a los órganos de gobierno autónomo de la Magistratura.⁷

1.1.2. | *La independencia judicial externa.*

La independencia judicial, desde su manifestación externa, es aquella que protege a los jueces y magistrados frente a las intromisiones provenientes del exterior del Poder Judicial, esto es, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo, así como de los denominados “poderes fácticos” o fuerzas sociales (los medios de comunicación o «cuarto poder», partidos políticos, Iglesia, etc).

Para proteger esta independencia judicial nos encontramos con la inamovilidad, el autogobierno de los jueces, la inmunidad judicial y la independencia económica.

1.1.2.1. | *La inamovilidad*

El art. 117.1 y 2 CE recoge la inamovilidad como una de las garantías que tratan de proteger a los jueces y magistrados frente al Poder Ejecutivo, indicando que los mismos “no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”.

La LOPJ consagra la inamovilidad, con carácter general, en sus arts. 1 y 15, y le dedica íntegramente todo su capítulo I del título II del libro IV (arts. 378 a 388), destinado a regular:

7) GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. Independencia del juez y control de su actividad. Valencia: Tirant lo blanch, 1993, 21pp.

a) La pérdida de la condición de juez o magistrado. Ésta se puede perderse por renuncia a la Carrera Judicial; pérdida de la nacionalidad española; sanción disciplinaria; por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso (en los casos en que la pena no sea superior a seis meses, el CGPJ, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Juez o Magistrado por la sanción de suspensión de hasta tres años); o por haber incurrido en alguna causa de incapacidad (art. 379 LOPJ). En todos los supuestos, excepto el último, se permite al CGPJ la rehabilitación del Juez o Magistrado, cuando se acredite el cese definitivo o la inexistencia, en su caso, de la causa que dio lugar a la separación (arts. 380 a 382 LOPJ).

b) La suspensión temporal o definitiva del ejercicio de la función jurisdiccional al juez o magistrado. Ello puede tener lugar cuando se haya declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; cuando por cualquier otro delito doloso se haya dictado contra ellos auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento; cuando se decrete en expediente disciplinario o de incapacidad; o por sentencia firme condenatoria en que se imponga la pena la suspensión (art. 383 LOPJ). En los dos primeros supuestos, la suspensión durará hasta que no recaiga en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, y en los demás casos por todo el tiempo a que se extienda la pena, sanción o medida cautelar (art. 394.3 LOPJ). El CGPJ hará efectiva la suspensión una vez tenga conocimiento de la causa justificadora, por lo que se exige a los jueces y tribunales que estén tramitando alguno de los asuntos penales anteriormente indicados que lo comuniquen a dicho órgano (arts. 384.1 y 2 LOPJ).

c) La jubilación. Los jueces y Magistrados sólo pueden ser jubilados por edad o por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones. Por edad, es forzosa a los setenta años, y anticipada a los sesenta y cinco años (art. 386 LPOJ). Por incapacidad, el CGPJ, a instancia de la Sala de Gobierno respectiva, del Ministerio Fiscal o del interesado, así como de oficio, puede abrir expediente de jubilación por incapacidad permanente. Estos jubilados pueden ser rehabilitados, y volver al servicio activo, si acreditan la desaparición de la causa motivadora de la jubilación (art. 387 LOPJ).

d) El traslado forzoso, que puede tener lugar por incompatibilidad sobrevenida (art. 394.2 LOPJ) o sanción disciplinaria (art. 420 LOPJ).

En todos los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación, debe prestarse audiencia al interesado, y tras informe del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, son resueltos por el CGPJ (art. 388 LOPJ).

1.1.2.2. | *El autogobierno de los jueces*

Una de las formas más eficaces de proteger la independencia judicial frente a cualquier tipo de ingerencia externa lo constituye el autogobierno de los jueces. Con ello, la gestión interna de todos los temas referentes a los miembros del Poder Judicial (forma de elección, nombramiento, provisión de destinos, traslados, régimen disciplinario, permisos, etc.) se atribuye a dicho órgano, no asignándose al Poder Ejecutivo, como tradicionalmente había sucedido (mediante el Ministerio de Justicia). La CE de 1978 ha sido el primer texto constitucional español en crear un órgano al que denomina “Consejo General del Poder Judicial”, encomendándole el gobierno del mismo (art. 122.2). Con ello, se ha pretendido que los jueces estén únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE).

El verdadero peligro de ingerencia del resto de poderes del Estado se encuentra en la tentativa de dominar su composición a través de la posibilidad de nombrar a las personas que lo componen. Al respecto, el art. 122.3 CE establece que “el Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos por ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión”.

Esta norma ha dado lugar a una dura polémica de carácter político entor-

no a cómo debe procederse a la designación de los doce miembros de procedencia judicial: si a través de ellos mismos, mediante un mecanismo de elección interna; o a través de las Cortes (como se prevé ya para los otros ocho vocales). Tras diversas modificaciones legales, que dieron lugar incluso a un pronunciamiento del TC (su sentencia 108/1986, de 29 de julio, en la que se estableció que ambas formas de elección eran válidos), la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio -siguiendo los modelos italiano, francés y portugués⁸- ha establecido que los citados doce miembros serán propuestos para su nombramiento por los propios miembros de la Carrera Judicial, mediante un sistema que prevé la intervención de las asociaciones judiciales en la propuesta de candidatos (treinta y seis, tres por cada vacante). De esta forma, la composición del CGPJ está dominada por la voluntad de los propios jueces y magistrados, quienes proponen a doce vocales, frente a los ocho propuestos por las Cámaras Parlamentarias. Si bien ello puede provocar un cierto “déficit de legitimidad democrática”, por cuanto los jueces y magistrados no son elegidos directamente por los ciudadanos, y puede originar la aparición de ciertos “clanes judiciales”, debido a la participación activa de las asociaciones judiciales, no es menos cierto que la otra opción, consistente en la que las Cortes proponían todos los miembros del CGPJ, era susceptible de provocar la “politización” de dicho órgano, como efectivamente así sucedió antes de la reforma de 2001. En mi opinión, no existen modelos perfectos de composición de estos tipos de órganos, pues todos tienen sus ventajas e inconvenientes, y su mayor o menor perfección dependerá en última instancia de que las personas que se encargan de aplicarlo lo hagan correctamente. Dicho en otras palabras, lo único que debe esperarse de los diversos modelos es que tengan un funcionamiento correcto, esto es, respondan válidamente a las funciones que tienen asignadas y solucionen eficazmente las cuestiones cuya resolución se le atribuyan.

1.1.2.3. | *La inmunidad judicial.*

A pesar de no estar expresamente prevista en la CE, los arts. 398 a 400

⁸ Al respecto, vid. GUARNIERI y PEDERZOLI. Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia. Madrid, 1999, 55p.

LOPJ regulan la inmunidad judicial para garantizar la independencia judicial externa. Así, prevé:

- a) La imposibilidad de detener a un juez o magistrado, salvo que exista una orden judicial legalmente emitida, o este cometiendo un delito flagrante. En este último caso, debe ser puesto a disposición inmediata al juez de instrucción penal más próximo. De toda detención debe darse inmediata noticia al presidente del Tribunal o de la Audiencia de quien dependa el juez o magistrado detenido.
- b) La prohibición a las autoridades civiles y militares de intimidación a jueces y magistrados, o de citarlos a su presencia salvo en la forma legalmente prevista.

1.1.2.4. | *La independencia económica.*

Para proteger al máximo la independencia externa de los Jueces y Magistrados es necesario que éstos tengan un nivel de retribución económica suficiente como para evitar cualquier tipo de soborno. Por ello, el art. 402 LOPJ establece: “1. El Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional. 2. También garantizará un régimen de Seguridad Social que proteja a los Jueces y Magistrados y a sus familias durante el servicio activo y la jubilación”. Para la concreta fijación de esta digna retribución, el art. 403 LOPJ indica: “El régimen de retribuciones de Jueces y Magistrados se regirá por ley, atendiendo para su fijación a la exclusiva y plena dedicación a la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de prestación de servicios. Se retribuirá, además, la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo”.

1.1.3. | *La independencia judicial interna.*

La independencia judicial, desde su manifestación interna, es aquella que protege a los jueces y magistrados frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás miembros de la Carrera Judicial

o sus propios órganos de gobierno. En la LOPJ encontramos diversas manifestaciones de esta independencia, y así, el art. 12 establece: “1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. 2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. 3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”.

Para garantizar esta independencia, el art. 14 LOPJ indica: “1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico”.

1.2. | Imparcialidad.

1.2.1. | *Introducción: relevancia práctica del tema.*

En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de los jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfíe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado. Consciente de este riesgo, el legislador prevé determinados instrumentos jurídicos destinados a garantizar el derecho de toda persona a

ser juzgada por Jueces y Magistrados imparciales: la abstención y la recusación responden a esta finalidad⁹.

Nuestro ordenamiento ha optado por proteger la imparcialidad judicial mediante la figura del juez suspectus y no la del juez *inhabilis*. La diferencia entre uno y otro es evidente: mientras que en el primer caso los actos judiciales son plenamente válidos hasta tanto no se denuncie la sospecha de parcialidad del juzgador; en el segundo, se establecen determinadas causas que operan automáticamente y de forma absoluta, inhabilitando al juez para conocer de un determinado asunto, por lo que de hacerlo sus resoluciones serán nulas.

La trascendencia de la imparcialidad judicial desborda los límites de la legalidad para ahondar sus raíces en el ámbito constitucional.¹⁰ Por ello, la exacta interpretación de la legalidad deberá efectuarse bajo parámetros constitucionales atendiendo, por mandato del art. 10.2 C.E., a lo previsto en los distintos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Estamos en presencia de instituciones jurídicas de gran complejidad. Por un lado, la idea utópica de la imparcialidad suele asociarse al mismo concepto de la “justicia”¹¹, “jurisdicción”¹² o “juez”¹³, así como también a “la condición propia del juicio”¹⁴, o la “existencia misma de la función jurisdiccional”¹⁵. Y, por otro lado, en algunas ocasiones se emplean conceptos confusos y equívocos (tal como sucede con la distinción entre “imparcialidad subjetiva y la objetiva”) y en otras se utilizan conceptos jurídicos indeterminados (como amistad íntima, enemistad manifiesta, interés directo o indirectos, etc...).

⁹ Para un estudio completo de la imparcialidad judicial me remito a mi trabajo *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

¹⁰ SATTÀ, Salvatore. “Astensione del giudice [dir. proc. civ.]”. Enciclopedia del Diritto, T.III, Milano: Giuffrè, 1958, 947p.

¹¹ BARRY, Brian. *La justicia como imparcialidad*. Barcelona: Paidós, 1997; id.: *Teorías de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1995, 301-310pp; GINSBERG, Morris. *La giustizia nella società*. Milano: Giuffrè, 1981, 9p; GOLDSCHMIDT, Werner. “La imparcialidad como principio básico del proceso”. *Revista de Derecho Procesal*, (II), 187p, 1950; y PERELMAN, Chaim. *La giustizia*. Torino: UTET, 1959, 83p.

¹² PISANI, Mauro. “Giurisdizione penale”. Enciclopedia del Diritto, T. XIX, Milano: Giuffrè, 1970, 388p; SABATINI, Giuseppe. *Principi costituzionali del processo penale*. Napoli: Jovene, 1976, 44p.

¹³ En este sentido, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. “El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudas”. *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, Padova: CEDAM, 1958, 11p; o PAOLOZZI, Giovanni. “Giudice politico e iudex suspectus”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, 635p.

¹⁴ COTTA, Sergio. *L'istituzione giudiziaria tra diritto e politica*. *Rivista di Diritto Civile*, (I), 430p, 1984; y recientemente FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. *El Juez imparcial*. Granada: Comares, 1997, 4p.

¹⁵ Cfr. SSTC 38/2003, de 27 de febrero (f.j. 3º); o la 151/2000, de 12 de junio (f.j. 3º).

1.2.2. | *Concepto y alcance.*

Como ya advirtiera GOLDSCHMIDT, la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez¹⁶. Mediante esta imparcialidad pretende garantizarse que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado.

Para que este juicio pueda tener lugar, los ordenamientos jurídicos exigen en la figura del juez o magistrado la concurrencia de una determinada capacidad genérica, así como le impone una serie de incompatibilidades y prohibiciones.

Sin embargo, la Ley en un intento de preservar en todo momento dicha imparcialidad, prevé distintos supuestos en los que debido a la estrecha vinculación del juez con un asunto concreto (bien con las partes o bien con el objeto litigioso), puede ponerse en entredicho su debida objetividad.

En cualquier caso -y ello es algo que no se puede obviar- el “mito” de la absoluta neutralidad de quienes ejercen la función jurisdiccional debe relativizarse. El juez, como cualquier otra persona, posee una determinada escala de valores adquirida por muy diversas vías (su origen y posición social, formación, cultura, etc...) que inexorablemente incide en sus resoluciones judiciales. Partiendo de esta realidad, la ley pretende garantizar el máximo de objetividad en el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas, instaurando mecanismos dirigidos tanto al propio juez (abstención) como a las partes (recusación) para denunciar la posible falta de la citada objetividad.

La imparcialidad judicial se encuentra expresamente recogida en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950, según el cual:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, pública-

¹⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad ..., ob. cit., 208p.

mente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial [...]”.

Esta norma ha sido objeto de análisis en diversas sentencias del TEDH, y así, ya la del caso Piersack, de 1 de octubre de 1982 -seguida por otras muchas-, define la imparcialidad como la “ausencia de prejuicios o parcialidades” necesaria para lograr “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (parágrafo 30).

Partiendo de este concepto de imparcialidad, el TEDH ha elaborado una doctrina en la que distingue un doble alcance de la misma: uno subjetivo, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe ser presumida salvo que se demuestre lo contrario; y otro objetivo, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías.¹⁷⁻¹⁸

1.2.3. | *Fundamento constitucional.*

1.2.3.1. | *La legitimación del juzgador como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías.*

A diferencia de lo que sucede con el Tratado de Roma, ningún precepto de nuestro Texto Fundamental hace referencia a la imparcialidad judicial. Partiendo de esta realidad normativa, el TC entiende que dicha imparcialidad se encuentra implícitamente reconocida en el art. 24.2 CE y, en concreto, en el derecho a un proceso con todas las garantías. Así, la sentencia 38/2003, de 27 de febrero (f.j. 2º) destaca que dentro “de las garanti-

¹⁷ Para el estudio de esta doctrina, me remito a mi trabajo La imparcialidad judicial ..., ob. cit., 51-52pp.

¹⁸ Esta distinción ha sido acogida por nuestro TC en multitud de resoluciones. Así, entre las más recientes, vid. sus sentencias 38/2003, de 27 de febrero (f.j. 3º); o la 155/2002, de 22 de julio (f.j. 2º).

¹⁹ De manera reiterada y continua se pronuncian, en este sentido, las SSTC 130/2002, de 3 de junio (f.j. 3º); 79/2002, de 8 de abril (f.j. 2º); 51/2002, de 25 de febrero (f.j. 3º); 210/2001, de 29 de octubre (f.j. 2º); 174/2001, de 26 de julio (f.j. 2º); 154/2001, de 2 de julio (f.j. 3º); 69/2001, de 17 de marzo (f.j. 1º); 98/1997, de 20 de mayo (f.j. 2º); 64/1997, de 7 de abril (f.j. 3º); 7/1997, de 14 de enero (f.j. 3º); 60/1995, de 17 de marzo (f.j. 3º); 206/1994, de 11 de junio (f.j. 5º); 138/1994, de 9 de mayo (f.j. 3º); 59/1994, de 28 de febrero (f.j. 2º); 384/1993, de 21 de diciembre (f.j. 2º); 320/1993, de 8 de noviembre (f.j. 2º); 282/1993, de 27 de septiembre (f.j. 2º); 157/1993, de 6 de mayo (f.j. 2º); 119/1993, de 19 de abril (f.j. 4º); 230/1992, de 14 de diciembre (f.j. 4º); 170/1993, de 27 de mayo (f.j. 1º); 136/1992, de 13 de octubre (f.j. 2º); 113/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3º); 85/1992, de 8 de junio (f.j. 2º); 151/1991, de 8 de julio (f.j. 3º); 138/1991, de 20 de junio (f.j. 1º); 98/1990, de 24 de mayo (f.j. 4º); 55/1990, de 28 de marzo (f.j. 7º); 11/1989, de 24 de enero (f.j. 3º); 164/1988, de 26 de septiembre (f.j. 1º); y 145/1988, de 12 de julio (f.j. 5º).

as del proceso debido que reconoce como derecho fundamental el art. 24.2 CE forma parte la del Juez imparcial".¹⁹

Aparece entonces la imparcialidad judicial como elemento consustancial a todo proceso, y en ella radica una de las más firmes garantías de una decisión justa.²¹ Por tal motivo, el TC en la Sentencia 60/1995, de 17 de marzo (f.j. 3º) destaca que la primera manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías "sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado supra partes y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad".

La configuración del proceso como instrumento mediante el cual se permite la actividad de las partes y la del juzgador para alcanzar el juicio jurisdiccional²² -plasmada en la clásica definición atribuida a BULGARO de *judicium est actus ad minus trium personarum*- se caracteriza por la necesaria existencia de tres sujetos: dos partes que están en posiciones contrapuestas (demandante y demandado; o acusador y acusado), y el juez encargado de resolver la cuestión litigiosa que debe tener una ausencia de interés con respecto a ambas partes y al objeto procesal. Esta configuración del proceso garantiza plenamente el principio de igualdad de armas procesales, según el cual las partes han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación²³; esto es, la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad.²⁴ En consecuencia, la existencia de cualquier tipo de perjuicio o interés del juzgador a favor de una parte, o en perjuicio de la otra, supone conculcar el principio básico de la igualdad de armas procesales, provocando que el juez deje de estar legitimado para resolverlo. Al

21) GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad ..., ob. cit., 209p.

22) Vid. este concepto en RAMOS MENDEZ, Francisco. Derecho y Proceso. Barcelona: Bosch, 1979, 46p; y SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "Proceso". Nueva Enciclopedia Jurídica, T.XX, Barcelona: Seix, 1993, 873p.

23) Para el estudio de este principio en la doctrina del Tribunal Constitucional, vid. PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Bosch, 1997, 132-133pp.

24) Para parte de la doctrina alemana, la legitimación del Poder Judicial, y de los Jueces y Magistrados que lo integran, tiene que buscarse en la confianza que éstos deben merecer a los ciudadanos. Por ello, debe lograrse en todo momento que las partes tengan la plena creencia de que la sentencia que resuelve el litigio se ha dictado en un proceso con todas las garantías en el cual el Juez se sitúa frente a dos partes que se encuentran bajo el mismo plano de igualdad. Al respecto, vid. GERDES, Claudia. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund von Meinungsäußerungen des Richters. Frankfurt: Lang, 7p (y la doctrina ahí citada en las notas 14, 15 y 16: ARZT, DIETERICH, ERNST, VOLLKOMMER, WASSERMANN y WIPFELDER).

igual que se habla de legitimación respecto de las partes para referirse al interés discutido en la *litis*, ya CARNELUTTI destaca que puede configurarse también una legitimación del juez en función del desinterés con lo discutido en el proceso.²⁵ Así se ha pronunciado la doctrina del Tribunal Supremo, como por ejemplo, su Sentencia de 29 de abril de 1985 (Ar. 2144), según la cual:

"[...] es de advertir que estos motivos recusatorios son verdaderas causas previas de procedibilidad judicial o causas de judicialidad en cuanto suponen una especie de antejuzgo procesal o consideración prevalente de legitimación del propio juez, «ad procesum» y «ad causam»".²⁶

En definitiva, la falta de esta legitimación supone poner en peligro la necesaria imparcialidad de los jueces y magistrados. Como podemos observar, la determinación de la legitimación del órgano jurisdiccional se establece de forma negativa, atendiendo a la no concurrencia de una causa susceptible de provocar un determinado perjuicio o interés en la resolución del caso concreto: el juez, por el sólo hecho de ser juez, y de haber sido determinado a través de las normas de competencia objetiva, funcional y territorial está legitimado genéricamente para enjuiciarlo.²⁷

Finalmente, debemos destacar que la legitimación tan solo es predicable del concreto juez que debe conocer de una causa, es decir, únicamente se refiere a él como persona física llamada a intervenir en un concreto proceso, y no como órgano. Este carácter subjetivo, personal e individual

25) CARNELUTTI, Francesco. Sistema di diritto processuale civile. T.IV, Padova: CEDAM, 1936, 183p. Le siguen en Italia SATTÀ, Salvatore (con PUNZI, Carmine): Diritto Processuale Civile, 11ª edición, Padova: CEDAM, 1992, 80p; así como ANDRIOLI, Virgilio: Commento al Codice di Procedura Civile, vol. I, 3ª edición, Napoli: Jovene, 1954, 177p; MICHELLI, Gian Antonio: Curso de derecho procesal civil, vol. I (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires: EJE, 1970, 186p.; y SEGRÈ: "Astensione, ricasazione e responsabilità dei giudice", Commentario al codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio, Torino: UTET, 1973, 628p. En España, se manifiestan en este sentido FENECH NAVARRO, Miguel: Derecho procesal penal, Barcelona, 1960, 237p; GIMENO SENDRA, Vicente: "Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial", Revista de Derecho Procesal, (II-III), 336p, 1978; o RAMOS MENDEZ, Francisco: El sistema procesal español. 2ª edición, Barcelona: Bosch, 1995, 315p.

26) No obstante, las garantías de la imparcialidad judicial, esto es, la abstención y recusación, también suelen analizarse bien como un supuesto de incompatibilidad del juzgador, o bien de falta de capacidad subjetiva del órgano jurisdiccional. En el primero de los sentidos, vid. DITTRICH (Incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice civile, Padova: CEDAM, 1991, 29p), o RIERA AISA ("Abstención de jueces y funcionarios judiciales", Nueva Enciclopedia Jurídica, T.II, Barcelona: Seix, 1950, 117p). Otros autores configuran la abstención y recusación como mecanismos para preservar la necesaria "capacidad subjetiva" de los órganos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, vid. CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. II, trad. de Gómez Orbaneja, 1ª ed., Edit. EDESA, Madrid, 1940, pág. 257; GOLDSCHMIDT, James: ob. cit., pág. 159; ALVARADO VELLOSO, A.: El Juez. Sus deberes y facultades, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 81; COUTURE, E.J.: Estudios de Derecho Procesal Civil, T.III, 3ª ed., Edit. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 132.

27) En este sentido, cfr. SATTÀ, Salvatore (con PUNZI, Carmine): ob. cit., 80p; FENECH NAVARRO, M.: ob. cit., 237p; y RAMOS MENDEZ, F.: El sistema ..., ob. cit., 315p.

de la imparcialidad judicial, hace que resulte inadmisibles el planteamiento colectivo de la recusación de todo un tribunal colegiado salvo, obviamente, que cada uno de los jueces que lo componen carezca, individualmente considerado, de la mencionada legitimación. Si ello es así, no estaremos en presencia propiamente de una falta de imparcialidad colectiva sino ante diversas y singulares parcialidades judiciales.

1.2.3.2. | *La independencia judicial.*

Como se ha indicado con anterioridad, la independencia judicial constituye una garantía básica de todo juez en orden a evitar cualquier tipo de ingerencia o subordinación en su función jurisdiccional. Esta configuración de la independencia judicial pone de relieve la intrascendencia de la misma para constituir el fundamento de la imparcialidad judicial²⁸, si bien alguna resolución del TC mantiene una posición discrepante. Así, su sentencia 136/1992, de 13 de octubre (f.j. 2º) destaca que “para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad”.²⁹

En nuestra opinión, este planteamiento de la cuestión resulta incorrecto por cuanto, como indicamos en su momento, la independencia judicial del art. 117.1 CE se refiere a la necesidad de evitar todo tipo de subordinación de los miembros del Poder Judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno. Por ello, entendemos que no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del Juez, ya que éste puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial, y viceversa. Como hemos tenido ocasión de analizar, la independencia despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función

²⁸ En este sentido, cfr. CHIAVARI, Mario. *Processo e garanzie della persona, T.II (Le garanzie fondamentali)*, 3ª edición, Milano: Giuffrè, 1984, 44-45pp; DE MARINO, R.: “La independencia de los Tribunales, garantía de su función”, *Revista de Derecho Procesal*, (II), 445-446pp, 1988; o REQUEJO PAGES, José Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 161pp.

²⁹ Se refieren también a la independencia judicial las SSTC 44/1985, de 22 de marzo (f.j. 4º); y la 47/1983, de 31 de mayo (f.j. 2º).

jurisdiccional, mientras que la imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la citada función.

1.2.3.3. | *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.*

Otro posible fundamento de la imparcialidad judicial, recogido en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional, cabe buscarlo en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. En esta línea, de manera contundente, su sentencia 38/2003, de 27 de febrero (f.j. 3º), destaca que el derecho al juez imparcial “encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías y, también, y al propio tiempo, configura un derecho fundamental implícito en el derecho al juez legal proclamado en el mismo núm. 2 del art. 24 CE”.³⁰

De igual modo, algunos autores incardinan las instituciones de la abstención y recusación dentro del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, bien al configurarlas como excepciones a las reglas generales sobre competencia³¹, o bien por incluir dentro del contenido de este derecho no sólo al juez competente preconstituido por la ley, sino aquel «racionalmente idóneo» para garantizar la imparcialidad de la actividad jurisdiccional, es decir, la imparcialidad judicial informa por sí mismo el principio del Juez legal o natural.³²

A nuestro entender, esta doctrina resulta criticable por cuanto el derecho al juez legal tiene a garantizar la concurrencia del tribunal orgánicamente competente establecido en la ley y su perpetuatio *iurisdictionis*, mientras que la imparcialidad judicial hace referencia no tanto al órgano jurisdiccional considerado en su dimensión orgánica, sino a la persona, juez o magistrado, que lo integra. Por esta razón, el propio TC -en clara contra-

³⁰ De igual modo, cfr. las SSTC 162/1999, de 27 de septiembre (f.j. 2º); 47/1998, de 2 de marzo (f.j. 4º); 142/1997, de 15 de septiembre (f.j. 2º); 171/1994, de 7 de junio (f.j. 3º); 137/1994, de 9 de mayo (f.j. 3º); 307/1993, de 25 de octubre (f.j. 3º); 136/1992, de 13 de octubre (f.j. 1º); 180/1991, de 23 de septiembre (f.j. 6º); 106/1989, de 8 de junio (f.j. 2º); 44/1985, de 22 de marzo (f.j. 4º); o la 47/1982, de 12 de julio (f.j. 3º).

³¹ Así, vid. NOBILI, Massimo. “Art. 25.1 della Costituzione”. *Commentario della Costituzione*, (a cura di G. Branca), Bologna: Zanichelli, 1981, 199pp; y ROMBOLI, Roberto: “Astensione e ricusazione del giudice civile [dir. proc. civ.]”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, T.I, Roma, 1988, 1p; idem. *Il giudice naturale*, Milano: Giuffrè, 1981, 160pp.

³² En este línea, cfr. PAOLOZZI, Giovanni. “Giudice politico e «iudex suspectus»”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 1973, 635p; ALMAGRO NOSETTE, José. “El Derecho Procesal en la nueva Constitución”. *Revista de Derecho Procesal*, (IV), 870p, 1978; o BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El Juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Civitas, 1991, 77 y 131pp.

dicción con la doctrina contenida en alguna de sus resoluciones- ha tenido ocasión de rectificar su postura, y así su sentencia 119/1993, de 19 de abril (f.j. 4º), de manera acertada indica:

“Ante todo conviene precisar que aun cuando el derecho fundamental invocado sea el derecho al Juez predeterminado por la ley, su queja, en cuanto referida a la falta de imparcialidad del juzgador, se ha encuadrado en la más reciente jurisprudencia de este Tribunal dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (por todas, STC 145/1988), pues entre las citadas garantías debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que pretende salvaguardarse mediante las causas de recusación y abstención que figuran en las leyes”.³³

En consecuencia, entendemos que el derecho al juez legal, siguiendo la doctrina iniciada por la STC 47/1983, de 31 de mayo (f.j. 3º), sólo alcanza los siguientes extremos:

- a) Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de Ley en la materia;
- b) Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial;
- c) Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de un Juez ad hoc o excepcional; y
- d) Que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros.³⁴ Así, la garantía del juez imparcial no cabe incardinarla dentro del derecho al juez natural, salvo

³³ En términos similares se pronuncian las SSTC 98/1997, de 20 de mayo (f.j. 2º); 64/1997, de 7 de abril (f.j. 2º); 7/1997, de 14 de enero (f.j. 3º); 151/1991, de 8 de julio (f.j. 3º); 138/1991, de 20 de junio (f.j. 1º); 11/1989, de 24 de enero (f.j. 3º); 164/1988, de 26 de septiembre (f.j. 1º); y la 113/1987, de 3 de julio (f.j. 2º). De igual modo, ya el ATC 111/1982, de 10 de marzo, estableció que: "el Juez predeterminado por la Ley se refiere exclusivamente a la certeza e inamovilidad del Juez legal, que evite designaciones orgánicas que alteren normas competenciales de conocimiento" por lo "que no acoge en absoluto dentro de su ámbito las abstenciones y recusaciones" (f.j. 5º).

³⁴ Esta doctrina la encontramos igualmente recogida en las SSTC 64/1997, de 7 de abril (f.j. 2º); 171/1994, de 7 de junio (f.j. 3º); 137/1994, de 9 de mayo (f.j. 3º); 65/1994, de 28 de febrero (f.j. 2º); 39/1994, de 15 de febrero (f.j. 1º); 307/1993, de 25 de octubre (ff.jj. 2º y 3º); 138/1991, de 20 de junio (f.j. 1º); 55/1990, de 28 de marzo (ff.jj. 4º, 5º y 6º); 153/1988, de 20 de julio (ff.jj. 3º y 4º); 95/1988, de 26 de mayo (f.j. 4º); 93/1988, de 24 de mayo (f.j. 4º); 199/1987, de 16 de diciembre (f.j. 6º); 148/1987, de 28 de septiembre (f.j. 1º); 23/1986, de 14 de febrero (f.j. 3º); 44/1985, de 22 de marzo (f.j. 4º); 101/1984, de 8 de noviembre (f.j. 4º).

cuando las normas de su sustitución, como consecuencia de una abstención o recusación, no estén predeterminadas legalmente.³⁵

1.2.4. | *Garantías de la imparcialidad judicial: la abstención y recusación.*

1.2.4.1. | *Introducción.*

Una vez analizada la imparcialidad judicial como garantía constitucional que debe concurrir en todo proceso, ha de examinar los instrumentos jurídicos ideados para protegerla, esto es, la abstención y recusación, que suponen una doble garantía del proceso:

- a) Para el juez, al objeto de evitar que sus sentimientos personales (de afecto, odio, interés u otros) le impidan intervenir con rectitud, ecuanimidad y objetividad en un concreto proceso. La institución de la abstención responde a esta finalidad; y
- b) Para el justiciable, al objeto de soslayar el temor de que un determinado juez no está actuando con la debida imparcialidad. Aparece aquí el derecho a recusar.

Por ello no es extraño que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 157/1993, de 6 de mayo (f.j. 2º), nos recuerde que tanto la abstención como la recusación son remedios que sirven para asegurar la exigencia de imparcialidad del Juez que se deriva del art. 24.2 C.E y la confianza misma de los justiciables en una justicia objetiva y libre, por lo tanto, fuera de toda sombra de prejuicio o prevención.

En este capítulo vamos a analizar el concepto y naturaleza jurídica de ambas instituciones para, seguidamente, indicar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan.

³⁵ Por este motivo, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1991, f.j. 2º (Ar. 2570), al anular la sentencia impugnada y ordenar la repetición del juicio oral por el tribunal a quo, si bien con distintos componentes, destaca que ello "no ofrece dificultad alguna dada la estructuración de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Secciones; con lo que tan juez ordinario y legalmente predeterminado sería una como la otra" (la cursiva es nuestra).

1.2.4.2. | *Concepto y naturaleza jurídica de la abstención y recusación.*

1.2.4.2.1. | *La abstención: concepto y naturaleza jurídica.*

La abstención es un concepto con múltiples significados. Del latín *abstentio*, supone, en todo caso, una abstinencia o privación del ejercicio de un derecho o función que se impone una persona a sí misma.

En el orden jurídico, este concepto se concreta en muy diversos ámbitos del ordenamiento normativo: así se habla de abstención en el ordenamiento político-constitucional, para indicar la renuncia que efectúan los electores de su derecho de sufragio, o la renuncia realizada por un miembro de una asamblea deliberante de tomar parte en la votación; o en el ordenamiento civil romano, es clásico destacar el beneficio de abstención como aquel que se otorgaba a los herederos de renunciar o apartarse de la herencia que recibían sin su consentimiento (*facultas vel ius abstinendi*).

En el ordenamiento procesal, la abstención de jueces y magistrados puede definirse como el acto en virtud del cual renuncian, *ex officio*, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad.

Una de las cuestiones más vivamente discutida en el debate doctrinal es la referente a la naturaleza jurídica de la citada renuncia: ¿Se trata de una facultad del juez o, por el contrario, estamos en presencia de un deber jurídico?. La opción por una u otra solución comporta resultados de especial trascendencia al objeto de determinar una posible responsabilidad disciplinaria del juez o magistrado que no se abstiene.

En primer lugar debemos destacar que, en contra de la opinión de ciertos autores, no estamos en presencia de un derecho, un poder o una facultad del juez de abstenerse³⁶, pues el carácter imperativo de los preceptos reguladores de este instituto jurídico no deja lugar a duda alguna. Así, el art. 217 L.O.P.J. establece: “Los Jueces y Magistrados deberán

³⁶ Así, GUASP DELGADO (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. T.I, Madrid: Aguilar, 1943, 584, 595 y 596pp) habla de “facultad” de abstenerse; y Sergio COSTA (“Astensione e ricusazione di giudice [dir. proc. civ.]”. Novissimo Digesto Italiano, vol. I, T.I, Turin: UTET, 1958, 1463p) se refiere a unos “poteri di astenersi”.

abstenerse ...”; y el art. 221.1 del mismo Texto Legal indica: “El Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causas expresadas en los artículos anteriores se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse”.

En segundo lugar, parte de la doctrina configura la abstención como una simple obligación o deber meramente moral, y en consecuencia carente de generar su incumplimiento responsabilidad disciplinaria alguna.³⁷

Finalmente, en tercer lugar, algunos autores mantienen que estamos en presencia de un verdadero deber jurídico que comporta, en caso de su inobservancia, la correspondiente responsabilidad del juez o magistrado.³⁸

En nuestra opinión, y atendiendo a la normativa actual, la abstención es un auténtico deber jurídico, pues, de manera expresa, la L.O.P.J prevé con la máxima sanción disciplinaria, a saber, como falta muy grave, “la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas” (art. 417.8 L.O.P.J.). En consecuencia, todo juzgador tiene el deber de abstenerse y adecuar su comportamiento a lo prescrito en el ordenamiento procesal, so pena, en caso contrario, de poder incurrir en la mencionada responsabilidad disciplinaria.³⁹

Una vez admitido que estamos en presencia de un verdadero deber judicial, hemos de destacar la prudencia que se impone al juzgador en su decisión de abstenerse pues este deber colisiona con otro fundamental, el de juzgar (art. 11.3 L.O.P.J.), motivo por el cual también se sanciona disciplinariamente “la abstención injustificada” (art. 418.14 L.O.P.J.).

1.2.4.2.2. | *La recusación: concepto y naturaleza jurídica.*

La recusación de jueces y magistrados podemos definirla como el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del órgano

³⁷ Así, vid. ANDRIOLI, Virgilio. *Commento ...*, vol. I, 3ª edición, ob. cit., 177p.

³⁸ Hablan de “deber jurídico”. Salvatore SATTÀ (“Astensione del giudice [dir. proc. civ.]”, *Enciclopedia del Diritto*, T.III, Milano: Giuffrè, 1958, 950p); DITTRICH, Lotario: ob. cit., 207-208pp; y LA CHINA, Sergio: “Giudice (astensione e ricusazione)”. *Digesto delle Discipline Privatistiche (Sezione Civile)*, T.IX, Torino: UTET, 1993, 31-32pp.

³⁹ En la línea de configurar la abstención de jueces y magistrados como un verdadero “deber” se pronuncian las SSTC 384/1993, de 21 de diciembre (f.j. 2º) y 230/1988, de 1 de diciembre (f.j. 2º); así como la STS de 28 de febrero de 1994, f.j. 1º (Ar. 6604) y el ATS de 30 de mayo de 1988, f.j. 2º (Ar. 4118).

jurisdiccional que conoce de un determinado proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria imparcialidad.

El temor a la ausencia de objetividad del juzgador es lo que justifica la recusación pues, como ya indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1983 (Ar. 5666), su ratio essendi se encuentra “no en que estos profesionales del Poder Judicial cedan a bastardos estímulos de interés o de cualquiera pasiones ilícitas -que de producirse nos llevaría a su condena como prevaricadores- sino en la sospecha o creencia, por parte del justiciable, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene”.

La recusación surge del derecho que todo litigante posee a un proceso con todas las garantías⁴⁰, y tiene como fin provocar la sustitución del juez que conoce de la *res in iudicio deducta* por entender que no podrá actuar con la debida objetividad⁴¹.

1.2.5. | *Marco normativo de la abstención y recusación.*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.P.J. de 1985, la abstención y la recusación se encontraban reguladas, de manera muy extensa, en diversos textos normativos, y especialmente en la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 (arts. 426 a 471); la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 188 a 247) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (arts. 52 a 99).

En la práctica, tal dispersión normativa originó multitud de problemas que se intentaron resolver mediante una simplificación legislativa, que tuvo lugar mediante los arts. 217 a 228 L.O.P.J., estando preordenada a regu-

⁴⁰ Este derecho a recusar se reconoce, entre otras, en las SSTC 384/1993, de 21 de diciembre (f.j. 2º); 282/1993, de 27 de septiembre (f.j. 2º); 230/1992, de 14 de diciembre (f.j. 4º); 180/1991, de 23 de septiembre (f.j. 6º); o la 47/1982, de 12 de julio (f.j. 3º).

⁴¹ En la línea aquí planteada, la STC 7/1997, de 14 de enero (f.j. 3º) destaca que las causas de recusación “tienden, precisamente, a asegurar la imparcialidad del juez, siendo el incidente de recusación «el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión». De igual modo se pronuncian las SSTC 138/1994, de 9 de mayo (f.j. 2º); y la 157/1993, de 6 de mayo (f.j. 2º).

lar la abstención y recusación en todos los órdenes jurisdiccionales, esto es, para los procesos civiles, penales, administrativos y laborales.

Se trata de un claro acierto, por cuanto como indicaba COUTURE la “recusación y la abstención de los Jueces debe tener su natural colocación en la Ley Orgánica de los Tribunales, ya que constituye un modo de inhibición mediante el cual, los jueces, por razones de orden personal y no funcional, dejan de intervenir en los asuntos”.⁴²

La regulación unitaria y genérica de ambos instrumentos jurídicos ofrece evidentes ventajas:

- a) En primer lugar, evita la dispersión y proliferación normativa, facilitando la labor de quienes deben conocer, interpretar o aplicar las leyes; y,
- b) En segundo lugar, soslaya los posibles tratamientos discriminatorios de una misma cuestión en diferentes procesos (legitimación, competencia, procedimiento, intervención de las partes y del juez, efectos económicos, recursos, etc.).

En consecuencia, la abstención y la recusación deben ser objeto de tratamiento jurídico unitario pues son las mismas las causas susceptibles de comprometer la imparcialidad judicial, el fundamento y los efectos de ambas instituciones. Cuestión distinta, evidentemente, es si dicho tratamiento unitario ha sido desarrollado de manera correcta en la actual L.O.P.J. pues, como tuve ocasión de analizar⁴³, esta normativa resulta insuficiente para resolver todas las cuestiones que plantea la práctica diaria de los Tribunales, motivo por el cual se hace necesario acudir a la doctrina jurisprudencial, así como, subsidiariamente, a las previsiones legales recogidas en las diversas Leyes procesales.

La concreta regulación de la abstención y recusación la encontramos en el Título II del Libro III de la L.O.P.J., dedicado al “modo de constituirse los Juzgados y Tribunales”. Desde un punto de vista sistemático parece correcta la ubicación de esta regulación, pues ambas instituciones afectan directamente a la persona titular del órgano jurisdiccional.

⁴² COUTURE, Eduardo Estudios de derecho procesal civil. T.III, 3ª edición, Buenos Aires: Depalma, 125p. De igual modo, vid. ZAPPALÀ, Enzo: La ricasazione del giudice penale. Milano: Giuffrè, 1989, 23p.

⁴³ PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías ob. cit., 123 a 165pp.

No obstante, la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha vuelto a efectuar una expresa regulación de la abstención y recusación de jueces y magistrados en sus arts. 99 a 113, manteniendo así la adecuada dispersión normativa, pues para las cuestiones referentes al procedimiento a seguir deberá aplicarse la L.E.C.⁴⁴ Sin embargo, esta nueva normativa todavía no ha entrado en vigor pues, por mandato de la Disposición Final 17ª de la Ley 1/2000, ello no tendrá lugar hasta tanto no se modifique la L.O.P.J. -hecho que todavía no se ha producido-

1.3. | Responsabilidad.

1.3.1. | *Introducción.*

El tercero de los principios constitucionales básicos que informa la actividad de los jueces y magistrados es el de la responsabilidad. El reconocimiento constitucional de este principio se encuentra en el art. 9.3 CE, al establecer que se garantizará la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos, esto es, también el judicial; en el art. 117 CE que, tras recoger el principio de la independencia judicial, proclama la responsabilidad personal y directa de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función; y el art. 121 CE, que recoge la responsabilidad directa del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En este punto, tan sólo vamos a refe-

44) No así para las causas de abstención y/o recusación, que se mantienen las previstas en la LOPJ. Éstas, las hemos clasificado en subjetivas y objetivas: las primeras, tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos personales del juez que lo relacionan con los litigantes, y su finalidad última estriba en evitar que dicha relación altere su debida ecuanimidad. Esta relación del juez con las partes puede ser positiva o negativa (dentro de la "relación positiva" se encuentran todas aquellas situaciones tendentes a favorecer a un litigante, a saber, el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el Ministerio Fiscal –causa primera-; el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervenga en el pleito –causa segunda-; la amistad íntima con cualquiera de los litigantes o el Ministerio Fiscal –causa octava-; y la subordinación de una de las partes al Juez –causa décimoprimer-). Dentro de la "relación negativa" se prevén aquellas situaciones que pueden inclinar al juzgador a desfavorecer a un litigante, en concreto, el estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta –causa cuarta-; ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes –causa sexta-; tener pleito pendiente con alguna de éstas –causa séptima-; y la enemistad manifiesta con cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal –causa octava-). Las causas objetivas tienen lugar cuando concurren circunstancias o hechos que ponen en relación al juez con el objeto del proceso, impidiéndolo actuar con la necesaria imparcialidad. Así la LOPJ prevé los casos en los que el juez haya intervenido en la causa como Letrado o Procurador de alguna de las partes, como Fiscal, perito o testigo –causa quinta-; tenga interés en el pleito –causa novena-; o haya actuado como instructor o resuelto el proceso en anterior instancia –causa décima-. Finalmente, nos encontramos con una causa mixta, pues es susceptible de encuadrarse tanto dentro de las subjetivas como en las objetivas, ya que se refiere al supuesto del Juez o Magistrado que con ocasión de ocupar un cargo público haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores –causa duodécima-. En mi opinión, atendiendo al fin al que están destinadas estas causas –a saber, proteger la debida imparcialidad judicial, en orden a lograr un proceso con todas las garantías- entiendo que todas estas causas deben ser interpretadas de forma flexible o amplia (sobre este tema, vid. PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías ..., ob. cit., 45 a 122pp).

rirmos a la responsabilidad personal del juez, en su triple perspectiva: civil, penal y disciplinaria.

En todo caso, el principio de responsabilidad esta íntimamente ligado al de independencia. En la medida en que el juez es plenamente independiente, y se encuentra únicamente sometido al imperio de la ley, la responsabilidad aparece como el "precio que debe pagar" por esta gran libertad. El juez es libre, pero también es responsable del correcto cumplimiento de la función que constitucionalmente se le asignada. El juez, como funcionario público que es, debe estar sometido a un régimen legal de sanción por el indebido ejercicio de su función o uso inadecuado de sus poderes, y ello tiene lugar a través de la responsabilidad.

El marco normativo de esta responsabilidad personal del juez se encuentra en los arts. 405 a 427 LOPJ, que regulan sus tres tipos de responsabilidad (penal, civil y disciplinaria) que seguidamente pasamos a analizar.

1.3.2. | *La responsabilidad penal.*

El juez puede, en el ejercicio de su función jurisdiccional, incurrir en responsabilidad penal cuando su conducta sea tipificada en el Código Penal como delito o falta. Así, en sus arts. 446 a 449 encontramos el delito de prevaricación, para cuando, a sabiendas, dicte una sentencia o resolución injusta (arts. 446 y 447 CP); se niegue a juzgar –el fondo de la cuestión litigiosa- sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley (art. 448 CP); o provoque un retraso malicioso en la Administración de Justicia (449 CP).

El proceso por responsabilidad penal puede iniciarse de oficio, por providencia del Tribunal competente (art. 406 ab initio LOPJ)⁴⁵, o a instancia

45) Al respecto, el art. 407 LOPJ establece: "Cuando el Tribunal Supremo, por razón de pleitos o causas de que conozca o por cualquier otro medio, tuviere noticia de algún acto de Jueces o Magistrados realizado en el ejercicio de su cargo y que pueda calificarse de delito o falta, lo comunicará, oyendo previamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, a los efectos de incoación de la causa. Lo mismo harán, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias"; y de igual modo, el art. 408 LOPJ indica: "Cuando otras Autoridades Judiciales tuvieren conocimiento a través de las actuaciones en que interviniere, de la posible comisión de un delito o falta por un Juez o Magistrado en el ejercicio de su cargo, lo comunicarán al Juez o Tribunal competente, oído el Ministerio Fiscal, con remisión de los antecedentes necesarios".

46) Cuando el CGPJ, el Gobierno u otro órgano o autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma considere que un Juez o Magistrado ha realizado, en el ejercicio de su cargo, un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta, el art. 409 LOPJ ordena la puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal por si procediere el ejercicio de la acción penal.

de parte, mediante querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular (art. 406 in fine LOPJ).⁴⁶

La competencia para conocer de este proceso se atribuye a distintos tribunales, en función de la categoría de la persona acusada: la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conoce de la instrucción y fallo de las causas contra Jueces y Magistrados de su propia Comunidad Autónoma (art. 73.3.b LOPJ); la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conoce de la instrucción y juicio de las causas contra Magistrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia (art. 57.1.2º y 3º LOPJ); y para las causas contra los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo o contra todos o la mayor parte de los Magistrados que integran una Sala de este Alto Tribunal, la competencia para la instrucción y fallo se atribuye a la Sala especial recogida en el art. 61 LOPJ (art. 61.1.4º LOPJ). Para salvaguardar la imparcialidad judicial, el magistrado encargado de la instrucción de la causa no puede, con posterioridad, integrar la sala enjuiciadora de la responsabilidad penal del juez.

Como puede comprobarse, el enjuiciamiento penal de las conductas delictivas de jueces y magistrados tiene un régimen privilegiado respecto al resto de los ciudadanos, debido, sin duda, a la especial función que desempeñan. Este aforamiento ha sido constitucionalizado por el TC, indicando que se trata precisamente de un beneficio que se le asigna a los componentes del Poder Judicial para evitar al máximo los ataques injustificados que pueda recibir: así, por ejemplo, la sentencia 69/2001, de 17 de marzo, respecto al aforamiento de los jueces, destaca en el f.j. 6º su constitucionalización, pues tiene por objeto “proteger la independencia institucional [...] del Poder Judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo que desempeña”. No obstante, ello limita al aforado en su derecho a la segunda instancia penal, en la medida en que no exista un órgano jurisdiccional de grado superior al sentenciador de instancia a quien recurrir para su posterior revisión. Esta limitación ha sido declarada válida por el TC, y así en su sentencia 136/1999, de 20 de julio, indica en el f.j. 11º que “el privilegio del fuero, que es un plus, equilibra así la inexistencia de una

doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude el art. 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al supremo Juez en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el constitucional [...] esta sustitución parcial de una garantía procesal por otra, inocua para la integridad del correspondiente derecho fundamental, se funda en sólidas razones de preservación de la independencia y el prestigio de las instituciones”

1.3.3. | *La responsabilidad civil.*

El art. 411 LOPJ establece que “los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa”.

Esta responsabilidad se discute en el procedimiento ordinario que corresponda por razón de la cuantía que se demande, si bien se introducen algunas especialidades, que se refieren básicamente a los presupuestos necesarios para su inicio. Así, los arts. 403 LEC y 413 LOPJ recogen dos motivos por los cuales no deben admitirse a trámite estas demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados: a) el carácter no firme de la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio; y b) no haberse reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios.⁴⁷

La legitimación se atribuye directamente sólo a la parte perjudica o sus causahabientes (art. 412 LOPJ).

La competencia para conocer de este proceso, al igual que sucedía para la responsabilidad penal, se atribuye a distintos tribunales en función de la categoría de la persona demandada: la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conoce de las demandas de responsabilidad

⁴⁷) Al respecto, debemos destacar que este requisito no puede exigirse cuando el acto dañoso se concreta en una sentencia firme, pues en este caso, ya no procede recurso alguno. Así, la STC 193/2000, de 18 de julio, en su f.j. 4º destaca: “Este presupuesto procesal, que tiene por objeto y finalidad esencial la de evitar que el ejercicio de acciones civiles contra Jueces y Magistrados se haga sin dar oportunidad a los propios órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión o agravio que luego se invoca como fundamento de la demanda de responsabilidad civil, sólo es exigible, como es obvio, cuando existan medios de impugnación previstos en el ordenamiento procesal y éstos se manifesten ejercitables y razonablemente exigibles y útiles a la finalidad perseguida”.

civil contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial de su propia Comunidad Autónoma, o de cualquiera de sus secciones (art. 73.2.b LOPJ); la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conoce de las demandas dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 56.3º LOPJ), así como de las interpuestas contra el Presidente o los Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, los vocales del CGPJ, los Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus salas y de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 56.2 LOPJ); y finalmente, para las demandas contra los Presidentes una Sala del Tribunal Supremo o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de este Alto Tribunal, se atribuye la competencia a la Sala especial recogida en el art. 61 LOPJ (art. 61.1.3º LOPJ). Por último, cuando se trate de exigir responsabilidad civil a jueces de primera instancia, deberemos aplicar las normas generales en materia de competencia y atribuírsela a los Juzgados de Primera Instancia, pues no existe una norma expresa que se la atribuya a otro tribunal, como si sucedía, por ejemplo, con la LEC de 1881, en la que su art. 903 asignaba el conocimiento de estas demandas al “Tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en ella”.

Finalmente, debemos destacar que la sentencia estimatoria de la responsabilidad civil en ningún caso puede desplegar efecto alguno sobre el proceso en el que haya actuado el juez con dolo o culpa (art. 413.2 LOPJ).

1.3.4. | *La responsabilidad disciplinaria.*

1.3.4.1. | *Introducción.*

La tercera responsabilidad en la que puede incurrir los jueces y magistrados es la disciplinaria. Este tipo de responsabilidad es compatible con la penal, si bien en este caso, no se resolverá el expediente disciplinario hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal (art. 415.2.I LOPJ). En todo caso, la declaración de hechos probados contenida en la resolución que pone fin al procedimiento penal vincula en el expediente disciplinario, sin perjuicio de la distinta calificación jurídica que puedan merecer en una y otra vía (art. 415.2.II LOPJ).

Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no haya identidad de fundamentos jurídicos y del bien jurídico protegido (art. 415.2.III LOPJ).

1.3.4.2. | *Tipología de faltas.*

Las faltas susceptibles de originar responsabilidad disciplinaria pueden ser de tres tipos, muy graves, graves o leves:

a) Las faltas muy graves se encuentran recogidas en el art. 417 LOPJ. Del listado de catorce supuestos, las más frecuentes son la intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado; la desatención o retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales; la revelación de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona; y el abuso de la condición de Juez para obtener un trato de favor e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales.

b) Las faltas graves se encuentran recogidas en el art. 418 LOPJ. Del listado de quince supuestos, las más frecuentes son el incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados; el retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave; el incumplimiento o desatención reiterada a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizan el CGPJ, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno, o la obstaculización de sus funciones inspectoras; el ejercicio de cualquier actividad compatible según el art. 389.5º LOPJ sin obtener cuando esté prevista la correspondiente autorización o la haya obtenido faltando a la verdad; interesarse, mediante cualquier tipo de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado; dirigirse a los pode-

res públicos, autoridades o funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o sanciones por sus actos, invocando la condición de Juez o sirviéndose de esta condición; el exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto a los ciudadanos y al personal colaborador o auxiliar de la Administración de Justicia; o revelar hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando no constituya falta muy grave;

c) Las faltas leves se encuentran recogidas en el art. 419 LOPJ, y son la falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave; la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos o con las personas colaboradoras o auxiliares de la Administración de Justicia; el incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución en cualquier clase de asunto de que conozca; la ausencia injustificada por más de un día natural y menos de cuatro de la sede del órgano judicial en que se halle destinado; y la desatención a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el CGPJ, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno.

1.3.4.3. | *Plazos de prescripción de las faltas.*

De acuerdo al art. 416.2 LOPJ, las faltas muy graves prescriben a los dos años, las graves al año y las leves en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas, esto es, a los seis meses (art. 131.2 CP).

Estos plazos de prescripción comienzan a contarse desde que la falta se haya cometido, salvo en el supuesto en el caso de responsabilidad civil del juez declarada en sentencia, en cuyo caso el plazo empieza a correr desde la firmeza de la sentencia (art. 416.2.II LPJ). El plazo de prescripción se interrumpirá desde la fecha de notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario o, en su caso, de las diligencias informativas relacionadas con la conducta investigada del Juez o Magistrado; y vuelve a contarse si las diligencias o el procedimiento permanecen

paralizados durante seis meses por causa no imputable al Juez o Magistrado sujeto al expediente disciplinario (art. 416.3 LOPJ).

1.3.4.4. | *Tipos de sanciones y prescripción.*

Las sanciones que se pueden imponer a los Jueces y Magistrados por faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos son: la advertencia; la multa hasta 3000 euros; el traslado forzoso a Juzgado o Tribunal, con sede separada, al menos, en cien kilómetros de aquella en que estuviera destinado (con prohibición de concursar a la antigua destinación en el plazo de uno a tres años a contar desde la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento); la suspensión de hasta tres años; y la separación (art. 420.I LOPJ).

El tipo de sanción y su prescripción varía en función del tipo de falta de que se trate:

- a) Las faltas leves sólo pueden sancionarse con advertencia o multa de hasta 300 euros o con ambas, y prescriben en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas, esto es, a los seis meses (art. 131.2 CP);
- b) Las faltas graves con multa de 300 a 3000 euros, y prescriben al año; y
- c) Las muy graves, con suspensión, traslado forzoso o separación, y prescriben a los dos años.

Los citados plazos de prescripción comienzan a computarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impusieron las sanciones (art. 420.3 LOPJ).

1.3.4.5. | *Competencia para la imposición de sanciones.*

Para la imposición de las citadas sanciones es competente, según establece el art. 421.1 LOPJ:

- a) Para la sanción de advertencia, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto a los Jueces y Magistrados dependientes de los mismos;

- b)** Para la sanción de multa o de advertencia y multa correspondiente a faltas leves, las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a los Jueces y Magistrados dependientes de cada una de ellas;
- c)** Para la sanción correspondiente a faltas graves, la Comisión Disciplinaria del CGPJ; y
- d)** Para la sanción correspondiente a faltas muy graves, al Pleno del CGPJ.

No obstante, los mencionados órganos pueden imponer sanciones de menor gravedad que las que tienen ordinariamente atribuidas si, al examinar un expediente que inicialmente está atribuido a su competencia, resulta que los hechos objeto del mismo merecen un inferior reproche disciplinario (art. 420.2 LOPJ).

En la imposición de sanciones deberán observarse la debida adecuación o proporcionalidad entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (art. 420.3 LOPJ).

1.3.4.6. | *Procedimiento para la imposición de sanciones.*

En cuanto al procedimiento a seguir para la imposición de sanciones, la LOPJ distingue una doble etapa, de instrucción y de resolución, que se asignan a órganos distintos (salvo para la sanción de advertencia, que se impone sin más trámite que la audiencia del interesado, previa una información sumaria -art. 422.1 LOPJ-).

El procedimiento disciplinario se inicia de oficio, por acuerdo de la Sala de Gobierno o Presidente que corresponda o, en su caso, de la Comisión Disciplinaria o del Pleno del CGPJ, bien por propia iniciativa, como consecuencia de petición razonada de distinto órgano, o de denuncia. También puede iniciarse a instancia del Ministerio Fiscal (art. 423.1 LOPJ).

Toda denuncia sobre la actuación de los Jueces y Magistrados será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe de Servicio de Inspección, quien podrá proponer el archivo de plano, la formación de diligencias informativas o la incoación directa de procedimiento disciplinario. La Sala

de Gobierno o la Comisión Disciplinaria del CGPJ, si acuerda iniciar el procedimiento, lo notificará al denunciante, para que pueda formular alegaciones, y designará un instructor delegado de igual categoría, al menos, a la de aquél contra el que se dirija el procedimiento (art. 423.2 y 3 LOPJ). En todo caso, el Juez o Magistrado sujeto a expediente puede ser suspendido cautelarmente durante un plazo máximo de seis meses por la Comisión Disciplinaria del CGPJ (art. 424 LOPJ).

El instructor practicará cuantas pruebas y actuaciones sean necesarias para la determinación de los hechos y responsabilidades susceptibles de sanción, con intervención del Ministerio Fiscal y del interesado, que podrá valerse de abogado desde el inicio del expediente (art. 425.1 LOPJ).

A la vista de las pruebas, el instructor formulará, si procede, pliego de cargos, en que el que se expondrán los hechos impugnados con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y las sanciones que puedan ser de aplicación. Este pliego será notificado al interesado para que, en ocho días, pueda contestarlo y proponer la prueba que precise, cuya pertinencia será calificada por el instructor. Contestado el pliego o transcurrido el plazo sin hacerlo, y practicadas, en su caso, las pruebas propuestas por el interesado, el instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal, formulará propuesta de resolución, en la que fijará con precisión los hechos, hará la valoración jurídica de los mismos e indicará la sanción que estime procedente. Esta propuesta será notificada al interesado para que, en ocho días, alegue lo que estime conveniente (art. 425.2 y 3 LOPJ).

Seguidamente, se remite todo lo actuado a la autoridad que haya ordenado el inicio del procedimiento para la decisión que proceda:

- a)** Las resoluciones dictadas por las Salas de Gobierno o la Comisión Disciplinaria del CGPJ pueden recurrirse ante el Pleno del CGPJ (art. 127.7 LOPJ); y
- b)** Las resoluciones dictadas por el Pleno del CGPJ, bien en el ámbito de su competencia sancionadora, o bien resolviendo el anterior recurso administrativo, pueden recurrirse en vía contenciosa-administrativa (art. 425.8 LOPJ).

CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LAS PARTES.

Son aquellos que hacen referencia a la situación que las partes ocupan en cualquier tipo de proceso y a la intervención que tienen en el mismo. En nuestra opinión, los principios referentes a las partes son los de dualidad, audiencia, igualdad y probidad o buena fe procesal. Sin estos postulados mínimos y fundamentales el proceso dejaría de ser cauce adecuado para la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, e instrumento lógico de la jurisdicción.

2.1. | Dualidad.

La necesidad de dos partes que se sitúan en posiciones contrapuestas, es consustancial a todo proceso. De ahí la existencia del actor o demandante, el recurrente o recurrido, y el ejecutante o ejecutado, en función de la fase procesal en la que nos encontremos. Ello no es óbice para que cualquiera de ellas esté integrada por varias personas, dando lugar a un supuesto de pluralidad de partes. Lo que no permite es que una o varias personas ocupen una posición distinta o una “tercera” posición. En con-

secuencia, no es posible intervenir en calidad distinta a la de demandante o demandado, ni desarrollar un proceso con una única parte.

Como acabamos de indicar, en cada parte podemos encontrar una pluralidad activa o pasiva de personas, e, incluso, la presencia de varias personas en ambas posiciones, esto es, un litisconsorcio, que puede ser voluntario o necesario. En el voluntario, el proceso es único pero en él se acumularán y debatirán varios objetos, o varias pretensiones, puesto que al menos uno de sus elementos –el subjetivo– es múltiple o plural. Se trata, por tanto, de una acumulación de pretensiones que se resolverán en un mismo proceso, y en una única sentencia, sin que ello impida pronunciamientos separados y diversos. Como es lógico, los distintos actores y/o demandados pueden, como norma general, adoptar actitudes procesales independientes, formulando las alegaciones que estimen oportunas y proponiendo los medios de prueba que crean más adecuados. En el litisconsorcio necesario, por exigir el ordenamiento jurídico la presencia de varias personas afectadas por la relación debatida, también hay pluralidad de personas, aunque tanto el proceso como su objeto serán únicos. Esta circunstancia, determinante a su vez de la unidad de pronunciamiento, acentúa la interdependencia entre las diversas personas litigantes, no impidiendo, sin embargo, actuaciones procesales diversas.

2.2. | Audiencia.

Este principio es consecuencia del de dualidad de partes, y se formula o enuncia en los siguientes términos: nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. A él aludían ya las tradicionales expresiones: *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus dannari potest*.

Se encuentra implícitamente recogido en el art. 24.1 de la Constitución, cuando prohíbe la indefensión, y en el párrafo 2º del mismo artículo se consagra el derecho a un proceso con todas las garantías y, en concreto, el derecho en defensa. La mayor vulneración de este derecho, o una de las principales indefensiones que podría causarse a un litigante, sería privarle de la oportunidad de ser oído.

Desde el punto de vista subjetivo el principio de audiencia se refiere, lógicamente, a todas las partes procesales: no sólo al demandado sino también al actor. La formulación de este principio en los términos en que se hace –mencionando de forma exclusiva a quien puede ser condenado– obedece, con toda probabilidad –como indica BERZOSA FRANCO⁴⁸, a la consideración de que la parte actora tendrá la oportunidad, al menos, de ser oída en el momento en que inicia el proceso, o en que solicita una resolución jurisdiccional. Sin embargo, no implica, en absoluto, que el derecho de audiencia deba reconocerse sólo a uno de los sujetos procesales. Es más, la necesidad de que sean oídos todos los afectados directamente por la sentencia es una de las razones fundamentales del litisconsorcio o pluralidad de partes necesaria y de la intervención de terceros en el proceso denominada litisconsorcial.

Este principio se respeta si se ofrece a las partes litigantes la posibilidad real de ser oídas, con independencia de que hagan uso o no de esta posibilidad.⁴⁹ Por ello no vulnera el citado principio el desarrollo del proceso en rebeldía del demandado, siempre que éste haya tenido oportunidad de alegar y probar lo que estime adecuado a su defensa. En orden a conseguir que esta oportunidad o posibilidad sea real, es necesaria, en primer lugar, una correcta regulación legal de las actuaciones y emplazamientos, seguida de una práctica que ponga el máximo cuidado en que la noticia del proceso o de la demanda llegue a conocimiento de la parte demandada.⁵⁰ Y, en segundo lugar deben preverse, también, medios de impugnación que permitan declarar la nulidad de lo actuado ante la falta de notificación, especialmente cuando la otra parte ha impedido, usando de mala fe, que el demandado tuviera conocimiento de la existencia del proceso.

Mayores problemas plantean otras instituciones procesales, ya que no prevén el derecho de audiencia o, al menos, atenúan la posibilidad de

48) "Principios del proceso", ob. cit., 564p.

49) En este sentido, la STC 12/1987, de 4 de febrero, afirma que "el derecho a la defensa contradictoria de las partes debe asegurarles la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse". De igual modo, vid. las SSTC 112/1987, de 2 de julio; 251/1987, de 2 de octubre; 222/1988, de 24 de noviembre y 192/1989, de 16 de noviembre.

50) Para un estudio de la jurisprudencia constitucional me remito a mi estudio "Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil". Revista Jurídica de Cataluña", (3), 721 a741pp, 2000.

ejercitarlo. Fundamentalmente podemos mencionar los procesos de ejecución y las medidas cautelares:

a) Por lo que se refiere a los procesos de ejecución, en los que se realizan actividades ejecutivas inaudita parte debitoris, esto es, sin oír al deudor, la atenuación del principio de audiencia es más aparente que real, debido a la existencia de un documento o título ejecutivo del que se desprende una certeza jurídica suficiente para embargar bienes o realizar, en su caso, otra actuación ejecutiva. En unos supuestos este título lo constituye una sentencia de condena, en otros un documento que lleva aparejada ejecución creado u otorgado por voluntad de las partes. Además, en ambos casos, el ejecutado es oído, aunque en diferentes momentos: si el título ejecutivo es una sentencia de condena se habrá desarrollado, con anterioridad, un juicio declarativo respetuoso con el principio de audiencia⁵¹; y, si el documento es extrajudicial y lleva aparejada ejecución, la ley prevé normalmente la posibilidad de oponerse a esta ejecución, si bien por unos motivos tasados, y la de plantear con posterioridad un juicio declarativo ordinario. De las dos formas se respeta el derecho de audiencia. En este sentido se pronuncia la regulación en la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento (arts. 557 a 564).

b) En cuanto a las medidas cautelares, es cierto que pueden adoptarse inaudita parte (art. 733.2 de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) en supuestos excepcionales de urgencia o para asegurar la eficacia de la medida. No obstante, al igual que sucedía en el caso anterior, la limitación de derecho de audiencia se ve mitigada por tres factores: en primer lugar, porque la audiencia hay que referirla principalmente al proceso plenario; en segundo lugar, porque para la adopción de las medidas se exige la prestación de fianza que asegure los eventuales daños y perjuicios que puedan generar al demandado (art. 728.3 LEC); y, en tercer lugar, porque en todo caso, otorgada la medida cautelar sin contradicción, debe concederse posteriormente al demandado la posibilidad de que formule oposición (arts. 739 a 742 LEC).

El principio de audiencia conlleva, para su verdadero cumplimiento, la necesidad de que las partes conozcan los materiales de hecho y de dere-

51) Lo cual no implica que la normativa procesal no deba contemplar la posibilidad de oponerse a la ejecución, especialmente pensada para alegar los hechos o circunstancias acaecidos con posterioridad a la formación del título o sentencia de condena, y capaces de enervar su eficacia ejecutiva.

cho que van a ser fundamento de la resolución judicial. Los primeros no plantean problemas, puesto que las normas que regulan en el momento actual los diferentes procesos permiten conocer a cada una de las partes los datos alegados por la otra, y los aportados, en su caso, por el órgano jurisdiccional, en la escasa medida en que puede llevar a cabo esta aportación. Los conflictos pueden surgir cuando es necesario combinar la libertad de valoración jurídica del tribunal y su función de aplicar el derecho con el debido respeto al principio de audiencia de las partes. En muchos supuestos estos conflictos no tendrán lugar en la medida en que el tribunal estimará correctas las normas jurídicas alegadas por una de las partes, y de acuerdo con ellas dictará su resolución. Pero también es posible que el órgano jurisdiccional, en cumplimiento de su misión, considere que las calificaciones jurídicas realizadas por los litigantes no son las adecuadas, y si lo es, por el contrario, una tercera que estima aplicable al caso concreto. Es en estos supuestos en los que puede generarse un conflicto entre la libertad de valoración jurídica del tribunal y el debido respeto al principio de audiencia. El problema está resuelto, en buena medida, en el proceso penal, recurriendo a las previsiones del art. 733 de la LECrim.⁵² Pero tiene más difícil solución en el ámbito civil, ya que las normas procesales que lo regulan no contemplan la posibilidad de que el órgano jurisdiccional oiga a las partes litigantes cuando pretenda fundar su decisión en argumentos jurídicos que modifiquen los alegados por ellas.

2.3. | Igualdad.

Los dos criterios ya analizados –dualidad de partes y audiencia– deben ser completados con el de igualdad en la actuación procesal. Si bien este principio no ha sido expresamente reconocido en nuestro Texto Constitucional, el Alto Tribunal, tras excluir su ubicación en el art. 14 C.E. –que recoge la igualdad ante la ley⁵³, entiende que debe conectarse con los derechos reconocidos en el art. 24 C.E., y en concreto, con los refe-

52) Al respecto, me remito a mi trabajo "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal". Revista Jurídica de Cataluña, (3), 27 a 67pp, 1995.

53) Cfr. SSTC 125/1995, de 24 de julio (f.j. 2º); 90/1994, de 17 de marzo (f.j. 3º); 155/1988, de 22 de julio (f.j. 3º); 191/1987, de 1 de diciembre (f.j. 1º); 93/1984, de 16 de octubre (f.j. 3º); y ATC 553/1987, de 13 de mayo (f.j. 1º).

rentes a la tutela judicial efectiva⁵⁴, a la defensa⁵⁵ y al proceso con todas las garantías.⁵⁶

Este derecho exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.⁵⁷ La existencia misma de dos partes y su derecho a ser oídas perderían, en buena mediada, su sentido si no gozasen de idénticas posibilidades procesales para sostener y fundamentar lo que cada una estime conveniente.⁵⁸ En concreto, respecto de la aportación de los hechos al proceso, el derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.⁵⁹

En consecuencia, la vigencia de este derecho a la igualdad de armas procesales impide privar de trámites determinados en las normas rituales de alegación o de contradicción a una de las partes, o crear obstáculos que dificulten gravemente la situación de una parte respecto de la otra.⁶⁰

Sin embargo, el derecho a la igualdad no impide que el legislador establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la ley y a la adecuación de medios a fines entre aquellas y éstas.⁶¹ Por ello, las diferencias de trato que pueden existir entre los diversos cauces procedimentales se explican, fundamentalmente, en razones técnicas inherentes a la propia naturaleza de la norma, de ahí que, por lo general, no pueda plantearse con probabilidad de éxito un juicio de igualdad entre procesos diversos, comparando aisladamente plazos o trámites

54) SSTC 125/1995, de 24 de julio (f.j. 2º); 162/1993, de 18 de mayo (f.j. 2º); 114/1989, de 22 de junio (f.j. 2º); 101/1989, de 5 de junio (f.j. 2º); 155/1988, de 22 de julio (f.j. 3º); 191/1987, de 1 de diciembre (f.j. 1º); 156/1985, de 15 de noviembre (f.j. 1º); 93/1984, de 16 de octubre (f.j. 4º); 4/1982, de 8 de febrero (f.j. 5º).

55) ATC 783/1985, de 13 de noviembre (f.j. 2º).

56) SSTC 66/1989, de 17 de abril (f.j. 12º); 27/1985, de 26 de febrero (f.j. 3º); y ATC 992/1988, de 12 de septiembre (f.j. 2º).

57) Cfr. SSTC 125/1995, de 24 de julio (f.j. 3º); 116/1995, de 17 de julio (f.j. 3º); 90/1994, de 17 de marzo (f.j. 3º); 227/1991, de 28 de noviembre (f.j. 5º); 66/1989, de 17 de abril (f.j. 12º).

58) BERZOSA FRANCO, María Victoria. "Principios del proceso", ob. cit., 569p.

59) SSTC 90/1994, de 17 de marzo (f.j. 3º); 227/1991, de 28 de noviembre (f.j. 5º).

60) SSTC 125/1995, de 24 de julio (f.j. 3º); 116/1995, de 17 de julio (f.j. 3º); 109/1985, de 8 de octubre (f.j. 3º).

61) SSTC 125/1995, de 24 de julio (f.j. 3º); 128/1994, de 5 de mayo (f.j. 4º).

que, en estos casos, sólo adquieren su pleno sentido valorados como partes del conjunto normativo en que se insertan.⁶²

De igual modo, el hecho de que los Jueces y Tribunales, al apreciar y valorar las pruebas practicadas, otorguen mayor validez a unas que a otras no supone infracción del derecho a la igualdad entre las partes, pues ello es consustancial a la libre apreciación de la prueba y no guarda relación alguna con el principio de igualdad.⁶³

La regulación legal del proceso civil español es respetuosa con el principio de igualdad de las partes. Así, hallamos numerosas manifestaciones de este principio en la LEC 1/2000, entre las que podemos destacar, la imposibilidad de realizar actos procesales fuera del tiempo legalmente determinado, la prohibición de modificar el objeto del proceso con posterioridad al escrito de contestación del demandado, el paralelismo respecto de las actividades probatorias de ambas partes litigantes, la previsión de permitir al actor contestar a la reconvenición del demandado, y, finalmente, las numerosas normas que regulan, por cada acto de alegación de hechos y exposición de argumentos jurídicos de una parte procesal, un acto paralelo de la parte procesal opuesta. Todas estas normas o previsiones legales se refieren al proceso de declaración o, en otros términos, al proceso civil en su fase declarativa. En el proceso de ejecución las partes –ejecutante y ejecutado- no están situadas en condiciones de igualdad, sin que ello plantee mayores conflictos; teniendo en cuenta, como ya poníamos de manifiesto al analizar el principio de audiencia, que en unos casos se habrá desarrollado un proceso declarativo previo absolutamente respetuoso con el principio de igualdad; y en otros, además de haberse creado el título ejecutivo porque así lo han querido los actuales ejecutante y ejecutado, el proceso de declaración podrá desarrollarse posteriormente. En definitiva, la ejecución se lleva a cabo porque una resolución judicial declara la existencia de un derecho, o una norma jurídica atribuye a un título determinado fuerza ejecutiva.

Pese a que desde un punto de vista normativo puede afirmarse que el principio de igualdad informa la legislación procesal, en la realidad prác-

62) STC 128/1994, de 5 de mayo (f.j. 4º).

63) STC 79/1990, de 26 de abril (f.j. 2º).

tica observamos que las desigualdades sociales, culturales y, sobre todo, económicas, inciden en el proceso, obstaculizando, en alguna medida, el cumplimiento de la exigencia legal de igualdad de las partes. Queramos o no, el proceso es una institución más que integra nuestra vida social, y por ello no debe extrañarnos –por muy en contra que estemos– como en él se reflejen, al igual que en otras realidades, las diferencias o desigualdades de todo tipo. Sin embargo –como destaca BERZOSA FRANCO– no podemos olvidar que el proceso es el instrumento con que cuenta la Jurisdicción, por un lado, y el ciudadano, por otro, para la satisfacción de los derechos e intereses legítimos, y para la adecuación de la vida social al ordenamiento jurídico, al menos en los supuestos de conflicto. De aquí su especial relevancia y la necesidad de evitar que las desigualdades ya mencionadas incidan en él, hasta el punto de desvirtuar la igualdad legal de las partes e incluso de constituir una forma de denegación de justicia. El tema es indudablemente complejo, pero no debe obviarse porque está en juego el derecho de acceso de todos los ciudadanos a los órganos de la Jurisdicción, y la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad.

Finalmente, podemos afirmar que la conjugación del derecho de ambas partes (principio de dualidad) a ser oídas (principio de audiencia) con la exigencia de serlo en igualdad de condiciones (principio de igualdad), configura un proceso contradictorio, instrumento idóneo de la Jurisdicción y, por ello, garantía de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, o de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos.⁶⁴ Así, el T.C. nos recuerda que el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías.⁶⁵

2.4. | Probidad o buena fe procesal.

La formulación inicial del principio general de la buena fe –universalmente reconocido desde el derecho romano- tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho privado –art. 7º.1 CC66-, pasan-

64) BERZOSA FRANCO, María Victoria. "Principios del proceso", ob. cit., 575p.

65) STC 80/1996, de 20 de mayo (f.j. 2º).

66) Según esta norma: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

do casi desapercibido hasta hace pocos años en el campo del derecho procesal. Así, el reconocimiento de la buena fe procesal, como pauta de conducta a la que deben acomodarse los litigantes, aparece recogido, desde 1985, en el art. 11 LOPJ, y desde el 2000, en el art. 247 LEC. La primera norma establece: “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe [...]. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. Y, el art. 247 de la nueva LEC establece: “Respeto a las reglas de la buena fe procesal. *Multas por su incumplimiento*. 1.- Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2.- Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3.- Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar entre 30.000 a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4.- Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria”.

El término “probidad” se define como “bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar”⁶⁷, y en este sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁶⁸ De este concepto debe destacarse la idea de dinamismo, de “obrar”, caracterizada por su corrección, esto es, por el canon ético de conducta que encontramos en los clásicos filósofos griegos sobre el “hombre sensato, recto y bueno”, o el modelo de

⁶⁷ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, T. XLVII, Madrid: Espasa, 1922, 640p (el Diccionario de la lengua española, de la “Real Academia Española”, se limita a equiparar el término “probidad” a “honradez”, 21ª edición, Madrid, 1992, 1184p).

“hombre común o medio, diligente y razonable” de los juristas modernos. La buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma. Desde esta perspectiva necesariamente genérica, la buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser *socialmente admitida como correcta*.⁶⁹ Sólo desde esta perspectiva amplia se logra la continua adaptación entre los valores éticos de la sociedad y los valores normativos del ordenamiento, correspondiendo al juez, en cada caso concreto, analizar si la conducta procesal de la parte se adecua a la forma de actuar admitida por la generalidad de los ciudadanos. Como se ha indicado, resulta imposible formular planteamientos apriorísticos sobre lo que resulta ser la buena fe procesal, por lo que en muchas ocasiones tendremos que acudir a la casuística jurisprudencial para saber cuando una determinada actuación de un litigante la infringe o no. En definitiva, será la jurisprudencia, en muchos casos, y no tanto la ley, la que nos indicará las reglas a tomar en consideración para concretar las conductas procesales maliciosas.

En el marco de un proceso, el ejercicio de las facultades que las leyes de enjuiciamiento atribuyen a las partes, se encuentra amparado, prima facie, por el derecho fundamental a la defensa. En consecuencia, su limitación sólo puede justificarse por la necesidad de proteger otro derecho fundamental, valor o bien constitucionalmente protegido. Sólo desde la técnica de la ponderación de los intereses en conflicto (balancing) puede resolverse la colisión entre derechos o bienes constitucionales. Por ello, al margen de los fundamentos éticos o morales del principio de la buena

⁶⁸ Así, de manera muy rotunda, la STS de 1 de marzo de 2001 (RA 2588), en su f.j. 3º, configura a la buena fe “por el comportamiento honrado y justo”, destacando que “el ejercicio de los derechos conforme a las reglas y exigencias de la buena fe equivale a sujetarse a los imperativos ético exigidos por la conducta social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento jurídico. Implica la necesidad de tomar en cuenta los valores éticos de la honradez y la lealtad, es decir los imperativos éticos que la conciencia social exige”. Y, de igual modo, la STS de 22 de febrero de 2001 (RA 2609), indica en su f.j. 2º que los “valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia” constituyen el concepto de la buena fe. Cfr. también las sentencias de 29 de febrero de 2000, f.j. 2º (RA 812); 11 de mayo de 1992, f.j. 3º (RA 3895); 8 de marzo de 1991, f.j. 2º (RA 2201); o la de 21 de septiembre de 1987, f.j. 2º (RA 6186).

⁶⁹ De igual modo, la STS de 1 de marzo de 2001 (RA 2588), indica que el principio de la buena fe “equivale a sujetarse en su ejercicio (el de los derechos) a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado”; y la STS de 22 de febrero de 2001 (RA 2609) establece en su f.j. 2º que “la buena fe constituye una noción omnicompreensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohesiona con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad”. En este mismo sentido, cfr. también las SSTs de 26 de octubre de 1995, f.j. 2º (RA 8349); 11 de mayo de 1992, f.j. 3º (RA 3895); 6 de junio de 1991, f.j. 2º (RA 4421); 8 de marzo de 1991, f.j. 2º (RA 2201); 5 de julio de 1989, f.j. 2º (RA 5399); o la de 4 de marzo de 1985, consid. 3º (RA 1107).

fe⁷⁰, debemos determinar en última instancia el fundamento constitucional de este principio susceptible de legitimar la limitación del derecho a la defensa. Y como hemos tenido ocasión de analizar en otro trabajo⁷¹, este fundamento lo podemos encontrar a través de dos vías: por un lado, en la propia doctrina de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, y la buena fe en el ejercicio de los derechos procesales como límite a los mismos. Y, por otro lado, en la configuración del principio de la buena fe como criterio o instrumento de protección de otros derechos fundamentales constitucionalizados en el art. 24 CE: dado que la mala fe puede materializarse en una infinidad de actos procesales que responden a fines concretos, es imposible reducir a uno sólo los derechos fundamentales que pueden protegerse acudiendo al criterio o fundamento justificador de la buena fe procesal, si bien, por regla general, éstos serán los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad procesal y a un proceso sin dilaciones indebidas.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre la independencia de Jueces y Magistrados AGUNDEZ FERNANDEZ: "Garantías constitucionales de la independencia judicial". Revista de Derecho Procesal, (2-3), 335-358pp, 1981.

DÍEZ-PICAZO, L.M. "Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial. Revista Española de Derecho Constitucional, (34), 19-39, 1992.

GRANDA GONZALEZ. Independencia del juez y control de su actividad. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.

HERNÁNDEZ MARTÍN. Independencia judicial y desorganización judicial. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

MONTERO AROCA: Independencia y responsabilidad del juez. Madrid: Civitas, 1990. REQUEJO PAGES: Jurisdicción e independencia judicial. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SIMON, Dieter: La independencia del juez. Barcelona: Ariel, 1985.

Sobre la imparcialidad judicial: ARIAS DOMÍNGUEZ: La abstención y la recusación de jueces y magistrados. Madrid: Edersa, 1999.

CALVO SÁNCHEZ: "La recusación de los Jueces y Magistrados (I) y (II)". Revista Universitaria de Derecho Procesal, (1) 73-94, 1988, y (2) 69-95, 1989.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOME: El juez imparcial. Granada: Comares, 1997. GIMENO SENDRA: "El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional". Poder Judicial. (6), 267-289, 1989.

JIMENEZ ASENSIO: Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

MONTERO AROCA: Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

PICO JUNOY: La imparcialidad judicial y

sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: Bosch, 1998.

PICO JUNOY: "La imparcialidad objetiva del juez a examen". La Ley. (1), 2001-2012, 1998.

SANTOS VIJANDE: "Abstención y recusación de jueces y magistrados (I) y (II)". La Ley, (1), 1665-1687, 1999.

SOTO NIETO: "Nuevas perspectivas jurisprudenciales sobre la imparcialidad de los jueces". La Ley, (4), 1503-1506, 2001.

Sobre responsabilidad directa de Jueces y Magistrados: ALMAGRO NOSETTE: Responsabilidad judicial. El Almendro: Córdoba, 1984.

ATIENZA NAVARRO: La responsabilidad civil del juez. Madrid, 1997 DÍEZ-PICAZO, I.: Poder Judicial y responsabilidad. Madrid: La Ley, 1990.

DÍEZ-PICAZO, I.: "Responsabilidad disciplinaria e independencia judicial", Poder Judicial (22), 137-159, 1991.

FERNÁNDEZ HIERRO: Responsabilidad civil judicial. Pamplona: Aranzadi, 1987.

GABALDÓN LÓPEZ: "Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados", La Ley, (4), 991-1002, 1995.

LÓPEZ MUÑOZ: "Independencia y responsabilidad del Juez". Revista General del Derecho. (636), 10405-10428, 1997.

MONTERO AROCA: Independencia y responsabilidad del juez. Madrid: Civitas, 1990.

MONTERO AROCA: Responsabilidad civil del juez y el Estado por actuación del Poder Judicial. Madrid: Tecnos, 1988.

MOVILLA ALVAREZ: "Notas sobre la responsabilidad de Jueces y Magistrados". Justicia, 411-439, 1988.

RODRÍGUEZ ALIQUÉ: "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil de jueces y magistrados". Justicia, 613-637, 1988.

SOTO NIETO: "La responsabilidad penal de los jueces y magistrados". La Ley, (1), 927-936, 1987.

⁷⁰ Para cuyo estudio nos remitimos al excelente trabajo de SEVERINO: La buona fede, Milano: Rizzoli, 1999, y a la bibliografía por él mencionada.

⁷¹ El principio de la buena fe procesal, Madrid, 2003 (en prensa).

MODULO V

**EL DERECHO
A LA PRUEBA**

**LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES
RELATIVOS A LA PRUEBA.
LA VALORACIÓN Y
ADMINISTRACIÓN DE
LA PRUEBA. LA INICIATIVA
PROBATORIA DEL JUEZ**

PARTE I

EL DERECHO A LA PRUEBA

Hermógenes Acosta

Magistrado



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Se afirma, con evidente razón, que no basta tener un derecho, sino que es necesario probarlo. Además, se sostiene que lo que no se prueba carece de existencia procesal, y en modo alguno puede ser tomado en cuenta en la decisión mediante la cual se resuelva el conflicto. Estas afirmaciones sencillas y al mismo tiempo muy sustanciosas, evidencian la importancia de la prueba en el proceso, tanto para el juez como para las partes .

El derecho a la prueba está regido por diferentes reglas, destacándose aquella que se consagra en el artículo 1315 del Código civil dominicano, según la cual: “El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”.

Conforme a la regla expuesta, la parte que reclama la ejecución de una prestación o afirma un determinado hecho, tiene la carga de probarlo; mientras que la otra parte, en principio, puede asumir una actitud pasiva. Pero, la referida regla comporta determinadas excepciones, es decir, que existen casos que aún siendo alegado por una de las partes, dicha parte no tiene que probarlo.

Los hechos que las partes no tienen que probar son los notorios, los no controvertidos, los evidentes y los que son presumidos por la ley.

El derecho a la prueba, supone, en relación al juez, la obligación de ordenar las medidas de instrucción solicitadas por las partes a los fines de suministrar en el proceso un determinado tipo de prueba, a condición de que a juicio del juez la medida de instrucción sea útil y pertinente en el proceso.

Constituye también otra obligación del juez, tomar en cuenta en la decisión las pruebas suministrada por las partes en el momento y en la forma prevista por la ley. Ello supone, que en la motivación de la sentencia debe

constar si los hechos alegados, controvertidos y no notorios, fueron o no probados. En otras palabras, le corresponde al juez valorar las pruebas suministradas.

Para que el derecho de acceso a la justicia tenga sentido y utilidad, es necesario que se le reconozca a las partes el derecho de utilizar los medios de pruebas previstos en la ley y que se correspondan con el proceso de que se trate, ya que el derecho de acceso al juez no es más que un medio para obtener el reconocimiento de los derechos reclamados.

De igual forma el debido proceso, requiere que la actividad probatoria se desarrolle con estricto apego a los principios constitucionales vinculados al proceso, particularmente, el principio de igualdad y el de contradicción.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA.

Introducción.

Es muy conocida la máxima según la cual no es suficiente tener un derecho sino que es necesario demostrar ante el tribunal la existencia de los derechos alegados. No siempre los procesos terminan con una decisión justa; la realidad es que en muchas ocasiones las pretensiones de las partes son rechazadas porque no se aportan las pruebas pertinentes y útiles.

Establecer en una sentencia que la demanda se rechaza por falta de prueba, no siempre significa que no existen pruebas, sino más bien que las mismas no fueron aportadas por las partes.

Si bien la prueba constituye el mecanismo principal con que cuentan las partes para convencer al juez de los hechos alegados; no debemos olvidar que existen otros medios o mecanismos como son la notoriedad, las presunciones y el propio conocimiento o la ciencia privada del juez.¹

Sirvan los párrafos anteriores como un reconocimiento a la gran importancia que en un proceso tiene la prueba.

1) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, Lecciones de Derecho Procesal, No.3, pág.222.

1.1. | Noción de prueba.

En la doctrina aparecen múltiples definiciones sobre la prueba. Así, la prueba es definida como un mecanismo judicial destinado a establecer una convicción sobre un punto incierto. De la definición que precede pueden extraerse tres elementos. Ellos son, los siguientes: Se trata de un mecanismo judicial, los hechos que se prueben son los inciertos y la actividad probatoria está dirigida a lograr convencer al juez sobre dichos hechos.

La actividad probatoria no es extrajudicial, ya que la misma debe desarrollarse en el tribunal, en presencia del juez y de los demás integrantes del tribunal, así como de las partes en el proceso.

Al desarrollarse la actividad probatoria en el tribunal, el proceso se hace contradictorio, lo que le da a las partes la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y al juez la oportunidad de velar por el estricto respecto de los principios que rigen el debido proceso.

Las propuestas de pruebas que hacen las partes deben tener como finalidad hechos inciertos, en razón de que los hechos evidentes no hay necesidad de probarlos.

La meta de la parte que propone un determinado tipo de prueba, es convencer al juez apoderado del litigio. Mientras que le corresponde al juez la obligación y la responsabilidad de interpretar y apreciar las pruebas suministradas, siempre guiado por un sentimiento de justicia.

En otra palabras corresponde al juez, en su labor de interpretación y apreciación la "...verificación de las proporciones de las partes..."² Vale decir, comprobar si lo alegado por las partes se corresponde con la verdad.

Pero, no se le exige al juez la adquisición de una certeza o de un convencimiento de la verdad de unos hechos, cuando se dispone a agotar el denominado "juicio de hecho".³ Siendo suficiente que el juez logre extra-

2) Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pag.180.

3) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, No.1, pág.221.

er de la labor probatoria una verdad procesal que esté fuera de dudas o más bien una verdad "...más allá de toda duda razonable".⁴

Es decir, una tan alta probabilidad de verdad procesal, que quede excluido lo contrario de lo tenido inicialmente por probado, o sea, que la misión del juez se considera lograda si al final del proceso probatorio queda: "...moralmente convencido de la verdad o certeza, positiva o negativa, de un hecho."⁵

Finalmente, queremos destacar que la necesidad de agotar en un proceso la actividad probatoria, no es sólo la búsqueda de la verdad, sino también la necesidad que tiene el juez de legitimar su sentencia. En efecto, el juez únicamente puede fundamentar su sentencia en las pretensiones que han sido probadas durante el desarrollo del proceso.

1.2. | El Objeto de la Prueba.

El objeto de la actividad probatoria está constituido por los hechos, de manera que no le corresponde a las partes probar el derecho, el cual se presume conocido por el juez y por todas las personas que habitan de manera permanente o no en una determinada sociedad.

Ahora bien, si se tratare de un derecho extranjero o de una costumbre con valor de norma jurídica, la parte que lo invoca tiene la carga de la prueba.

De igual forma, hay hechos que no constituyen objeto de la prueba. Estos hechos son los no controvertidos, los notorios, los evidentes y los presumidos por la ley.

a) *No hay necesidad de probar el derecho.*

Las partes no tienen que probar la existencia de las normas jurídicas que le sirven de base a sus pretensiones, porque el derecho se presume conocido, a partir del momento en que se cumple con los requisitos de

4) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, No.6, pág.223.

5) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, No.6 pág.223.

publicidad contemplados por la propia ley. Cabe recordar la conocida máxima, según la cual nadie puede alegar el desconocimiento de la ley.

Pero en determinadas hipótesis, es necesario probar la existencia de la ley. Ocurre lo anterior cuando una parte niega su existencia, situación en la cual se produce: "una interferencia entre el campo del hecho y el del derecho".⁶

De igual forma, y tal como lo dijéramos al introducir el tema, también es necesario probar la existencia de la costumbre, que como sabemos tiene en determinadas materia, valor de norma jurídica, particularmente en materia laboral y en materia comercial.

Cabe resaltar, que si bien es cierto que la parte que invoca la existencia de una costumbre con valor de fuente de derecho, tiene la carga de probar su existencia, también es cierto que, según lo afirma Geny, citado por Couture, se admite que: "el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios".⁷

Por último la parte tiene la carga de probar el derecho extranjero, por la razón obvia y evidente, de que ni a la parte adversa ni al juez puede exigírsele que conozca dicho derecho.

b) *No hay que probar los hechos no controvertidos.*

La lógica indica que en la materia que nos ocupa no hay necesidad de probar hechos que no han sido discutidos por las partes a la cual se le oponen. La intervención del tribunal y la propia actividad probatoria tiene razón de ser en la medida en que existe una contención y resulta que los aspectos del proceso que no han sido controvertidos están fuera del litigio.

Entre los principios que rigen el proceso se encuentra el de la economía procesal, del cual se desprende el interés del legislador en que el proceso sea agotado realizando el menor número de actos procesales. Tal principio, a juicio de la doctrina, se viola, cuando se desarrolla una actividad

6) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.181.

7) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.182.

probatoria, con la finalidad de probar hechos no controvertidos por la parte a la cual se le oponen.⁸

De igual forma, la exoneración de la carga de la prueba de los hechos no controvertido no es más que la aplicación del principio dispositivo que gobierna el proceso civil. Conforme a dicho principio y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden disponer de sus pretensiones y de los fundamentos de ella, tanto en lo jurídico como en lo fáctico. En consecuencia, exigir la prueba de los referidos hechos implicaría desconocer la autonomía de la voluntad de las partes.⁹

c) *No hay que probar los hechos notorios*

En principio, los hechos notorios no tienen que ser probados. Como notorios debemos considerar aquellos hechos: "...que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en que ocurre la decisión".¹⁰

El mismo autor de la definición, afirma que los términos notorio y generalidad no son sinónimos, en razón de que un hecho puede ser notorio sin que sea conocido por todos.¹¹ Y que -sigue diciendo el autor- hecho notorio no significa conocimiento absoluto, sino conocimiento relativo.¹² Tampoco significa conocimiento efectivo, es decir, conocimiento real.¹³

En este mismo orden de ideas se afirma que la notoriedad de los hechos es relativa, en la medida en que los hechos conocidos por los habitantes de una ciudad, no necesariamente tienen que ser conocidos por los de otra ciudad, y además, que lo que todos sabemos hoy puede que lo olvidemos dentro de un año o dentro de algunos meses. Es partiendo de la relatividad de dichos hechos, que algunos autores sostienen que los mismos no deben ser excluidos de la prueba.¹⁴

8) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.184.

9) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.14, pág.227.

10) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.193.

11) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.193.

12) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.192.

13) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.192.

14) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.15, pág.228.

Si bien es cierto que los hechos notorios no tienen que ser probados, también es cierto que la notoriedad debe ser probada. De manera que el juez tiene la obligación de determinar en cada caso si la alegada notoriedad existe. Es partiendo de la tesis indicadas que en el párrafo 291 de la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) se establece que "no necesitan de ninguna prueba los hechos que son notorios para el tribunal".¹⁵

De igual modo, quien alega que un hecho es notorio y que en consecuencia no tiene que probarlo, tiene la carga de aportar la contraprueba cuando el adversario cuestiona la notoriedad.¹⁶ Pero cuando la contradicción en lo relativo a lo notorio sea manifiestamente infundado la contraprueba no debe exigirse. Y, finalmente, se recomienda que en esta materia evite caer en el formalismo actúe con prudencia.¹⁷

d) *No hay que probar los hechos evidentes.*

Cuando los hechos son evidentes no hay necesidad de probarlos, porque se entiende que forman parte del saber privado del juez.¹⁸ También se asimilan a los hechos evidentes los hechos normales, los cuales tampoco tienen que ser probados. Se parte de la lógica consistente en que en la generalidad de los casos los hechos ocurren como sucede naturalmente en la vida y no en forma extravagante y excepcional.¹⁹

e) *No hay que probar los hechos presumidos por la ley*

La finalidad de la actividad probatoria es la búsqueda de la verdad de los hechos alegados y controvertidos, pero cuando existe una norma jurídica en la cual el legislador presume la verdad del hecho, la actividad probatoria pierde su utilidad y razón de ser. Es por ello que se afirma en doctrina y jurisprudencia que los hechos presumidos por la ley no tienen que ser probados.

En este orden de ideas, cabe destacar, que existen dos tipos de presunciones, la jure et de jure, la cual no admite prueba en contrario y la juris

15) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.15, pág.228.

16) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.18, pág.229.

17) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.18, pág.229.

18) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.188.

19) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.190.

tantum, que admite prueba en contrario, es decir, que en este último caso, la verdad presumida por el legislador puede ser cuestionada por la parte a la cual se le opone, mediante la prueba en contrario.

Conviene igualmente resaltar, que conforme a la doctrina, una presunción comprende: "...un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad...".²⁰ y que la exoneración de la carga de la prueba es únicamente en relación al hecho desconocido y a la relación de causalidad.²¹

1.3. | La carga de la prueba.

En materia de prueba constituye una regla general que la carga pesa sobre aquel que alega un hecho, sin importar que sea demandante o demandado original. Dicha regla está prevista en el artículo 1315 del Código civil dominicano, texto que como indicamos anteriormente establece que: "El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, quién pretenda estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación".

Como es evidente, se trata de un texto previsto para la materia de las obligaciones, pero que conforme a la doctrina y la jurisprudencia es de aplicación general.

Como ya hemos dicho la carga de la prueba no necesariamente pesa sobre el demandante original, ya que sobre este sólo pesa la carga de las alegaciones que forman parte de su demanda. En cambio, le corresponde al demandado probar los hechos alegados en ocasión de la respuesta que da a las pretensiones de la parte que lo adversa.

De ahí que, por ejemplo, se afirme que corresponde al demandado probar las excepciones que promueva, ya que respecto de las mismas se encuentra en las mismas condiciones que el actor original.²²

Cabe destacar, que aunque en el procedimiento civil rige el principio dis-

20) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.187.

21) Couture, Eduardo J., obra cit., pág.187.

22) Chioyenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil, pag.272.

positivo, en lo que se refiere a las reglas de la carga de la prueba, dicho principio comporta limitaciones.

Partiendo de la tesis anterior se sostiene que no es válida la convención mediante la cual el demandado se obliga a probar hechos que le corresponde probar al demandante.²³ Pero la invalidez de la referida convención, se fundamenta, -sigue diciendo el autor-, no en el orden público sino en el hecho de que se trata de una materia ajena a las partes y propios del juez, y solamente si una ley de manera expresa lo establece es que las partes pueden decidirlo.²⁴

1.4. | La jerarquía de la prueba.

En la materia civil, contrario a lo que ocurre en materia comercial, laboral y penal, no rige la libertad de prueba, sino la jerarquía de la prueba.

En esta materia la prueba por excelencia y prevaleciente, es la denominada prueba literal. La superioridad de la referida prueba, aparece consagrada en el artículo 1341 del Código civil dominicano. Dicho texto establece como regla general que: "Debe extenderse acta ante notario o bajo firma privada, de todas las cosas cuya suma o valor exceda de treinta pesos, aún por depósito voluntario; y no se recibirán prueba alguna de testigos en contra o fuera de los contenidos en las actas, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, en, o después de aquella, aunque se trate de una suma o valor menor de treinta pesos. Todo esto, sin perjuicio de lo que se prescribe en las leyes relativas al comercio".

Es evidente que la suma de 30.00 pesos resulta en la actualidad insignificante, lo que se explica porque se trata de un texto que el 21 de marzo del año que discurre, cumplió 200 años. De manera que es de rigor y perentorio que el referido texto sea reformado para que la suma de 30.00 pesos sea aumentado a una cifra que se corresponda con la realidad del momento.

Como toda regla, la que nos ocupa comporta algunas excepciones. En

23) Chioyenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil, pag.278.

24) Chioyenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil, pag.278.

este sentido, se admite la prueba testimonial, aunque la suma envuelta en el negocio jurídico sea mayor de 30.00 pesos, cuando exista un principio de prueba por escrito, es decir, un documento emanado de aquel contra quién se hace la demanda o de su representante y del cual se desprenda la verosimilitud del hecho alegado.²⁵

De igual forma, tampoco se aplica la regla cuando el demandante demuestre la imposibilidad de procurarse una prueba literal en relación a la obligación que se ha contraído respecto a él.²⁶

En lo que se refiere a este aspecto, es decir, a la jerarquía de la prueba, es preciso resaltar que la prueba literal excluye las demás pruebas, en el ámbito de las declaraciones de voluntades o de conocimientos cuyo valor supere la suma de 30 pesos. Pero cuando se trate de probar hechos, rige la libertad de prueba, como ocurre en las demás materias.

De manera que en una demanda en cobro de sumas de dinero, independientemente de la suma envuelta, puede proceder la audición de testigo, si la causa de la deuda no es un préstamo, por ejemplo, la prestación de servicios en ausencia de subordinación jurídica.

En tal caso nada impide que la parte demandada en ejecución de contrato y en cobro de una suma de dinero, pruebe mediante testigo que el contrato no fue ejecutado en la forma prevista.

1.5. | Valoración de la prueba.

Así como a las partes le corresponde la tarea de impulsar la actividad probatoria, al juez apoderado del litigio le corresponde, en una primera fase, interpretar y valorar las pruebas que les son sometidas, y en una segunda fase, fundamentar su decisión en las pruebas aportadas por las partes y admitidas por él; constituyendo el cumplimiento de esta última obligación, una condición de legitimidad de la decisión.

La apreciación o valoración de la prueba es definida por la doctrina como

²⁵) Código civil Dominicano, artículo 1347.

²⁶) Código civil Dominicano, artículo 1348.

la operación intelectual bajo la cual el juez se declara convencido o no de la existencia de los hechos alegados por las partes.

De manera que, mediante la referida operación el juez debe establecer si los hechos que una de las partes o las partes, alegaron durante el proceso fueron o no probados a través de los procedimientos de prueba utilizados y previstos por la ley.

La operación mediante la cual el juez verifica el valor de la prueba no debe confundirse con otra operación jurídica, muy próxima a ella y que le precede. Nos referimos a la interpretación de la prueba.

Con la finalidad de diferenciar las dos nociones de referencia, se sostiene que interpretar un documento o la declaración de un testigo significa determinar lo que se dice en el documento o lo que dijo el testigo; mientras que la apreciación implica determinar si el contenido del documento o la declaración del testigo es cierto, dudoso o falso, parcial o totalmente.²⁷

La diferenciación de las indicadas nociones tiene una gran utilidad, ello así, porque la apreciación de la prueba está abandonada a la soberana apreciación del juez, no así la interpretación de la misma.

Partiendo de lo expuesto en el párrafo anterior, la Corte de Casación no puede contralor la labor de apreciación de la prueba hecha por el juez; en cambio, si puede controlar su labor de interpretación, particularmente para determinar si la misma responde al verdadero contenido de la prueba interpretada, o si por el contrario la misma fue desnaturalizada.²⁸

a) *Sistema de Libre Apreciación de la Prueba*

Este sistema constituye la regla general, ya que, salvo que exista una norma jurídica en la cual se exprese o especifique el valor exacto de una determinada prueba (prueba tasada), el juez queda libre en la tarea de apreciación, actúa, conforme lo sostiene la doctrina, como un fedatario o testigo cualificado de su personal proceso lógico y psicológico de convencimiento o de duda.²⁹

²⁷) Pietro Calamandrei citado por De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.36, pág.241.

²⁸) Encyclopedie Dalloz, No.468, pág.47. En materia de apreciación de la prueba rigen dos sistemas. Son ellos el de la libre apreciación y el de la prueba tasada.

²⁹) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.33, pág.240.

b) Sistema de Prueba Legal o Tasada.

Este sistema impera en todos los casos que de manera expresa la ley establezca el valor que debe dar el juez a una determinada actividad probatoria. En tal caso, se afirma, que el juez no exterioriza el resultado de un proceso interior en pos de la adquisición de certeza; lo que exterioriza es la voluntad de la ley, ante unos hechos concretos, que son, en estos casos, las concretas actividades probatorias que se hayan llevado a cabo.³⁰

En el Código civil aparecen numerosos textos que prevén la fuerza probatoria de ciertos procesos de pruebas. A modo de ejemplo podemos citar los Artículos 1319-1320, los cuales determinan el valor probatorio de los actos auténticos, o el artículo 1322 que determina el valor probatorio de los actos bajo firma privada.

Cuando la ley establece que un procedimiento de prueba hace fe bajo ciertas condiciones, el poder del juez se limita a verificar el cumplimiento de dicha condición. Independientemente de sus convicciones profundas el juez no puede negar la existencia de un hecho que la ley reputa establecida.³¹

c) Necesidad de mantener ambos sistema.

En lo que se refiere al mérito de uno u otro sistema, algunos autores sostienen, que aunque el sistema de libre apreciación de la prueba puede dar lugar a la comisión de errores, es superior al sistema de prueba tasada o legal, el cual consideran muy complejo.³²

Mientras que, otra parte de la doctrina, aunque reconoce que el juez es quien está en mejor condición de apreciar la veracidad de los hechos alegados, luego de haber escuchado los debates, entiende que el sistema de prueba tasada o legal es superior al sistema de libre apreciación.³³

³⁰) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.33, pág.240.

³¹) Encyclopedie Dalloz, No.473, pág.48.

³²) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.35, pág.240-241.

³³) Encyclopedie Dalloz, No.469, págs.47-48.

La superioridad del sistema tasado o legal radica, según la fuente consultada, en que con la aplicación del mismo se simplifican las relaciones jurídicas y se le da a los particulares garantías de seguridad, sobretodo cuando se trata de prueba preconstituída.³⁴

Nuestra opinión al respecto, es que conviene aplicar de manera conjunta; ello así porque en los casos excepcionales en que el legislador ha previsto el valor de la prueba, lo ha hecho respondiendo a criterios de razonabilidad, a criterios de lógica y a criterios de utilidad muy aceptados.

³⁴) Encyclopedie Dalloz No.469 página 47-48.

CAPITULO II

LOS TIPOS DE PRUEBAS Y LOS MEDIOS PARA ADMINISTRARLOS EN JUSTICIA.

Introducción.

Como este trabajo servirá de material de apoyo a un curso sobre constitucionalización del proceso civil, en el presente capítulo no se pretende hacer una exposición completa y acabada sobre los tipos de pruebas y los mecanismos de administración de los mismos, si no más bien de lo que se trata es de recordar algunas aspectos elementales y llamar la atención sobre otros que consideramos de mucha importancia.

Por la misma razón indicada precedentemente, obviamos en este tema tanto el descenso a los lugares como la confesión, dado que en relación con los demás tipos de pruebas, no tienen mucha importancia en la materia civil.

El tema abordado en este capítulo comprende los diferentes medios de pruebas así como los procedimientos o mecanismos mediante los cuales se administra la misma.

Los medios de pruebas están constituido por los diferentes instrumentos

que el legislador pone al alcance de las partes para que puedan demostrar la existencia de los hechos alegados en justicia. Los tipos de pruebas contemplados en nuestro sistema jurídico son los siguientes: a. La prueba literal, b. La prueba por testigo, c. La prueba por perito, d. El descenso a los lugares y e. La confesión judicial.

Mientras que los procedimientos de pruebas, son los mecanismos mediante los cuales las partes desarrollan la actividad probatoria. En dichos mecanismos, se establecen las reglas de forma y de fondo que el juez y las partes deben cumplir en el momento en que se presentan, discuten y se deciden las pruebas relativas a los hechos alegados y controvertidos.

Los procedimientos para la administración de la prueba contemplados por el legislador dominicano son los siguientes: a. La comunicación de documentos, b. El informativo testimonial, c. El peritaje y d. La comparecencia de las partes.

Como puede observarse, salvo para el caso del descenso a los lugares, a cada tipo de prueba corresponde un mecanismo para su administración. En efecto, para el caso de la prueba literal, se estableció la comunicación de documentos, para la prueba por testigo, el informativo, para la prueba por peritos el peritaje y para la confesión judicial, la comparecencia de las partes.

Por la razón indicada anteriormente, trataremos junto a cada tipo de prueba el procedimiento previsto para su administración en justicia.

2.1. | La prueba literal y la comunicación de documentos.

2.1.1. | *La prueba literal.*

La prueba escrita es la más importante en materia civil, materia en la cual se reconoce la jerarquía de la prueba. Pero la importancia de este tipo de prueba, no es sólo en materia civil, sino en aquellas materia en las cuales existe la libertad de prueba.

En efecto, el hecho de que en una determinada materia exista libertad de

prueba, no significa en modo alguno devaluación de la prueba escrita, sino pura y simplemente, que la existencia de dicho tipo de prueba no impide que puedan presentarse otros, como por ejemplo el testimonial. En cualquier caso, la prueba escrita es más fiable, más segura y puede ser administrada con mayor facilidad en justicia.

Cuando hablamos de prueba literal nos estamos refiriendo a las declaraciones de voluntad o declaraciones de conocimientos que constan en un documento.

Los documentos en los cuales constan dichas declaraciones, se denominan auténticos, cuando son redactados por una persona a la cual la ley le reconoce fe pública; mientras que aquellos que son redactados por las partes son denominados actos bajo firma privada.

Además de los dos tipos clásicos de documentos, la doctrina reconoce un tercer tipo de documentos, se trata del denominado documento oficial, que es aquel que emite un organismo público, al cual no se le reconoce fe pública.³⁵

El interés de la clasificación que precede radica en el valor probatorio; ya que, los actos auténticos tienen una fuerza probatoria mayor que la que tienen los actos bajo firma privada.

La superioridad probatoria del acto auténtico radica en que es instrumentado por una persona que además de ser ajena a los intereses que se desprenden del contenido del acto en cuestión, es decir, un tercero, es un oficial público al cual la ley de manera expresa le reconoce fe pública; Contrario a lo que ocurre con el acto bajo firma privada en el cual sólo intervienen las partes interesadas.

Como una forma de reconocer la superioridad probatoria del acto auténtico, el legislador establece de manera expresa que el mismo hace plena fe de lo convenido entre las partes.³⁶ Dicho contenido sólo puede ser cuestionado mediante la inscripción en falsedad.³⁷

35) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.5, pág.270.

36) Código civil Dom., artículo 1319.

37) Código civil Dom., artículo 1319.

De igual forma, puede considerarse como un reconocimiento a la superioridad probatoria del acto auténtico, el hecho de que el mismo puede ser ejecutado no obstante haber sido cuestionado mediante el procedimiento de inscripción en falsedad incidental, ya que, en este caso, contrario a lo que ocurre cuando la impugnación se hace mediante la inscripción en falsedad principal, el juez no está obligado a detener la fuerza ejecutoria del acto auténtico, sino que, la decisión de suspender o no dependerán de las circunstancias del caso, las cuales el juez aprecia de manera soberana.

El acto bajo firma privada, por el contrario, admite la prueba en contrario, no es necesario iniciar un procedimiento de inscripción en falsedad para cuestionarlo.

También, el acto auténtico tiene mayor valor que el acto bajo firma privada, en razón de que adquiere fecha cierta, sin necesidad de registro. Mientras que el acto bajo firma privada para adquirir la fecha cierta debe ser registrado.³⁸

No obstante todo lo indicado en los párrafos anteriores, conviene observar, que el acto bajo firma privada, adquiere fecha cierta sin necesidad de registro, en caso de que las partes hayan firmado el documento en presencia de un oficial público, como por ejemplo, en presencia de un notario.

Por otra parte, el acto redactado por las partes, pero firmado por éstas en presencia del notario o de otro oficial público, sería bajo firma privada en cuanto a su contenido y auténtico en cuanto a la firma y a la fecha.

2.1.2. | *La comunicación de documentos.*

Mediante la denominada comunicación de documentos, las partes pueden hacer valer los documentos en los cuales fundamentan sus pretensiones. Las reglas que deben seguirse en la implementación de la comunicación de documentos, están previstas en los artículos 49 y siguientes de la ley No. 834 del 15 de julio de 1978.

38) Código civil Dom., artículo 1328.

En principio, las partes deben comunicarse espontáneamente los documentos que pretenden hacer valer en apoyo de sus pretensiones.

En ese sentido le corresponde a la parte actora acompañar la demanda de los documentos en los cuales se sustenta. De igual forma, la parte adversa está en la obligación de comunicarle a la parte actora los documentos en los cuales apoya su defensa.

En ausencia de *comunicación espontánea* de los documentos, la parte interesada requerirá la comunicación de los mismos, mediante solicitud formal hecha al tribunal, quien la ordenará si la considera pertinente y útil.

Lo que se pretende con la comunicación de documentos es permitirles a las partes desarrollar adecuadamente la actividad probatoria. Actividad que debe desarrollarse respetando los principios constitucionales del proceso, particularmente, el de igualdad y el de contradicción.

Tanto lo relativo al principio de contradicción como en lo relativo al principio de igualdad lo desarrollaremos en el capítulo 3 y último de este trabajo. En tal sentido nos limitamos en esta ocasión a afirmar que dichos principios deben ser observado de manera estricta en el desarrollo de la actividad probatoria.

Otro aspecto de interés lo constituye la facultad que tiene el juez para constreñir a una de las partes, mediante *astreinte*, a depositar ante el tribunal documentos que tenga en su poder y no haya comunicado voluntariamente.³⁹ Esto es lo que se conoce como la comunicación forzosa de documentos.

Oportuna es la ocasión, para llamar la atención en el sentido de que con frecuencia la comunicación de documentos es desnaturalizada, ya que, en lugar de ser utilizada para garantizar la actividad probatoria y el derecho de defensa, se utiliza para entorpecer y retardar el proceso.

En ocasión se abusa de las denominadas “prorroga de comunicación de documentos” a la cual se recurre, generalmente para cubrir negligencias y en otros casos para retardar de manera deliberada el proceso.

39) Ley No.834, artículos 53 y 54.

Corresponde al abogado litigante tener presente su condición de auxiliar de la justicia y al juez la obligación de impedir que la medida que nos ocupa sea desnaturalizada y utilizada para fines contrarios a la buena administración de justicia.

2.2. | La prueba testimonial y el informativo.

2.2.1. | *La prueba testimonial.*

Como ya lo hemos indicado, en la materia civil la prueba por excelencia es la literal, no obstante, cuando de lo que se trata es de probar hechos, no declaraciones de acuerdos de voluntad o de conocimientos, la prueba testimonial es procedente.

En tal sentido, toda persona que haya visto u oído un hecho relevante para la causa, y claro está, siempre y cuando no sea parte en el proceso, puede ser oído como testigo, sea a requerimiento del juez o a requerimiento de parte interesada.

En principio, toda persona puede ser testigo. No obstante, hay personas que están adolecen de tachas, otros que están inhabilitados para ser testigos y otros que tienen el deber de no declarar.

En lo que se refiere a la tacha, tanto la doctrina dominicana como la jurisprudencia, sostienen que luego de la entrada en vigencia de la ley No.834 del 15 de julio de 1978, desaparecieron en nuestra legislación las causas de tacha. Si bien tal afirmación es correcta, conviene que hagamos las precisiones que se indican a continuación.

El hecho de ser asalariado o pariente de una de las partes, por ejemplo, no impiden que una persona sea testigo en un proceso, pero, las declaraciones dadas por una persona vinculada a una de las partes en la forma indicada, bajo ninguna circunstancias pueden tener el mismo valor que las declaraciones de una persona sin vínculos con las partes.

Es muy difícil, por no decir imposible, que una persona vinculada a una de las partes pueda producir declaraciones objetivas e imparciales.

En este mismo orden de ideas nos parece conveniente que en la legislación procesal civil, se contemplen las mismas causales procesales de tachas que existían antes de la modificación del año 1978, pero no para impedir que sea testigo una persona incurso en una de dichas causales, sino para que el juez la tome en cuenta al momento de apreciar y valorar sus declaraciones. Este es, por ejemplo, el sistema adoptado por la ley de enjuiciamiento civil española, que es el equivalente a un Código de procedimiento civil.⁴⁰

Contrario a lo que ocurre con las personas afectadas de una tacha, quienes están inhabilitados y los que tienen el deber de no declarar no pueden declarar como testigo. Una persona inhabilitada como testigo es, por ejemplo, un descendiente, en los agravios invocados por los esposos en las causas de divorcio.⁴¹ Mientras que entre los que tienen el deber de no declarar se encuentra aquellos que deben guardar el secreto profesional.

Por otra parte, conviene estar consciente de lo frágil e insegura que es la prueba por testigo. Dicha fragilidad e inseguridad, radica, según la doctrina, en los fallos de las facultades de percepción sensorial, más que en los fallos en la memoria.⁴²

Para fundamentar lo expresado anteriormente se sostiene que las declaraciones de dos verdaderos testigos presenciales (suponiendo incluso que la declaración se hace inmediatamente) difiere en pequeños detalles y en puntos esenciales.⁴³

No obstante admitirse la inseguridad de la prueba por testigo, la doctrina reivindica su utilidad, mostrándose contrario a que se descuide su práctica en los tribunales y a que se le niegue valor, y sugiriendo que la misma sea practicada y apreciada con el mayor esmero; ya que, en muchos casos, es la única prueba que existe.⁴⁴

40) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.43, pág.264.

41) Ley No.834, artículo 74.

42) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.45, pág.266.

43) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.45, pág.266.

44) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.45, pág.266.

2.2.2. | *El Informativo.*

El informativo testimonial, es el procedimiento o mecanismo mediante el cual se administra la prueba por testigo. Está reglamentado en los artículos del 73 al 100 de la ley No. 834 del 15 de julio de 1978.

Se trata de un mecanismo de administración de la prueba que está a la disposición de todos aquellos que son partes en el proceso, de ahí que cuando una parte hace uso del mismo, de pleno derecho se le concede a la otra parte el derecho a hacer uso del contrainformativo.⁴⁵

El valor del testimonio dependerá en gran medida de la objetividad del testigo, es por ello que en caso de varios testigos, estos son oídos de manera separada, para evitar la comunicación y con ello impedir que se ponga de acuerdo y presenten al tribunal unas declaraciones arregladas y acordadas.⁴⁶

Los indicados textos jurídicos contemplan dos tipos de informativo, el ordinario y el inmediato. El primero es ordenado de oficio o a requerimiento de parte y no se celebra en la misma audiencia en la cual se dispone, sino en otra audiencia que es fijada por el juez en la misma decisión que lo ordena.⁴⁷

Mientras que el inmediato, se conoce en la misma audiencia que se ordena y puede ser, también, a requerimiento de parte o de oficio.⁴⁸

2.3. | La prueba por perito y el peritaje.

2.3.1. | *La prueba por perito.*

Mediante este tipo de prueba, personas con conocimiento en un área de la ciencia o el arte y aún en un oficio, suministran al juez conocimientos y apreciaciones de hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso.⁴⁹

Aunque las informaciones que suministran los peritos se refieren a áreas

45) Ley No.834, artículo 73.

46) Ley No.834, artículo 77.

47) Ley No.834, artículos 94 y siguientes.

48) Ley No.834, artículo 100.

49) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.3, pag.282.

no jurídicas y en consecuencia, generalmente no conocidas a profundidad por el juez, dichas informaciones no se les imponen.⁵⁰

De igual forma, si el juez encontrare que el informe pericial no contiene los elementos importantes para darle solución al conflicto, pueden ordenar un nuevo peritaje, a cargo de uno o varios expertos.⁵¹

Con la finalidad de justificar la facultad que tiene el juez para valorar libremente el informe pericial, se afirma, que además de la formación jurídica que se le atribuye, también se le atribuye una personalidad humana madura, capaz de valorar con prudencia y sentido crítico los pareceres del perito o de los peritos.⁵²

Pero, no obstante reconocérsele al juez la facultad de apreciar libremente el informe pericial, los autores referenciados advierten, que dicha facultad no debe conducirlo a despreciar de manera incesante un dictamen bien fundado.⁵³

2.3.2. | *El peritaje.*

La administración de la prueba por perito se desarrolla, luego de su designación y juramentación, en dos fases. En la primera de las fases el perito o los peritos, según el caso, realizan el peritaje, es decir, la labor científica, técnica o artística; mientras que en la segunda fase presentan al tribunal los resultados de su trabajo, mediante un sólo informe, aunque se trate de más de un perito.

La presentación del peritaje al tribunal permite al juez y a las partes conocerlo y cuestionarlo. Además de la obligación de depositar en la secretaría del tribunal el informe pericial, los peritos, si el tribunal lo considera pertinente y útil, deben presentarse ante el tribunal a ofrecer las declaraciones que les requieran tanto las partes como el juez.

50) Código de procedimiento civil Dom., artículo 323.

51) Código de procedimiento civil Dom., artículo 322.

52) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.19, pág.292.

53) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.19, pág.291.

CAPITULO III LA ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

Introducción.

El derecho de probar los hechos alegados reconocido a las partes, debe ser enfocado como parte de un derecho de acceso a la justicia. De manera, que la posibilidad de probar los hechos alegados forma parte del derecho natural y constitucional de acceso a la justicia que le asiste a todos los que habitan de manera permanente o accidental en un sociedad determinada.

Por otra parte, en el desarrollo de la actividad probatoria deben observarse de manera estricta los principios orgánicos del proceso, particularmente el principio de igualdad, y el de contradicción, como garantía del debido proceso y de una correcta y adecuada administración de justicia.

En este orden de ideas, la doctrina sostiene que, que tanto el principio de igualdad como el principio de contradicción constituyen condiciones *sine qua non* para que se respete el derecho de defensa y haya debido proceso.⁵⁴

54) Arazi, Roland, La Prueba en el Proceso Civil, pag.33.

El principio de contradicción supone darle a la parte a la cual se le opone un documento la oportunidad, no sólo de cuestionar su contenido de fondo, sino también de cuestionar su autenticidad y exactitud.⁵⁵

3.1. | Derecho de acceso a la justicia y administración de la prueba.

En el primer tema de este libro se desarrolla ampliamente el derecho de acceso a la justicia, por ello en lugar de volver a repetir en esta ocasión preferimos remitir al lector a lo ya expuesto en dicho tema. De suerte que en esta ocasión, nos limitamos a exponer algunas ideas orientadas a establecer que la administración de la prueba constituye una parte del derecho de acceso a la justicia.

El acceso libre a la justicia supone que toda persona que habite en una sociedad determinada de manera permanente o no, tiene derecho a acudir ante los tribunales a reclamar los derechos que se le pretenden desconocer o ha defenderse de las imputaciones que les sean formuladas.

En relación al ciudadano, el derecho de acceso a la justicia supone un derecho; mientras que en relación al Estado, supone una obligación.

Se trata de un derecho amplísimo, que incluye otros derechos, como contar con tribunales y jueces preestablecidos y no creados a propósito de un caso particular, derecho a asesoría legal eficaz, así como derecho a probar los hechos alegados. De todos los derechos que conforman el acceso a la justicia, nos interesa retener, en esta ocasión, el relativo al derecho a la administración de la prueba.

La persona moral o física que acude a un tribunal, lo hace con la finalidad de exigir el cumplimiento de un derecho conculcado o de defenderse de imputaciones que le son formuladas. Pero si el Estado en el cumplimiento de la actividad jurisdiccional se limitara a permitir que el ciudadano acuda al tribunal, sin crear los mecanismos mediante los cuales dicho ciudadano pueda demostrar la existencia de los derechos reclamados o de

55) De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Ángel, obra cit., No.18, pág.277.

aportar las pruebas en las cuales fundamenten su defensa, el acceso a la justicia carecería de valor.

De manera que el derecho de acceso a la justicia, adquiere significado en la medida en que las partes en el proceso cuenta con los mecanismos adecuados para probar los hechos alegados y defenderse de las imputaciones que les son formuladas.

3.2. | Principio de igualdad y administración de la prueba.

El principio de igualdad debe ser respetado por el legislador al momento de elaborar la ley y por el juez al momento de aplicarla.

Las leyes procesales relativas a la administración de la prueba, así como las demás leyes no pueden crear privilegios en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra.⁵⁶

Es precisamente, para respetar el principio de igualdad, que en la administración de la prueba literal, no sólo una de las partes puede hacer valer documentos en apoyo de sus pretensiones sino ambas partes, y en las mismas condiciones. Esta exigencia es válida en el ámbito de la administración de las demás pruebas.

En lo que respecta al informativo, para respetar el referido principio de igualdad, el legislador le reconoce el derecho a la parte contra la cual declara un testigo, de presentar testigos favorables a su causa, mediante el mecanismo denominado *contrainformativo*.

En definitiva, la igualdad existirá en la medida en que no se establezcan excepciones que excluyan a uno de lo que se concede a otro en paridad de condiciones.

3.3. | Principio de contradicción y administración de la prueba.

Para que pueda existir el debido proceso, es necesario que la actividad

probatoria se desarrolle, con estricta observancia del principio de contradicción. Este principio se cumple en la medida en que ambas partes tienen la oportunidad de hacer valer sus pretensiones.

El principio de contradicción aparece consagrado en nuestra Carta Magna, ya que en ella se prohíbe condenar a una parte sin haberla oído o sin haberla citado de manera regular.⁵⁷

Es evidentemente, que al momento del legislador concebir este texto, no estaba pensando en el proceso civil, sino en el penal. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia le reconocen al mismo un alcance general y en consecuencia es aplicable a la materia civil.

Siendo la administración de la prueba una de las partes del proceso y probablemente la fase de mayor trascendencia, es obvio, que en su desarrollo no puede desconocerse el principio de contradicción. Es por ello, que el legislador al momento de darle contenido a los textos relativos a la administración de la prueba ha tenido muy en cuenta dicho principio.

En sentido general el principio de contradicción se respeta, en la medida en que las pruebas son presentadas y debatidas en audiencia pública y en presencia de las partes o de sus representantes o éstas debidamente citadas.

Es con la finalidad de garantizar el principio de contradicción que en la comunicación de documentos, no sólo se le exige a la parte que pretenda hacer valer un documento en apoyo de sus pretensiones, que lo comunique a la parte a la cual se lo opone, sino que dicha comunicación debe hacerse en tiempo oportuno, so pena de no ser tomado en cuenta en la sentencia.⁵⁸

La comunicación oportuna de los documentos a la parte adversa, le da a ésta, la oportunidad de estudiarlo y de cuestionarlo, si procediere, y en fin le permite ejercer el derecho de defensa.

56) Constitución, artículo 100.

57) Constitución, artículo 8 inciso 2.

58) Ley No. 834, artículo 52.

En lo que respecta a la prueba testimonial, como el informativo se desarrolla en audiencia pública y contradictoria, la parte contra la cual declara un testigo tiene la oportunidad de formular preguntas orientadas a defender sus intereses. De igual forma, al finalizar el informativo, puede hacer observaciones y cuestionamiento a las declaraciones contenidas en el acta de audiencia levantada al efecto.

Con el peritaje ocurre algo similar a lo expuesto en relación al informativo, ya que el informe suministrado por el perito o los peritos, es objeto de debate en audiencia pública y si fuere de interés de una de las partes, los peritos pueden ser llamados a explicar su informe y a responder las preguntas que les formule el juez o las propias partes.

BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

1. A. Roland. La prueba en el proceso civil,. 2da. Ed actualizada y aumentada, Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1998.
2. Chiovenda, José. Principios de derecho procesal civil", Tomo II, Madrid: Instituto Editorial Reus.
3. Couture, Eduardo J. Constitución y proceso procesal civil, Tomo II, Madrid: Instituto Editorial Reus.
4. De la Oliva, Andrés, Fernández, Miguel Angel. Lecciones de derecho procesal, Reimpresión de la 2da. Ed. Barcelona 1984.
5. Encyclopedie Dalloz, Repertoire de droit civil, Tome VIII, Preuve, 1999.

B) Legislación

6. República Dominicana. [ley]. Código civil. Santo Domingo, 1884.
7. República Dominicana.[ley]. Código de procedimiento civil. Santo Domingo, 1884.
8. República Dominicana.[ley]. Constitución. Santo Domingo, 1994.

PARTE II

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA. LA VALORACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

Xavier Abel Lluch

Magistrado y Profesor Ordinario
de la Escuela Judicial.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

En el presente módulo, que se inserta dentro de un Curso sobre constitucionalización del proceso civil en la República Dominicana, se vierten una serie de reflexiones que combinan la visión constitucional y procesal de la prueba en torno a tres grandes ejes temáticos:

1º) La configuración constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), con particular mención de su alcance –derecho a la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba-, de sus límites legales –pertinencia, utilidad y licitud- y de la indefensión como presupuesto fundamental de la protección del derecho a la prueba en el recurso extraordinario de amparo.

2º) Los principios procesales rectores de la actividad probatoria: con la relativamente reciente promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), se analizará y destacará la configuración de un proceso civil impregnado e inspirado por el principio de la oralidad, en concordancia con el mandato constitucional del art. 120.2 CE, y sus consecuencias inmediatas en la introducción de otros principios, como la inmediación, concentración y publicidad.

3º) La iniciativa probatoria. Se analizará a quién corresponde la dirección material de proceso en orden a la introducción de la prueba. Partiendo del principio dispositivo y de aportación de parte que constituyen ciertamente la inspiración fundamental del proceso civil, se pondrán de manifiesto aquellas facultades en las que se reconoce una cierta iniciativa probatoria de oficio.

La división tripartita expuesta permite adentrarse en el alcance constitucional del contenido del derecho a la utilización de los medios de prueba, revisar los principios inspiradores de la actividad probatoria y fijar los márgenes de actuación para la iniciativa probatoria de oficio.

1) Como abreviaturas más utilizadas y que pueden facilitar la comprensión del presente módulo citamos las siguientes, alfabéticamente ordenadas: 1) CE (Constitución Española de 1978); 2) LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil); 3) STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); 4) STS (Sentencia del Tribunal Supremo); ED (Editorial El Derecho. Repertorio de Jurisprudencia).

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA (ART. 24.2 CE).

Consiste en el derecho fundamental de toda parte en un proceso en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas, practicadas y valoradas por el Juez o tribunal en la sentencia o resolución judicial que resolviera la controversia, y su desconocimiento o vulneración, cuando produce indefensión material a la parte, es susceptible de tutela judicial mediante el recurso de amparo. Más precisamente la STC de 14 de febrero de 2000 define el contenido de este derecho como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso”.³

Veamos separadamente cada uno de los elementos que integran la definición propuesta.

3) STC de 14 de febrero de 2000, fto. jco. 3º (ED 2000/1145), la cual, a su vez, cita las SSTC 131/1995, de 11 de septiembre, 1/1996, de 15 de enero.

1.1. | La cuádruple exigencia constitucional: derecho a la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba.

Aun cuando una primera lectura del art. 24.2 LEC nos conduciría a limitar la exigencia del derecho a la prueba respecto de su admisión, una análisis más detenido de la norma, a partir de la doctrina y la propia jurisprudencia del TC, permite extender el alcance del derecho fundamental también a la proposición, práctica y a la valoración de la prueba.⁴

En efecto, el derecho a la prueba comprende *prima facie* y especialmente en el proceso civil, inspirado en el principio de aportación de parte, el derecho a la proposición de la prueba por las partes, pues corresponde a las partes la facultad y la carga de acreditar los hechos alegados en sus escritos de alegaciones. Y frente a la proposición de las pruebas de las partes, corresponde el correlativo e inexcusable deber judicial de pronunciarse sobre la admisión de las mismas, el cual deberá consistir en una resolución oral, expresa y explícita de admisión o inadmisión.⁵

Adviértase, por tanto, que frente a la proposición de la prueba por las partes, pueden recaer dos resoluciones distintas y ambas ajustadas a derecho y respetuosas con el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes: una resolución de admisión de prueba, cuando el medio de prueba propuesto reúna los requisitos de admisión, y una resolución de inadmisión de prueba, en caso contrario, la cual habrá de ser razonada, motivada y no arbitraria.

De ahí, por tanto, que el derecho a la proposición de los medios de prueba pertinentes no sea un derecho ilimitado (art. 24. 2 CE), sino que está sujeto al juicio de admisión del medio propuesto, siendo ésta una facultad que corresponde a los tribunales ordinarios. Así se razona, entre otras muchas, en STC 16 de julio de 2001.⁶

4) PICÓ JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: edit. Bosch, 1996. Págs. 21 a 30; y del mismo autor La prueba pericial en el proceso civil. Barcelona: edit. Bosch, 2001. Págs. 26 a 34.

5) Vide más ampliamente nuestro trabajo Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil, trabajo inédito y que formará parte del Libro Homenaje que se está preparando en memoria del Dr. Eduard Font Serra, fallecido el pasado mes de Diciembre de 2002.

6) STC 16 de julio de 2001, fto. jco. 2º (ED 2001/2658).

“...no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes...”.

Por otra parte, el juicio de admisión o inadmisión de la prueba propuesta debe ser expreso, no admitiéndose, como sucedía con las derogadas diligencias para mejor proveer, la posibilidad de diferir la resolución sobre la admisión o inadmisión a un momento posterior y distinto al de la proposición, mayormente en el proceso civil instaurado con la Ley 1/2000, de 7 de enero, en que la proposición y admisión de prueba se encuentra regida por la oralidad y la concentración. Semejante práctica, calificada como viciosa, entraña indefensión, puesta de manifiesto por la jurisprudencia. Así en la STS de 16 de enero de 2001.⁷, se dice:

Esta Sala, desde la sentencia de 18 de mayo de 1993 ha rechazado claramente la práctica viciosa y un tanto extendida de rechazar el recibimiento a prueba o práctica de alguna, con la fórmula “sin perjuicio de que se pueda acordar para mejor proveer”; constituye, como dice la mencionada sentencia “una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir y desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto que esta admisión o inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil “.

La prueba, oportunamente propuesta y debidamente admitida, debe ser practicada, pues de lo contrario no podría desplegar su virtualidad en orden a la convicción judicial. De hecho, la jurisprudencia del TC ha asimilado la no ejecución o práctica de la prueba admitida por negligencia del órgano jurisdiccional a una denegación tácita. Así, entre otras, la STC de 25 de septiembre de 1987.⁸, razona:

7) STS 16 de enero de 2001, fto. jco. 3º (ED 2001/28), la cual, a su vez, cita las SSTS de 18 de mayo de 1993 (ED 1993/4677); de 22 de noviembre de 1996 (ED 1996/9107); 13 de octubre de 1998 (ED 1998/23359) y 8 de febrero de 2000 (ED 2000/516).

8) STC 25 de septiembre de 1987, fto. jco. 3º (ED 1987/147).

“...ya que el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa, sobre todo, en concreto, porque la inactividad provino, no de la parte, sino inexplicablemente del propio Juez que la había admitido, y que luego, también inexplicablemente, hizo constar en los antecedentes de su sentencia que sí se había practicado. Objetivamente, pues, ello equivale a una inadmisión y, dadas las circunstancias, lógicamente no motivada o fundada...”.

Y, finalmente y como última exigencia constitucional del alcance del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes es la valoración de la prueba practicada. Si la prueba admitida, practicada con sujeción a sus requisitos legales, es omitida en la sentencia o resolución judicial que pone fin a la controversia, la actividad desplegada por la parte y por el órgano jurisdiccional resulta ilusoria y prescinde del designio fundamental de toda actividad probatoria, cual es la convicción judicial.

Semejante valoración, a veces soslayada mediante el fácil recurso del expediente a la apreciación conjunta de la prueba, integra el elemento fundamental de la motivación fáctica de la sentencia, cuya primacía (la de la motivación fáctica) es una aspiración de todo juzgador en la medida que ofrece una respuesta motivada a la concreta controversia suscitada. Y semejante motivación fáctica exige, entre otros factores, fijar cuáles de los hechos controvertidos han resultado acreditados y en virtud de qué pruebas, lo que presupone una valoración de las pruebas practicadas conforme a sus propias reglas.

1.2. | Los límites del derecho a la prueba: pertinencia, utilidad y licitud.

La pertinencia se erige en el parámetro fundamental de la admisión de la prueba, no solamente recogido en la dicción legal del art. 24. 2 CE —“...derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes...”—, sino también como criterio general para la admisión de la prueba, junto a la utilidad y la licitud (art. 283 LEC), apareciendo la pertinencia a menudo confundida con la utilidad, la necesidad o la relevancia en la propia jurisprudencia del TC.

Vamos, pues, a intentar delimitar estos conceptos, lo cual, exige efectuar las siguientes precisiones:

1) Los criterios de admisión de la prueba ya señalados (pertinencia, utilidad y licitud), cuyo examen corresponde a los tribunales ordinarios y sobre los que debe recaer el juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos. Por pertinencia entendemos la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba (*thema decidendi*). Por utilidad la idoneidad del medio de prueba para probar el hecho controvertido. Y, finalmente, por legalidad el ajuste a la ley en la “actividad dirigida a la incorporación de las fuentes del prueba al proceso”.⁹ Por su parte, la legalidad, como criterio de admisión de la prueba (art. 283.3 LEC) no debe confundirse con la licitud (art. 287 LEC), que se “refiere a las fuentes mismas y al procedimiento de su obtención”¹⁰, no pudiéndose valorar aquellas pruebas que en su origen u obtención se han violado derechos fundamentales.

2) La necesidad de la prueba, que no es un criterio de admisión de la prueba, pues, en principio, son las partes las que deben ponderar sus necesidades de prueba o la idoneidad de los medios de prueba propuestos para acreditar los hechos alegados, sin olvidar que no se puede confundir la innecesariedad de prueba que, insistimos no es un criterio de admisibilidad, con la impertinencia o inutilidad de la prueba propuesta. De este modo, podemos afirmar que serán inadmisibles, por impertinentes, pero no por innecesarios, los hechos no alegados, los hechos sobre los que exista conformidad o los hechos notorios.

3) La relevancia de la prueba, tampoco en sí misma considerada es un criterio de admisión de la prueba. Antes bien al contrario, el hecho relevante, como reiteradamente pone de manifiesto la Ley de Enjuiciamiento civil en diversos preceptos (arts. 217.1; 286.1; 774.2; 777. 2 LEC).¹¹, es el que debe ser objeto de prueba. Por hecho relevante debemos entender aquel que sea decisivo en términos del fallo. De ahí, por tanto que la rele-

⁹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “Comentarios al art. 287 LEC”. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t. II. Barcelona: Editorial Atelier, 2001. Pág. 1136.

¹⁰ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. “Comentarios al art. 287 LEC”. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t. II. Barcelona: Editorial Atelier, 2001. Pág. 1136.

vancia deba predicarse del hecho objeto de prueba y no del medio con el que se intente probar el hecho controvertido. Y, en todo caso y como precisa la STC de 16 de noviembre de 1998, “la relevancia o no de una prueba para la Sentencia se refiere a su importancia para la valoración de los hechos y para el sentido de la decisión jurisdiccional con independencia del resultado final de dichas valoración y decisión”.¹²

Entendemos, por ello, que cuando el TC sujeta la admisión de los medios de prueba propuestos a su “pertinencia”, en realidad, está dando a dicho término un doble alcance: a) el alcance propio y estricto de adecuación de la prueba propuesta con el *thema decidendi*; y b) el alcance más amplio de que el medio de prueba propuesto cumpla con los requisitos o parámetros de admisión de la prueba. Este doble alcance o sentido se puede advertir en la precitada STC de 14 de febrero de 2000.¹³, al razonar:

“Asimismo este Tribunal ha señalado que el art. 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser esta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales...”.

1.3. | La indefensión material como vulneración del derecho a la prueba.

Ya hemos anticipado que la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes es susceptible de protección a través del

¹¹) Debe advertirse que el legislador recurre en diversas ocasiones a la noción de “hecho relevante” en materia de prueba. Así, por ejemplo: a) para determinar la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba es necesario que “...al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión (art. 217. 1 LEC); b) para la admisión de hechos nuevos o de nueva noticia, se exige que “ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito” (art. 286.1 LEC); c) para la adopción de medidas definitivas en los procesos matrimoniales, y a falta de acuerdo, se podrá acordar la prueba “...que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión de las medidas a adoptar” (art. 774.2 LEC); d) para la acreditación de los hechos en los procesos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro “si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito (alude al escrito de demanda) se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo” (art. 777.2 LEC).

¹²) STC de 16 de noviembre de 1998, fto. jco. 5ª (ED 1998/24297).

¹³) STC de 14 de febrero de 2000, fto. jco. 2ª (ED 2000/1145).

recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, para que pueda prosperar tal invocación, la propia jurisprudencia exige, cuando menos, los siguientes requisitos:

1) Que se produzca una lesión del derecho fundamental. Por tal debemos entender que se haya producido una inadmisión de una prueba pertinente, una inadmisión carente de motivación o, finalmente, la inejecución de un medio de prueba propuesto y admitido.

2) Que semejante lesión sea decisiva en términos del fallo. O dicho de otra manera, que de haberse practicado la prueba inadmitida, denegada o no ejecutada, el resultado del fallo hubiera sido distinto. En palabras de la STC de 14 de febrero de 2000, “el Tribunal Constitucional sólo puede efectuar su revisión cuando las pruebas hubieran podido resultar decisivas para el pleito, cambiando el sentido del fallo”.

3) Que la vulneración del derecho fundamental haya producido indefensión material a la parte recurrente. En la doctrina.¹⁴ se ha propuesto que el llamado “juicio de indefensión” descansa en los siguientes elementos: a) La infracción de una norma procesal; b) La privación o limitación de los medios de defensa; c) La falta de imputabilidad al justiciable; d) El carácter definitivo y la falta de subsanación; e) La carga de especificar la defensa preterida, esto es, el recurrente en amparo debe especificar el contenido que habrá dotado a los trámites de prueba que estima preteridos; e) El juicio de incidencia, esto es, que la privación o limitación de las posibilidades de defensa haya supuesto en perjuicio al recurrente.

Y en parecidos términos razona la propia jurisprudencia del TC, entre otras en la precitada STC de 14 de febrero de 2000.¹⁵, al señalar que:

“De manera que sobre el demandante de amparo recae la carga de probar la indefensión material sufrida, lo cual tiene varias consecuencias concretas. El demandante debe acreditar “la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas” o admitidas y “no practi-

¹⁴) Seguimos en este punto a BORRAJO INIESTA, Ignacio; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y FERÁNDIZ FARRES, Germán. El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1995. 43p.

¹⁵) STC de 14 de febrero de 2000, fto. jco. 2ª (ED 2000/1143). En parecidos términos STC de 16 de noviembre de 1998, fto. jco. 2ª (ED 1998/24297) y STC de 11 de septiembre de 1995, fto. jco. 2ª (ED 1995/4413).

cadadas” (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, 167/1988, de 27 de septiembre, 52/1989, de 22 de febrero, 141/1992, de 13 de octubre, 131/1995, de 11 de septiembre, y 164/1996, de 28 de octubre), así como que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a “probar la trascendencia que la inadmisión (en este caso, la no práctica de la prueba) pudo tener en la decisión final del pleito, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiese admitido (o practicado), podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca el amparo” (SSTC 116/1983, de 2 de diciembre, 30/1986, de 20 de febrero, 149/1987, de 30 de septiembre y 357/1993, de 29 de noviembre)”.

Para cerrar este epígrafe puede resultar oportuno una síntesis de la doctrina constitucional que, siguiendo las directrices que indica la STC 16 de julio de 2001.¹⁶, puede efectuarse del modo siguiente: 1ª) El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) es un derecho fundamental e inseparable del derecho mismo de defensa; 2ª) No comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes; 3ª) Es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento; 4ª) El examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas corresponde a los jueces y tribunales y el TC puede controlar la inadmisión de pruebas relevantes sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o la falta de práctica de la prueba imputable al órgano judicial; 5ª) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa”; 6ª) Ello significa que el recurrente en amparo ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; y también deberá argumentar que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia.

¹⁶ STC 16 de julio de 2001, f. jco. 2º (ED 2001/2658).

CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA (LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO).

Aun cuando el análisis de los principios rectores del proceso civil es objeto de estudio más extenso en otro módulo de este mismo Curso, vamos a limitarlos a estudiar los principios rectores de la actividad probatoria, distinguiendo las fases de proposición, práctica y valoración de la prueba.

2.1. | En orden a la proposición de la prueba: la opción legislativa por el principio de aportación de parte y sus excepciones.

El proceso civil se asienta, como no podía ser de otra manera, en los principios dispositivo y de aportación de parte¹⁷, atribuyéndose a las partes una casi exclusiva carga en materia de proposición de prueba, y reconociéndose un cierto margen para la iniciativa probatoria de oficio.

¹⁷ En la doctrina procesalista se distingue entre los denominados “principios comunes a todos los procesos” (dualidad de partes, audiencia e igualdad) y los “principios específicos” del proceso civil (dispositivo y aportación de parte). Sobre tal distinción puede verse: MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Procesal. AAVV. T.I. 10ª ed., Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2000. Págs. 316 y ss; BERZOSA FRANCO, María Victoria “Principios del proceso”. Justicia, III, 553 y ss, 1992) y de la misma autora, “Los principios inspiradores del futuro proceso civil” en Presente y futuro del proceso civil, obra dirigida por J. PICO JUNOY. Barcelona: Ed. Bosch, 1998. Págs. 28 a 33.

Tal filosofía se desprende ya de la propia Exposición de Motivos, que aun con referencia al dictamen de peritos, dispone: “Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de una proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela de las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar”.¹⁸ Y con anterioridad, la misma Exposición de Motivos, razonaba: “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias...”¹⁹, añadiendo, más adelante, “De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho”.²⁰

A nivel positivo tal opción se concreta en los arts. 216 y 282 LEC, de los que se deduce inequívocamente que el legislador ha optado por el principio de aportación de parte en orden a la proposición de la prueba. El primero de ellos, erróneamente rubricado “principio de justicia rogada” –pues, en realidad, alude al principio de aportación de parte- ha supuesto, por primera vez en un texto procesal civil, la introducción del principio de aportación de parte, al atribuir a las partes, como regla general, la carga de introducir los hechos y las pruebas.

Y el segundo de ellos, muy significativamente rubricado “iniciativa de la actividad probatoria”, sienta, como regla general, que las pruebas se practican a instancia de parte y como excepción que el tribunal tendrá iniciativa probatoria de oficio cuando así lo establezca la Ley.

18) Exposición de Motivos LEC, Epígrafe XI, párrafo catorceavo.

19) Exposición de Motivos LEC, Epígrafe VI, párrafo primero.

20) Exposición de Motivos LEC, Epígrafe VI, párrafo segundo.

La misma jurisprudencia, aún con anterioridad a la promulgación de la vigente Ley 1/2000, se había encargado de recordar la vigencia de tales principios, entre otras muchas, en STS de 11 de septiembre de 1995, cuyo fundamento jurídico 2º, razona:

“En el ámbito concreto del proceso civil debe además tenerse en cuenta que el régimen de la prueba es un régimen básicamente legal que se rige por el principio dispositivo (pues no hay un interés público sino privado en disputa), de manera que corresponde a las partes no sólo solicitar la práctica de la prueba que estimen pertinente sino, asimismo, la reclamación o exigencia de su efectividad y mantener una activa colaboración para que la prueba se practique (STC 167/88)”.²¹

Será, por tanto, carga de las partes, no solamente la aportación de los hechos, sino también de las pruebas, o más precisamente, aportar las fuentes de prueba.

En efecto, y en virtud del principio de aportación de parte, corresponderá a las partes: a) La proposición de prueba en el juicio ordinario, sea en la fase de audiencia previa (art. 429.1 LEC), sea a modo de diligencias finales (art. 435. 1 LEC); b) La proposición de prueba en el juicio verbal (art. 443.4 LEC); c) La proposición de prueba en la segunda instancia, que se circunscribe básicamente a las pruebas no practicadas en la instancia por causas ajenas a la parte proponente (art. 460.2 LEC); d) La proposición de prueba a raíz del escrito de ampliación de hechos (art. 286 LEC); e) En la ilicitud de prueba, pues las partes podrán proponer prueba, una vez ellas mismas –o el juez de oficio- hayan suscitado la violación de un derecho fundamental en la práctica de la prueba (art. 287.1 II LEC); f) En la prueba anticipada, pues la partes interesadas en la práctica de tal naturaleza deberán formular la proposición de prueba en el mismo escrito de solicitud de prueba anticipada (arts. 293 y 295 LEC).

Sin embargo, el principio de aportación de parte sufre una serie de excepciones o, si se prefiere, de matizaciones. De manera muy acusada en los procesos especiales no dispositivos, como veremos más adelante, donde se reconocen unas amplias facultades para practicar pruebas de oficio

21) STS 11 septiembre 1995, fto. jco. 2º (ED 1995/4413).

(art. 752. 1, II LEC). Pero también, aun con menor intensidad, en los procesos dispositivos, en los que se confiere al juez la facultad de integrar la prueba propuesta por las partes (art. 429.1 II y III LEC) y excepcionalmente la adopción de diligencias finales de oficio (art. 435. 2 LEC).

2.2. | En orden a la práctica de la prueba: la opción legislativa por el principio de oralidad y sus consecuencias (inmediación, concentración y publicidad).

De las disposiciones generales sobre la práctica de la prueba (sección 3ª, Capítulo V, Título I, Libro II), se deducen una serie de reglas, expresión inequívoca de la apuesta legislativa por el principio de la oralidad, así como las consecuencias que se derivan de tal principio: la inmediación, la concentración y la publicidad.

Entre tales reglas, destacamos las siguientes:

- 1) La exigencia que las pruebas se practiquen con contradicción en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal (art. 289. 1 LEC). Exigencia de la que se deduce, en lo que aquí interesa, el principio de publicidad y oralidad.
- 2) La exigencia que las pruebas se practiquen a presencia judicial, particularmente respecto al interrogatorio de las partes y de testigos, el reconocimiento judicial, los medios de reproducción de palabra y sonido, y las explicaciones de los dictámenes periciales (art. 289.2 LEC). Exigencia de las que se deduce, en lo aquí interesa, el principio de inmediación y el de oralidad.
- 3) La exigencia que todas las pruebas se practiquen en unidad de acto, con las lógicas excepciones de las pruebas que hayan de practicarse con anterioridad al juicio o la vista o fuera de la sede del tribunal. Exigencia, que unida al hecho que la prueba se practica en una fase –audiencia previa en el juicio ordinario o vista en el juicio verbal- presidida por la oralidad, permite deducir la vigencia del principio de concentración y nuevamente el de la oralidad.

Por otra parte, la exigencia de la oralidad puede deducirse también de las normas específicas que disciplinan los distintos medios de prueba. Así, respecto del interrogatorio de parte (arts. 302.1; 303; 305; 306 LEC), respecto de la testifical (arts. 368, 369, 370.2; 372 LEC), respecto del dictamen de peritos (arts. 346 y 347 LEC), y respecto del reconocimiento judicial (arts. 354. 2 y 3, 355.1, 357.1 y 358.1 LEC).

2.3. | En orden a la valoración de la prueba: la opción legislativa por el principio de libre valoración de la prueba y la vigencia limitada del principio de prueba tasada.

En orden a la valoración de la prueba, y salvedad de la prueba documental (arts. 317 y 326 LEC) y con matizaciones la prueba del interrogatorio de partes (art. 316 LEC), la ley opta por el principio de libre valoración de la prueba, y así se deduce de las normas sobre valoración de la prueba contenidas en el interrogatorio de los testigos (art. 376 LEC), en el dictamen pericial (art. 348 LEC), en los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido (art. 382.3 y 284.3 LEC).

Y también en el reconocimiento judicial, que si bien no contiene regla valorativa alguna debe estarse a la doctrina jurisprudencial que establece que es de apreciación discrecional del juzgador de instancia.

CAPÍTULO III

LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA.

No obstante la opción legislativa por la iniciativa probatoria a instancia de parte (art. 282 LEC), ya comentada, de un análisis detenido de la Ley 1/2000, de 7 de enero, se desprenden diversas matizaciones o excepciones a esta regla general, que podemos agrupar en las siguientes cuatro grandes supuestos o facultades judiciales, en las que se reconoce un mayor o menor grado de iniciativa probatoria de oficio.

3.1. | La facultad judicial de integración probatoria (art. 429.1 II y III LEC).

La normativa del art. 429. 1 II y III LEC, que no figuraba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil remitido por el Gobierno a la Cortes en 1998 y fue introducida en tramitación parlamentaria, carece de antecedentes históricos en los Textos Procesales Civiles españoles, y otorga unas facultades de iniciativa probatoria hasta ahora desconocidas en el ordenamiento jurídico español.

Dicha normativa permite al juez español que, en la fase de proposición y admisión de prueba (audiencia previa en el juicio ordinario y vista en el juicio ordinario), pueda indicar la insuficiencia de los medios de prueba propuestos y que las partes, a raíz de la indicación del tribunal, pueda completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba.²²

En realidad, bajo la normativa del art. 429. 1 II y III LEC se comprende una doble facultad, a saber: a) la facultad judicial de indicación: que permite al tribunal poner de manifiesto que determinados hechos pueden resultar huérfanos de prueba; b) la facultad judicial de proposición: además de indicar el hechos o hechos que pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, el tribunal, puede señalar la práctica de la prueba o pruebas que considere oportunas para remediar tal insuficiencia probatoria. En todo caso, y ello es importante, tal facultad no otorga al tribunal la posibilidad de acordar pruebas de oficio, pues en última instancia, y con salvaguarda del principio de aportación de parte, la decisión de asumir, o no, la “propuesta” de prueba del tribunal reside en las partes.

La idea fundamental, por tanto, es que el juez, con anterioridad a la práctica de la prueba, puede indicar a las partes, a partir de las pruebas ya propuestas, que determinados hechos pueden verse afectados por la falta o insuficiencia de prueba. De ahí que, no obstante la diversidad de denominaciones doctrinales ya acuñadas para identificar la novedosa previsión.²³, nos encontremos ante una “facultad judicial de integración probatoria”, razonándose a continuación cada uno de los términos que integran esta denominación:

- 1) Facultad: el art.429.1, II y III LEC, otorga al juez una facultad, de carácter eventual y limitado.²⁴, pero no le impone un deber ni una obligación.
- 2) Judicial: si es cierto que en el ordenamiento procesal civil español se atribuye a las partes originariamente el proponer los medios de prueba (principio de aportación de parte), no es menos cierto que, una vez pro-

²² Un ejemplo práctico, planteado por el magistrado SEONE SPIEGELBERG, nos puede ilustrar sobre el alcance y la utilización práctica del precepto: “en un juicio sobre resolución de un contrato de arrendamiento urbano por desocupación de una vivienda, y alegada por la parte demandada como causa justificada del desuso una enfermedad con base en un informe médico poco significativo en contenido y fecha, se le invita a reclamar la remisión de su historial clínico en el centro en el que se afirma se halla ingresada”. El mismo magistrado que plantea el ejemplo, se pregunta “¿a quién se está favoreciendo con ello al actor o al demandado o sería más propicio en tal supuesto que se decidiese el debate aplicando las normas reguladoras de la carga de la prueba.? SEONE SPIEGELBERG, José Luis, La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones. Navarra: Aranzadi 2002. Págs. 32 y 33.

puestos tales medios por las partes, se confiere al juzgador la facultad de integrar la eventual insuficiencia de los mismos (facultad de integración).

3) Integración: la facultad del juez es de integración, no de corrección ni de advertencia, pues el juez sustituye o enmienda los medios de prueba propuestos por las partes. Es la expresión más acorde con la finalidad de la previsión legislativa, que no busca sustituir, ni enmendar, ni suplir la iniciativa probatoria de las partes.²⁵, sino completarla mediante la indicación de insuficiencia de prueba y, en su caso, propuesta para remediarla.

4) Probatoria: la facultad judicial versa sobre el tema de la prueba y, en particular, sobre los siguientes parámetros: la suficiencia o insuficiencia de los medios de prueba propuestos por las partes, la existencia o no de hechos afectados por tal insuficiencia y la facultad judicial de proponer prueba sobre los mismos.

Varias son las críticas que se han alzado contra dicha previsión normativa, particularmente las referidas a la pérdida de la imparcialidad judicial.²⁶ y a la quiebra del principio dispositivo. Sin embargo, y en nuestro entender, el tribunal mantiene su imparcialidad en la medida que no aconseja a una

23) Resulta ya significativa y muy expresiva la diversidad de denominaciones doctrinales empleada por autores que han comentado el artículo 429. 1 II y III LEC, que recogemos a continuación, ordenando los autores alfabéticamente: "indicación de insuficiencia probatoria" (ASENCIO MELLADO, José María, "Comentarios al art. 282". El Proceso Civil Práctico, t. IV. La ley, 2001. Pág. 37); "corrección de la insuficiencia probatoria" (BARONA VILAR, Silvia, "Comentario al art. 429". El Proceso Civil, vol. IV. Valencia: Edit. Tirant Lo Blanch, 2000. Págs. 3218 y 3219); "la facultad de <insinuación> de prueba" (CASAS COBO, Pedro Antonio, "Problemas del juicio ordinario en la nueva Lec en su primer año de vigencia". La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona: Editorial Bosch, 2002. Pág. 75); "la iniciativa del tribunal sobre proposición de prueba, ex art. 429.1 LEC" (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Derecho procesal civil. El proceso de declaración, obra de la que es autor junto con DIEZ-PICAZO, I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000. Pág. 274); "juicio de suficiencia de prueba" (FERNÁNDEZ SEIJO, José María, "De los procesos declarativos". Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Manuales de formación continuada, CGPJ, 2000. Pág. 154); "sugerencia de prueba" (GARBERI LLOBREGAT, José, Los Procesos Civiles, t.III. Barcelona: Editorial Bosch. Págs. 24 y 465; y tb. MARTÍN OSTOS, José Santos. "La prueba. Aspectos generales". "Instituciones del nuevo proceso civil", vol. II. Barcelona: Editora Dijusa, 2000. Pág. 204; PECES MORATE, Jesús Ernesto. Facultades judiciales para acordar la práctica de pruebas y plantear la tesis. Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social, Manuales de Formación Continuada, nº 7. CGPJ, Madrid, 2001. Pág. 159); "facultad del tribunal sobre la insuficiencia de la prueba propuesta"; (HOYA COROMINA, José, "Comentario al art. 429". Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II. Barcelona: Editorial Atelier. Pág. 1907); "posible intervención del tribunal en la proposición de la prueba" (LÓPEZ SIMÓ Francisco, Disposiciones generales sobre la prueba. Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Madrid. Editorial La Ley, 2001. Pág. 83); "facultad general" (MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid: Editorial Civitas, 2002. Pág. 139); "el control judicial sobre la suficiencia de las pruebas propuestas. El juez asistencial" (MORENO, Damián. "Comentario a los arts. 429 y 430". Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II. Valladolid: Editorial Lux Nova, 2000. Pág. 2157); "advertencia a las partes" (ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil, AAVV. Navarra: Aranzadi, 2002. Pág. 380); "sugerencia sobre la insuficiencia probatoria" (PICATOSTE BOBILLO, Julio César. "Disposiciones generales. Reconocimiento judicial. Presunciones". La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Jornada monográfica, A Coruña, 4 mayo de 2001. Pág. 11); "la iniciativa probatoria del juez civil" (PICO JUNOY, Juan. "Los principios del nuevo proceso civil". Instituciones del nuevo Proceso Civil, vol. I. Barcelona: Editora Dijusa. Pág. 43); "la facultad de anticipación" (enmienda núm. 114 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado al texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil remitido por el Congreso de los Diputados); "posible iniciativa del tribunal respecto de la proposición de prueba" (TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. "Comentario al art. 429". Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, vol. I. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001. Pág. 1416); "facultad de indicar la insuficiencia de prueba" (VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. "Las diligencias finales". En Instituciones del nuevo Proceso Civil, vol. II. Barcelona: editorial Dijusa, 2000. Pág. 551); "intervención del juez en materia probatoria" (VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco. "La prueba". La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. III. Editorial Tecnos. Pág. 17)

de las partes, sino a ambas, y en la medida que también desconoce el resultado de la práctica de la prueba propuesta. Y tampoco advertimos una quiebra del principio dispositivo, que inspira el proceso civil, pues mientras la alegación de los hechos forma parte de dicho principio, la prueba en cuanto dirigida a la formación de la convicción judicial, no guarda relación con dicho principio.

3.2. | La facultad judicial de acordar prueba de oficio en procesos especiales no dispositivos (arts. 752. 1, II; 759.1; 763.3; 767.2; 770.4º LEC).

La quiebra del principio de aportación de parte, y el mayor margen para la iniciativa probatoria de oficio, justificado en la existencia de un superior interés público –como recuerda constante jurisprudencia.²⁷, es patente en los procesos especiales no dispositivos.²⁸, tanto en disposiciones de carácter general (art. 752.1, II LEC), cuanto en los respectivos procesos especiales: incapacitación (art. 759.1 LEC), internamiento no voluntario forzoso (art. 763.3 LEC), filiación (art. 767.2 LEC) y proceso matrimonial "contencioso" (art. 770.4º LEC).

Ubicado en sede de las "disposiciones generales" del Título I del Libro IV, y por ende, aplicable a todos los procesos sobre capacidad, filiación, matri-

24) PICÓ JUNOY, Joan califica la iniciativa probatoria del art. 429.1 LEC como "eventual, facultativa y limitada" ("Los principios del nuevo proceso civil". Instituciones del nuevo proceso civil. Vol. I. Barcelona: Editora Dijusa, 2000. Pág. 54)

25) La SAP de Murcia de 15 de febrero de 2002, recaída ya en interpretación de la Ley 1/2000, razona: "b) Que no se ha quebrantado el artículo 429.1 de la LEC, pues el Tribunal no puede subsanar al amparo de la facultad que le confiere dicho precepto la omisión de los informes periciales que deben acompañarse con la demanda, artículo 336, la omisión del anuncio de dictamen cuando no se puedan aportar con la demanda, artículo 337, y la falta de solicitud en el escrito de demanda de designación judicial de perito, artículo 339 de la LEC. En definitiva, la facultad que le confiere el art. 429.1 LEC al Tribunal no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil". SAP de Murcia, secc. 3ª, de 15 de febrero de 2002, fto. jco. 2ª (ED 345/2001). Puede consultarse la sentencia también en COBO PLANA, Juan José, Doctrina de los Tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales interpretan y aplican en 900 Autos y Sentencias la Ley 1/2000. Barcelona: Dijusa, 2003. Pág. 399.

26) Vide, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Obra de la que es autor junto con I. DIEZ PICAZO GIMENEZ. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000. Págs 276 y 277; MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid: Ed civitas, 3ª Edición, 2002. Pág. 384.

27) Así lo recuerdan, entre otras muchas, las SSTS de 20 de julio de 2001, fto. jco. 5ª (ED 2001/28493); auto de 27 de febrero de 2001, fto. jco. 4ª (ED 2001/3513); de 24 de enero de 2001, fto. jco. 3ª (ED 2001/8); de 29 de marzo de 2000, fto. jco. 2ª (ED 2000/3849); de 21 de septiembre de 1999, fto. jco. 6ª (ED 1999/25991); de 4 de diciembre de 1998, fto. jco. 1ª (ED 1998/30750); de 28 de febrero de 1997, fto. jco. 2ª (ED 1997/1279); de 1 de julio de 1996, fto. jco. 1ª (ED 1996/3551); de 30 de diciembre de 1995, fto. jco. 2ª (ED 1995/7312) y de 28 de noviembre de 1995, fto. jco. 1ª (ED 1995/6339).

28) Bajo la denominación de "procesos especiales no dispositivos" englobamos los comprendidos en el Título I del Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y concretamente los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

monio y menores, el art. 752 LEC contiene diversas especialidades, no solamente cuanto a la iniciativa probatoria de oficio, en virtud del cual el tribunal podrá aplicar de oficio las que estime necesarias, sino también en orden a la introducción de hechos en el debate (es irrelevante el momento procesal de introducción de los hechos, art. 752.1 LEC), a la prueba de los hechos (no existe vinculación del tribunal por la conformidad de las partes, art. 752.2 LEC), y a la valoración probatoria (inaplicabilidad de las normas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de parte, de los documentos públicos y de los documentos privados, art. 752. 2 LEC).

La iniciativa probatoria de oficio en estos procesos es muy amplia y así literalmente el art. 752.1, II LEC dispone que *“sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio las que estime pertinentes”*, de cuya norma podemos extraer dos consecuencias: 1ª) No existe limitación en cuanto al número ni clase de pruebas que puedan practicarse por decisión judicial (principio de libertad en la práctica de la prueba). 2ª) El juez puede acordar la práctica de prueba de oficio, sin necesidad de la instancia de parte, y ni siquiera resulta condicionado por las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio Fiscal (principio de oficialidad).

Este principio de oficialidad resulta aún más acusado en los procesos de incapacitación y en los de internamiento no voluntario forzoso, en los que *ex officio iudicis* no solamente se faculta al juez para acordar determinadas pruebas, sino que imperativamente se le impone la práctica de determinadas pruebas, bajo sanción de nulidad de actuaciones.²⁹

Así, en el proceso de incapacitación el juez deberá *ex lege* practicar tres pruebas (art. 759 LEC): 1ª) Audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz. 2ª) Examen directo por el juez del presunto incapaz. 3ª) Dictámenes periciales en relación con la incapacitación y las medidas complementarias (ej. internamiento) solicitadas por las partes. Y otro

²⁹ La jurisprudencia ha señalado que la prueba del presunto incapaz es una prueba con trascendencia constitucional - STS de 15 de octubre de 2001, fto. jco. 2º (ED 2001/33575); STS de 4 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (ED 2000/2508); que el examen del presunto incapaz es materia de orden público que debe ser examinada de oficio - STS de 15 de octubre de 2001, fto. jco. 2º (ED 2001/33575)- y que la ausencia del examen del presunto incapaz es motivo de nulidad de actuaciones, con retroacción al momento de su práctica; STS de 4 de marzo de 2000, fto. jco. 2º (ED 2000/2508); STS de 20 de marzo de 1991, fto. jco. 5º (ED 1991/3017); SAP, Barcelona, sección 18ª, de 15 de mayo de 2000, fto. jco. 2º (ED 2000/27688); SAP, Burgos, sección 3ª, de 13 de septiembre de 1999, fto. jco. 3º (ED 1999/39239); SAP Cádiz, sección 1ª, de 15 de julio de 1999, fto. jco. 2º (ED 1999/45006); SAP, Cádiz, sección 2ª, de 9 de junio de 1999, fto. jco. 2º (ED 1999/4231).

tanto sucede con el proceso de internamiento no voluntario forzoso, en los que el juez vendrá obligado a practicar *ex lege* las siguientes pruebas (o trámites de índole probatorio del art. 763.3 LEC): 1ª) Examinar a la persona cuyo internamiento se solicite; 2ª) Oír a la persona afectada por la decisión; 3ª) Oír al Ministerio Fiscal; 4ª) Oír a cualquier persona que el juez estime oportuno, de oficio o a instancia de parte; 5ª) Oír el dictamen de un facultativo designado por el juez.

Con menor intensidad, en la regulación del proceso de filiación, no existe ninguna mención a la iniciativa probatoria, sea a la iniciativa de oficio, sea a la iniciativa de parte (art. 767 LEC), aun cuando por aplicación de la disposición general del art. 752 LEC, ya comentada, y por aplicación de la normativa del art. 339.5 LEC, que permite la designación de perito de oficio en los procesos de sobre estado y matrimoniales, no existe duda respecto a la posibilidad, también de oficio, de acordar en los procesos de filiación las pruebas que se estimen necesarias, y en particular las pruebas biológicas de investigación de la paternidad.³⁰

Y también se reconoce la iniciativa probatoria de oficio en el proceso matrimonial contencioso (art. 770, regla 4ª LEC), siquiera con dos particularidades. 1ª) Se limita el objeto de la prueba de oficio, en la medida que sólo se podrá acordar para: a) La prueba de las causas de separación, divorcio y nulidad; b) La prueba de las medidas derivadas de las mismas y que afecten a menores o incapaces. 2ª) Se concede una plazo excepcional para la práctica de la prueba de oficio, que se amplía hasta 30 días y respecto de las pruebas que no se pueden practicar en el acto de la vista propio del juicio verbal.

3.3. | La facultad judicial de complemento probatorio (art. 434 a 436 LEC).

Las centenarias diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881, que

³⁰ La STC 7/1994, de 17 enero, particularmente en su fundamento jurídico 3º (ED 1994/152) despejó las dudas sobre la constitucionalidad de las llamadas pruebas biológicas, afirmando la ausencia de vulneración de los derechos a la intimidad y a la integridad de las pruebas biológicas realizadas conforme a los parámetros constitucionales (principios de proporcionalidad y de necesidad), de modo que la intromisión en la integridad física (art. 15 CE) y la intimidad (art. 18 CE) sólo encuentra justificación suficiente en la medida que resulta imprescindible para la tutela de otros derechos de carácter preferente, como el derecho a conocer el origen biológico.

constituían la manifestación más genuina de la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español, han sido reemplazadas, con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, por las diligencias finales, encargándose de precisar ya la Exposición de Motivos de la LEC, que las nuevas diligencias se ha configurado “con presupuestos distintos de los de aquellas”.³¹

Mientras las diligencias para mejor proveer eran consideradas como “actos de instrucción ajenos al impulso procesal de parte y al principio dispositivo cuya finalidad es que el órgano judicial pueda formar o reforzar su convicción”.³², y se configuraban como una “facultad discrecional”.³³ del juzgador, en los que la petición de parte eran una llamada de atención, ahora las diligencias finales, como regla general, se acordarán a instancia de parte (art. 435. 1 LEC) y sólo excepcionalmente de oficio (art. 435. 2 LEC).

En efecto, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, se pueden distinguir las llamadas “diligencias finales ordinarias”, que son las que solo se pueden acordar a instancia de parte y constituyen la regla general, y las llamadas “diligencias finales extraordinarias”, que se pueden acordar indistintamente de oficio o a instancia de parte, y constituyen la excepción, sujeta a una serie de requisitos tasados legalmente, y de no fácil inteligencia.³⁴

De este modo puede afirmarse que las diligencias finales han supuesto un cambio terminológico, sistemático y sustantivo. Es obvio el cambio terminológico, siquiera la nueva expresión no contiene ningún matiz probatorio —como era el “mejor proveer”— y es ambigua, en cuanto una diligencia final es aquella que pone fin a un proceso, y tal no es la finalidad de la diligencia final.

31) Así en el epígrafe XII, párrafo onceavo, de la LEC, se dice: “La Ley suprime las denominadas <diligencias para mejor proveer>, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas” (La negrita es

32) SSTS de 7 de febrero de 2001, fto. jco. 2º (ED 2001/336); de 3 de junio de 2000, fto. jco. 1º (ED 2000/14576); de 7 de diciembre de 1996, fto. jco. 2º (ED 1996/8353); de 22 de noviembre de 1996, fto. jco. 1º (ED 1996/9107); de 15 de noviembre de 1996, fto. jco. 4º (ED 1996/7664); de 26 de enero de 1996, fto. jco. 1º (ED 1996/119); de 14 de noviembre de 1994, fto. jco. 3º (ED 1994/9317); de 20 de julio de 1993, fto. jco. 1º (ED 1993/7385); de 31 de mayo de 1993, fto. jco. 1º (ED 1993/5156); STS de 19 de octubre de 1992, fto. jco. 2º (ED 1992/10177); de 30 de abril de 1992, fto. jco. 1º (ED 1992/4168); de 6 de junio de 1991, fto. jco. 2º (ED 1991/5977); de 8 de octubre de 1990, fto. jco. 3º (ED 1990/9098); de 7 de julio de 1990, fto. jco. 3º (ED 1990/7332); de 11 de abril de 1989, fto. jco. 4º (ED 1989/3840); de 8 de julio de 1988, fto. jco. 3º (ED 1988/5989); de 2 de junio de 1987, fto. jco. 2º (ED 1987/4360); .STS de 19 de junio de 1971, fto. jco. 3º (ED 1971/383).mía).

33) SSTS de 9 de abril de 1998, fto. jco. 1º (ED 1998/2119); de 6 de octubre de 1993, fto. jco. 2º (ED 1993/8783); de 22 de septiembre de 1992, fto. jco. 2º (ED 1992/9034); de 20 de noviembre de 1991, fto. jco. 1º (ED 1991/11004); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (ED 1991/10578); de 6 de octubre de 1990, fto. jco. 1º (ED 1990/9067); de 26 de junio de 1990, fto. jco. 2º (ED 1990/6825); de 7 de septiembre de 1987, fto. jco. 2º (ED 1987/6230); de 28 de enero de 1972, fto. jco. 1º (ED 1972/29); de 15 de marzo de 1971, fto. jco. 2º (ED 1971/120).

También se ha operado un cambio sistemático, pues si las diligencias para mejor proveer del art. 340 LEC 1881 se ubicaban dentro del Libro de “Disposiciones comunes” a toda jurisdicción, contenciosa y voluntaria, y aplicables a todo tipo de proceso, las diligencias finales se ubican dentro del Título correspondiente al juicio ordinario, lo cual suscita dudas sobre su práctica en juicios distintos del ordinario y en instancias distintas de la primera.

Pero, sin lugar a dudas, el cambio más importante es el sustantivo, pues si las diligencias para mejor proveer constituían, como queda dicho, una facultad discrecional para completar el acervo probatorio ya existente en las actuaciones, dando entrada a la iniciativa probatoria de oficio, las diligencias finales parecen reguladas más bien a modo de segunda oportunidad probatoria.

Semejante regulación ha suscitado variadas críticas. Tanto por parte de quienes partidarios de reforzar el principio de aportación de parte, entienden que no es necesario efectuar una concesión, siquiera excepcional, a la iniciativa probatoria de oficio, y que tal concesión distorsiona los principios inspiradores del proceso civil.³⁵, hasta de quienes, por otra parte, advierten una nueva configuración de la iniciativa probatoria de oficio, bien porque se la condiciona a una previa instancia de parte (art. 435.1 LEC), bien porque se fijan requisitos o presupuestos para su adopción (art. 435.2 LEC), alguno de ellos de muy difícil justificación.³⁶

En todo caso, nos encontramos ante una “*facultad judicial de complemento probatorio*” puesto que:

1) **Facultad:** el artículo 435.2 LEC otorga al juez una facultad, siquiera excepcional, complementaria y limitada, sin que, por supuesto, exista ningún deber o carga por parte del juez o tribunal de acordar diligencias finales.

34) El art. 435. 2 LEC sujeta la adopción de las “diligencias finales extraordinarias” a cuatro requisitos: 1) Que la prueba verse sobre hechos relevantes y oportunamente alegados. 2) Que las anteriores diligencias de prueba hayan resultado frustradas. 3) Que la frustración en el resultado de las anteriores diligencias de prueba sea independiente de la voluntad y diligencia de la parte. 4) Que el juez tenga motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones de prueba permitirán adquirir certeza sobre los hechos controvertidos. Sin duda es éste último el requisito que suscita mayor crítica, puesto que incurre en el vicio o defecto que se pretendía erradicar con la supresión de las diligencias para mejor proveer, esto es, es de la amplia discrecionalidad judicial.

35) En este sentido HOYA COROMINA, José. “Comentario al art. 435”. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II. Barcelona: editorial Atelier, 2001. Pág. 1932.

36) MARTÍN OSTOS, José Santos. “Comentarios al art. 435”. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II. Valladolid: Ed. Lex Nova, 2000. Pág. 2192.

2) Judicial: si bien es cierto que las partes podrán solicitar diligencias finales, no es menos cierto que dicha facultad también se reconoce al juez. Se trata, por tanto, de una facultad judicial compartida en la proposición y una facultad judicial exclusiva en la resolución, pues solo al juzgador le corresponde, o no, la decisión de acordarlas.

3) Complemento: la facultad del juez es de complemento, no de suplantación ni de corrección de la actividad probatoria desplegada por las partes. Con las diligencias finales se pretende una actividad complementaria de prueba a la practicada por las partes, sin que en ningún caso la limitada iniciativa probatoria de oficio pueda suplir la inactividad de las partes.³⁷

4) Probatorio: la facultad judicial versa sobre el tema de la prueba y con ella se pretende que el juez, previa concurrencia de unos requisitos normativamente tasados y con carácter excepcional, pueda adoptar de oficio determinadas pruebas en orden a reforzar su convicción o, en palabras de la STS de 16 de marzo de 1993 –respecto de las diligencias para mejor proveer-, “con objeto, bien de formar, bien de completar su convicción respecto de los hechos controvertidos”.³⁸

3.4. | La intervención judicial durante la práctica de la prueba.

A nivel doctrinal se ha distinguido entre las “normas de dirección de carácter genérico” y las “normas de dirección de carácter específico”.³⁹, según hagan referencia a la ejecución de cualquier medio de prueba o guarden relación con un medio de prueba en concreto. Entre las primeras, y como fundamental, destaca la facultad de admisión o denegación de prueba (art. 285). Entre las segundas, podemos destacar:

1) Las normas específicas en el interrogatorio de parte: a) Decisión sobre la admisión de las preguntas (art. 302.2 LEC); b) El deber de repeler las

³⁷ SSTS de 3 de junio de 2000, fto. jco. 1º (ED 2000/14576); de 8 de febrero de 2000, fto. jco. 2º (ED 2000/2107); de 15 de julio de 1997, fto. jco. 2º (RJ 1997/6154); de 1 de abril de 1997, fto. jco. 2º (ED 1997/2110); de 30 de enero de 1997, fto. jco. 2º (ED 1997/188); de 7 de diciembre de 1996, fto. jco. 2º (ED 1996/8353); de 15 de noviembre de 1996, fto. jco. 4º (ED 1996/7664); de 15 de noviembre de 1996, fto. jco. 4º (ED 1996/7664); de 30 de abril de 1992, fto. jco. 1º (ED 1992/4168); de 8 de noviembre de 1991, fto. jco. 4º (ED 1991/10578); de 21 de septiembre de 1991, fto. jco. 8º (ED 1991/8815); de 7 de julio de 1990, fto. jco. 3º (ED 1990/7332); de 2 de junio de 1987, fto. jco. 2º (ED 1987/4360); de 30 de junio de 1977, fto. jco. 1º (ED 1977/208); de 9 de mayo de 1974, fto. jco. 1º (ED 1974/370).

³⁸ STS de 16 de marzo de 1993, fto. jco. 4º (ED 1993/2638).

preguntas impertinentes o inútiles (art. 306.1 LEC); c) Solicitud de aclaraciones y adiciones (art. 306, 1, II LEC); d) Apercebimiento de ser tenido por confeso (art. 307.2 LEC); e) Decisión sobre si un tercero, llamado a declarar sobre hechos no personales, puede hacerlo en calidad de testigo (art. 308 LEC); f) Cita de la persona que ha intervenido en hechos de que no puede dar cuenta el representante de la persona jurídica (art. 309 LEC); g) Práctica del interrogatorio domiciliario (art. 311. 1 LEC); h) Declaración de pertinencia de las preguntas en el interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC); i) Declaración de pertinente en el interrogatorio en casos especiales (art. 315 LEC).

2) Las normas específicas en la documental. a) Inadmisión de documentos aportados extemporáneamente (art. 272 LEC); b) Facultad excepcional de reclamar que los libros de los comerciantes se presenten a presencia judicial (art. 327 LEC); c) Formular requerimiento para que los documentos solicitados de exhibición sean aportados al proceso (art. 329.2 LEC); d) Requerir la exhibición de documentos por terceros no litigantes (art. 330 LEC); e) Solicitar la expedición de certificaciones y testimonios y la exhibición de documentos que obren en sus dependencias y archivos, por parte de entidades oficiales (art. 332 LEC).

3) Las normas específicas en la declaración de testigos: a) Valoración sobre si el menor de 14 años tiene discernimiento necesario para declarar como testigo (art. 361, II LEC); b) Limitar el número de testigos (art. 363, II LEC); c) Práctica de la declaración domiciliaria del testigo (art. 364 LEC); d) Alteración del orden de declaración propuesto para los testigos (art. 366.1 LEC); e) Interrogar al testigos sobre circunstancias relativas a su imparcialidad (art. 367.2 LEC); f) Interrogar al testigo para aclaraciones y adiciones (art. 372.2 LEC); g) Decisión sobre la admisión de preguntas (art. 368.2 LEC); h) Deber de repeler las preguntas impertinentes o inútiles; i) Acordar de oficio careos entre testigos (art. 373. 1 LEC); j) Acordar de oficio careos entre testigos y partes (art. 373.2 LEC); k) Cita de las personas cuyo testimonio sea pertinente y útil en declaraciones de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381. 3 LEC).

³⁹ Vide esta distinción en PICÓ JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: editorial Bosch, 1996. Pág. 272.

4) Las normas específicas en el dictamen de peritos: a) Designación judicial del perito (art. 339, 1, 2, y 3; art. 349.3 LEC); b) Formular preguntas a peritos sobre objeto del dictamen (art. 347.2 LEC); c) Ampliación del dictamen pericial cuando los peritos hayan sido designados de oficio (art. 347.2 LEC); d) Acordar de oficio la presencia de peritos en el juicio o vista (art. 338.2 y 346 LEC).

5) Las normas específicas en el reconocimiento judicial: a) Iniciativa para determinar la amplitud del reconocimiento (art. 353 LEC); b) Adopción de medidas necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento (art. 354 LEC); c) Oír observaciones o declaraciones de partes, abogados o procuradores en el reconocimiento judicial (art. 354.4 LEC); d) Realización del interrogatorio para el reconocimiento de personas (art. 355 LEC); e) Acordar la práctica del interrogatorio a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal (art. 355.1 LEC); f) Práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial (art. 356.1 LEC); g) Determinar que el interrogatorio de los testigos, o de parte, se practique a continuación del reconocimiento judicial (art. 357 LEC).

6) Las normas específicas en la prueba de medios de reproducción de palabra, imagen y sonido: a) Acordar la transcripción literal de palabras y voces filmadas o grabadas (art. 383. 1, II LEC); b) Acordar los medios que se dispone utilizar por parte del tribunal para el examen de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (art. 384. 1 LEC).

CAPÍTULO IV

LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN TEXTOS SUPRANACIONALES.

También en textos supranacionales se reconoce la iniciativa probatoria de oficio en términos muy amplios. En concreto, podemos mencionar el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica y los “Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure”.

4.1. | Código procesal civil modelo para Iberoamérica.

Fruto del trabajo de juristas iberoamericanos y europeos convocados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, redactado por los profesores uruguayos Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello, y que recoge, resumidamente expuestas, las siguientes manifestaciones de iniciativa probatoria de oficio:

1º) Respecto los principios generales: si bien se recoge que, con carácter

general, la iniciativa del proceso corresponde a las partes, se reserva la iniciativa de oficio del proceso a los casos establecidos por la ley (art. 1), confiando al tribunal en todo caso la dirección (art. 2) e impulso del proceso (art. 3), así como la necesidad de preservar la igualdad procesal (art. 4).

2º) Respecto a las facultades y deberes del tribunal: a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, la iniciativa probatoria de oficio se configura no solamente como una facultad del tribunal (arts. 33. 4º y 5º), sino incluso como un deber, de cuyo incumplimiento se puede derivar responsabilidad para el juez (art. 34.2).

En efecto, la iniciativa probatoria de oficio se contempla: a) como una facultad general del juez: puesto que tiene como finalidad “*esclarecer la verdad de los hechos controvertidos*” y como único límite legal “*el derecho de defensa de las partes*” (art. 33.4º). b) como una facultad específica en relación con determinados medios de prueba: dado que respecto de los testigos, los peritos y las partes puede, sin sujeción a límite temporal, “*requerir las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito*” (art. 33.5º) y c) como un deber del juez: la necesidad de fallar en todo caso (art. 34.1) comporta que “*la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes*” (art. 34.2) se convierta en un deber judicial, expresamente configurado como tal deber y, en consecuencia, sujeto a responsabilidad en caso de incumplimiento.

4.2. | Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure.⁴⁰

Es fruto de un proyecto que arranca en el año 1999 bajo los auspicios del “The American Law Institute”, dirigido por Lance Liebman.⁴¹ y que a partir del año 200 fue compartido con la Unidroit. Persigue establecer unas reglas del proceso civil que puedan ser comunes a los países anglosajo-

⁴⁰ Me refiero al borrador presentado el 30 de marzo de 2001 (“Discussion Draft nº 2 of Principles and Rules of Transnational Civil Procedure”) que puede consultarse en internet en: www.ali.org/ali/ProjectsOnline.

⁴¹ No obstante, en su presentación Lance Liebman atribuye la iniciativa del novedoso proyecto a Geoffrey Hazard, anterior director del “The American Law Institute”, junto a Michele Taruffo, profesor de la Universidad de Pavia.⁴¹ No obstante, en su presentación Lance Liebman atribuye la iniciativa del novedoso proyecto a Geoffrey Hazard, anterior director del “The American Law Institute”, junto a Michele Taruffo, profesor de la Universidad de Pavia.

nes (“common law”) y continentales (“civil law”). Actualmente la iniciativa no se ha culminado y se encuentra aun en fase de futuras revisiones.⁴² Contiene Principios Fundamentales y Reglas.

Entre los Principios fundamentales destacamos los siguientes: a) La instancia de parte en la iniciación del proceso y la delimitación del ámbito de la controversia, con prohibición expresa de la iniciativa de oficio (Principio nº 8); b) La responsabilidad del tribunal en la dirección del proceso, procurando la igualdad de armas y el desarrollo del litigio en un tiempo razonable (Principio nº 9); c) La responsabilidad de las partes, a quienes se atribuye la responsabilidad de proporcionar la prueba que sostenga sus alegaciones (Principio nº 11).

De manera muy particular merece subrayarse el principio nº 19, rubricado expresivamente “Responsabilidad del tribunal en la determinación de la ley y de los hechos”, y que otorga al juzgador, entre otras, tres facultades relevantes en materia probatoria: 1ª) La facultad de acordar el recibimiento a prueba de oficio (Principio nº 19.4). 2ª) La facultad de indicar los puntos relevantes objeto de prueba, así como los medios de prueba idóneos para resolver estos puntos (Principio nº 19.7). 3ª) La facultad de designar perito de oficio (Principio nº 19.8).

La redacción inglesa literal del Principio nº 19.7 es como sigue: “*The court controls the consideration of evidence by giving directions as to the relevant issues on which it requires evidence, as well as to the nature of the evidence required to decide those issues*”. De dicha redacción podemos extraer tres conclusiones:

1ª) El tribunal, en concordancia con lo establecido en el Principio nº 9, puede participar activamente en el desarrollo de la prueba, asumiendo *motu proprio* el control de su relevancia, suficiencia e idoneidad (esto es, “*to control the consideration of evidence*”).

2ª) El tribunal puede indicar a las partes los puntos esenciales sobre los que debe versar la prueba (esto es, “*to give directions as to the relevant issues on which it requires evidence*”).

⁴² Según se desprende de la introducción del borrador una próxima revisión de este documento está prevista que culmine en el año 2002 ó 2003.

3ª) El tribunal puede incluso indicar la clase de prueba idónea para decidir los puntos controvertidos esenciales (esto es, “*to give directions as to the nature of the evidence required to decide those issues*”).

Por otra parte, entre las Reglas destacamos igualmente aquellas que otorgan facultades probatorias de oficio al tribunal: a) En el desarrollo general de caso, permitiendo al tribunal asumir una intervención activa en el proceso, dando reglas sobre la admisión o denegación de prueba, especificando los hechos objeto de prueba admisible y fijando el orden de la prueba y, de conformidad con la ley nacional, ordenando la aportación de documentos o testimonio de las personas sujetas a la autoridad del tribunal (Regla nº 23); b) Acordar de oficio la declaración de un testigo y el requerimiento de un documento, en poder de las partes o de un tercero (Regla nº 25); c) Acordar de oficio el dictamen pericial (Regla nº 26).

Como puede deducirse de las Reglas nº 25 y 26 las facultades de intervención del tribunal en las pruebas documental, pericial y testifical son muy amplias, y si bien se reconoce la instancia de parte en todas y cada una de dichas pruebas, es de señalar que la práctica de las mismas de oficio no se condiciona o subordina a requisito distinto del de su pertinencia, a juicio del tribunal.

Incluso en la previsión de la regulación de la prueba pericial puede deducirse un mandato explícito al tribunal en el sentido, no ya de facultarle, sino de instarle a la adopción de una prueba pericial de oficio cuando, a su juicio, estime que puede ser útil para la resolución del caso.⁴³, que contrasta con la regulación restrictiva de la pericial de oficio en nuestro ordenamiento jurídico-procesal, en principio.⁴⁴ reservada para los procesos matrimoniales y de estado (art. 339.5 LEC).

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier. “Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil”. Artículo inédito, a formar parte dentro del Libro Homenaje al Dr. Eduard Font Serra, actualmente en prensa.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime (coord). Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Barcelona: editorial Dijusa, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. El proceso de declaración. Madrid: editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel; RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona: editorial Atelier, 2000.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio (coord). Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1993. 926p.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional. Valencia: editorial Tirant lo

Blanch. 10ª edición, 2000.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C 1/2000. Barcelona: editorial Bosch, 2001.

PICÓ JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: Editorial Bosch, 1996. 446p.

PICÓ JUNOY, Joan: “Los principios del nuevo proceso civil” en Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Vol. I. Barcelona: editorial Dijusa, 2001.

SEONE SPIELGELBERG, José Luis, La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones. Navarra: editorial Aranzadi, 2002.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Barcelona: editorial Bosch, 2000.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Contribución al estudio de la prueba”, en Estudios de Derecho Procesal. Ed. Ariel, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Liberalización y socialización del proceso civil. <Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales>”. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972.

⁴³ La redacción original de la Regla 26.1, en la parte que interesa, es literalmente: “The court must appoint a neutral expert or panel of expert whenever required to do so by forum law and may do so when the court determines that expert evidence may be helpful in resolving issues in the case.”

⁴⁴ Hacemos una reserva al señalar “en principio” ante la posibilidad de estimar viable una pericial de oficio en procesos distintos de los previstos en el art. 339.5 LEC y como diligencia final al amparo del art. 435.2 LEC.

MODULO VI

**EL DERECHO A
RECURRIR COMO
UN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**EL DERECHO A LOS
RECURSOS COMO DERECHO
CONSTITUCIONALMENTE
RECONOCIDO**

PARTE I

EL DERECHO A RECURRIR COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

Nieves Luisa Soto

Magistrada



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

La jurisdicción como función monopólica del estado, cuyo objetivo es dirimir las controversias entre los entes sociales, encuentra su fundamento en la prohibición de hacer justicia por sus propias manos, para de esta manera lograr la preservación del valor paz social.

La actividad jurisdiccional en nuestro esquema de división de poderes se atribuye al Poder Judicial, integrado por los tribunales de distintas características, que por la diversidad de materias y situaciones impone una división del trabajo judicial.

Esta división de tarea, se realiza a partir de las Reglas de Competencia, la cual es definida por el autor Loutayf Ronea como la capacidad o aptitud que tiene un tribunal para ejercer la jurisdicción en aquellos supuestos en que le corresponde hacerlo conforme a criterios legales de determinación de su ejercicio.¹

Así pues las Reglas de Competencia vienen a determinar los supuestos en que cada tribunal debe ejercer la potestad jurisdiccional, el ordenamiento jurídico resolverá de esta manera si la cuestión litigiosa debe ser sometida al conocimiento de un tribunal determinado, y en la conformación de los diferentes tribunales nos encontramos con aquellos que tienen su función para conocer como tribunal de revisión o segundo grado, con la regla de distribución de la competencia la cual viene dada por el denominado criterio funcional, en este aspecto sostiene Palacio²: Pauta a partir de la cual se atribuye a distintos tribunales su intervención en la etapa del proceso.

A su vez la Atribución Funcional de la Competencia reconoce dos variantes: la Horizontal y la Vertical, siendo esta última la que interesa a los fines del presente tema a desarrollar, esto así, porque la verticalidad es la que nos permite la posibilidad procesal de que las partes puedan tener derecho a un doble examen de la litis, actuando el órgano judicial de segunda instancia en función revisora de lo resuelto por el tribunal correspon-

1) Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de Los Andes, Provincia de Neuquén, República de Argentina, del 5 al 9 de Octubre del 1999). Morillo, Augusto Mario et. al., Edición Talleres Gráficos de Flamini Impresiones, Noviembre de 1999, Pág. 83.

2) Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de Los Andes, Provincia de Neuquén, República de Argentina, del 5 al 9 de Octubre del 1999). Palacio, Lino et. al. "Derecho Procesal Civil", Edición Talleres Gráficos de Flamini Impresiones, Noviembre de 1999, Pág. 84.

diente del primer grado, de ahí que el verticalismo es una consecuencia directa del recurso o derecho a recurrir.

Es oportuno definir, ya que nos referimos a la variante horizontal cual es su concepto, la concepción viene dada, en el sentido de que todo Juez en su Tribunal, es soberano en su esfera y solo ésta sometido al imperium normativo constitucional e infraconstitucional, más no a la voluntad de un órgano superior, el Juez tiene poder decisorio en tanto y en cuanto a la norma jurídica se lo atribuyen, pero no en modo alguno supeditado a la voluntad omnímoda de su superior jerárquico.

En este sentido a nuestro entender unos de los criterios en los cuáles se fundamenta el derecho a recurrir viene por la tarea discrecional que tiene el Juez en la aplicación de derecho, de ahí que toda decisión puede estar sujeta a adolecer de defectos ya sea consistente en irregularidades de algunos actos externos que la integran o de actos procesales que le procedan, o bien que el Juez no ha sido guardián del debido proceso de ley en la instrucción del proceso o bien padecer de defectos en la función lógica que ha llevado al Juez a emitir el fallo, dando lugar a una sentencia injusta, por atribuir a la ley una voluntad distinta de la que realmente tiene, de ahí que la impugnación o recurso es la vía que le permite al justiciable mejorar o enmendar la sentencia que en principio lo ha perjudicado.

Actualmente todos los ordenamientos procesales establecen con mayor o menor extensión un sistema de recurso dirigidos a impugnar las decisiones judiciales, pero lo que se cuestiona es, si la posibilidad de Revisión o la Doble Instancia es considerada como una garantía del proceso y como garantía que es, si esta es vinculante al Derecho Constitucional.

El objetivo de la presente exposición jurídica, es enfocar desde la perspectiva constitucional, si el derecho a los recursos en el Proceso Civil Dominicano es o no un Derecho Constitucional o si solo tiene la significación propia de la legalidad ordinaria y siguiendo el razonamiento de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal en materia constitucional, si un Proceso Civil reducido exclusivamente a la primera instancia será un proceso que respondería plenamente al referente constitucional del proceso con todas las garantías.

CAPITULO I

EL DERECHO A LOS RECURSOS.

CONCEPTOS Y CARACTERÍSTICAS.

El Recurso es la vía impugnativa establecida por el legislador procesal, la que se interpone por ante el órgano jurisdiccional supremo en jerarquía, fundado en motivo normativamente determinado y que persigue la revocación o reformatión de una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha obtenido por medios ilícitos o irregulares, prescindiendo o incorporando nuevos elementos probatorios, los que de haberse conocido con anterioridad al indicado habría cambiado fundamentalmente la decisión.³

De la definición descriptiva formulada precedentemente, se desprenden las características básicas de este instituto. En doctrina, el medio impugnativo denominado recurso, es caracterizado como el instituto que tiende a evitar la obtención de la cosa juzgada y siempre se funda en vicios propios del proceso en cuestión, ya sea en “*in procedendo*” [déficit de actividad en el proceso: los que pueden observarse tanto en el procedimien-

³) VII Congreso Nacional de Derecho Procesal: hacia una justicia más efectiva (Termas de Río Hondo del 19 al 22 de Mayo de 1993). “Una Desviación Práctica de los Recurso Ordinarios de Apelación y Nulidad”, Editora Talleres Gráficos de La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina, Agosto, 1996, pág. 103.

to como en las decisiones judiciales en si misma] conforme a la clasificación de vicios procesales formulada por Calamandrei , o “*in iudicando*” “[decisión que se considera injusta], lo resuelve, en general, un órgano superior.

Los Recursos concedidos a las partes intervinientes en un Proceso, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancia de carácter burocrático que como garantías a los súbditos sometidos a una decisión de autoridad, era mas bien un instrumento jurídico en manos de la realeza destinado a afirmar sus derechos de soberanía frente a las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas. La apelación se constituye en el medio a través del cual el monarca absolutista recobra su jurisdicción prístinamente delegada, a los efectos de poder ejercitar un control directo o indirecto por medio de la cámara de apelaciones, sobre la actividad desplegada por sus delegados.

De esta característica participaban también los recursos contra las sentencias, entre ellos, fundamentalmente el de Apelación; de allí incluso, que se admitiera el *reexamen de oficio del caso*, sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior; y su finalidad mas bien era del control ejercido por los superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado comprendido en ella no solo la formación del procedimiento y su solución sino también en ocasiones la fundamentación de las decisiones y la valoración que esos tribunales inferiores hacían del material incorporado al procedimiento.

Hoy en día en nuestra legislación el reexamen esta limitado en los ordinarios: Recursos de Apelación y Oposición cuyo fundamento es el agravio, y en los extraordinarios Recursos de Tercería, Revisión Civil, y Casación por los motivos taxativamente establecidos y los agravios con ellos relacionados.

CAPITULO II

LA INSTANCIA ÚNICA Y/O DOBLE INSTANCIA.

En los ordenamientos que preservan la división del proceso en diversas instancias, existe competencia en razón del grado, con carácter funcional y en sentido vertical.

Según sostiene Palacio.⁴ Con la Competencia Funcional se pauta o se atribuye a distintos tribunales su intervención en las diversas etapas del proceso". Se parte entonces de la existencia de dos instancias o grados conforme a un solo proceso. Una Primera Instancia donde se decide en origen la pretensión, la solicitud de solución jurisdiccional del conflicto que se procura ante el tribunal, y una Segunda Instancia en la cual un Tribunal de Grado Superior distinto del primero, cumple la función limitada de revisar lo decidido por el Primer Tribunal, y se dice limitada por cuanto solo pondrá su visión crítica en aquellos aspectos del fallo del primer tribunal, que las partes decidan someter a revisión.

Esto ocurrirá en los sistemas que así lo prevean, puesto que puede ocu-

⁴ Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de Los Andes, Provincia de Neuquén, República de Argentina, del 5 al 9 de Octubre del 1999). Morello, Augusto, et. al., Edición Talleres Gráficos de Flamini Impresiones, Noviembre de 1999, Pág. 84.

rrir que el legislador resuelva adoptar como regla de competencia funcional la Instancia Única.

En nuestro ordenamiento jurídico se contempla los dos sistemas. Esta dualidad de alternativas ha suscitado y suscite un amplio debate doctrinario, sobre la benignidad y reparos que merecen uno y otro régimen.

En este aspecto afirma, Jorge V. Acosta⁵ nos refiere que "Si la controversia sobre la necesidad de la Apelación reconociera fundamentos puramente jurídicos, ya a esta altura del debate, alguien de las partes en pugna habría podido demostrar lógicamente la superioridad de sus razones. Pero ocurre que el punto no es de índole jurista, sino político, por lo que el desacuerdo subsistirá en los términos de las doctrinas que lo informen"⁶, esta opinión nos parece aceptada pues tal como lo plantea Acosta, será el legislador que mediante la adopción de la Instancia Única o de la pluralidad de ellas fijara la política judicial del estado en esta materia.

Sostiene el citado autor: "La cuestión no puede, en consecuencia, vincularse a teoría alguna sobre la juridicidad de la segunda instancia. Solo es legítimo referir a un contexto determinado la posibilidad o no de alcanzar y la conveniencia de instituir o no la alzada".

Nuestra Constitución no es clara en este aspecto, ella pretende resolver este dilema en el capítulo destinado a la organización del Poder Judicial y por ello contiene reglas acerca de la existencia de los tribunales de Segunda Instancia, sobre su competencia.

Se entiende que el constituyente instituyó los tribunales de segunda instancia con la finalidad de que los justiciables pudieran recurrir las sentencias como medida de seguridad en caso de que se sienta agraviado por esta y por tanto obtener su corrección.

Entonces atendiendo a esta opinión, para ubicar la cuestión dentro de un sistema positivo determinado debemos establecer previamente si nuestra Constitución menciona a los Tribunales Ordinarios de Alzada o Segundo

⁵ Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de Los Andes, Provincia de Neuquén, República de Argentina, del 5 al 9 de Octubre del 1999). Palacio, Lino et. al. "Procedimiento Civil y Comercial de Segunda Instancia", Edición Talleres Gráficos de Flamini Impresiones, Noviembre de 1999, Pág. 84.

Grado, o bien verificar si se consagra constitucionalmente un derecho subjetivo a la alzada.

La reforma precisamente más importante al Poder Judicial fue la introducida por la Constitución del 22 de febrero de 1908, al establecer las Corte de Apelación y la Corte de Casación, cuya función fue asignada a la Suprema Corte de Justicia.

Expresa el artículo 67, párrafos, 1-2-3:

“Corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la Ley.

Párrafo -1- Conocer en única instancia de las causas penales seguidas al Presidente y al Vicepresidente de la Republica Dominicana, a los senadores, diputados, Secretarios de Estados, Subsecretarios de Estados, Jueces de la Suprema Corte de Justicia, Procurador General de la Republica, Jueces y Procuradores de las Corte de Apelación, Abogado del Estados ante Los tribunales de Tierras...”

Párrafo -2- Conocer de los recursos de casación de conformidad con la Ley;

Párrafo -3- Conocer, en último recurso de las causas cuyo conocimiento en primera instancia compete a las Cortes de Apelación.

Y el Art.71 del citado texto prescribe “Son atribuciones de las Cortes de Apelaciones;

- 1) Conocer de las apelaciones de sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia.
- 2) Conocer en primera instancia de las causas penales seguidas a los jueces de Primera Instancia, jueces de jurisdicción Original del Tribunal de Tierras, jueces de Instrucción, Procuradora fiscales y gobernadores Provinciales.
- 3) Conocer de los demás asuntos que determine la Ley.”

De lo expuesto se puede colegir que el constituyente siempre pensó en un tribunal de segundo grado con función de revisión, pero también instauró como sistema la única instancia señalando taxativamente en que casos.

Como se advierte con la instauración de los Tribunales de Apelación y de Casación se consagraron los dos sistemas, es decir, Instancia Única y la Doble Instancia. Por consiguiente, ambos sistemas son de naturaleza constitucional.

Ahora bien lo que no se define en la Constitución es, si se deja en libertad al legislador común para decidir el problema político general de la existencia de una sola instancia o de la necesidad de una segunda instancia, que es donde descansa el fundamento jurídico del derecho a recurrir, pero que nuestra constitución nada establece al respecto, y las Convenciones Internacionales tampoco han decidido este punto político general, sino que solo han establecido el derecho a recurrir como una garantía para el inculpado en materia penal, dejando en duda si en el orden civil y comercial también debe aplicarse.

En relación a los recursos de apelación y casación, el ilustre y actual magistrado de nuestro alto tribunal, Rafael Luciano Pichardo en su ensayo titulado, “El recurso constitucional de apelación”, publicado en el Listín Diario, de fecha 30 y31 de octubre del 1990, ha expresado lo siguiente, “La apelación es un recurso ordinario de carácter o naturaleza constitucional que el legislador no puede limitar y menos suplir. De donde resulta inconstitucional toda ley que declare que determinada decisión del juzgado de primera instancia no será susceptible de apelación”

“El recurso constitucional de casación” expresa lo siguiente: Si bien es cierto que el canon constitucional que consagra entre nosotros el recurso de casación prescribe que este debe intentarse “en la forma que determine la Ley” o “de conformidad con al Ley”, ello no autoriza su eliminación en determinada materia sino su pura reglamentación. En otras palabras, estas expresiones se refieren a cuestiones de procedimiento pura y simplemente. La ley debe determinar, por ejemplo, y a los fines de dar apertura al recurso, cuales sentencias deben reputarse dictada en ultima o única instancia, quien tienen calidad para intentarlo y bajo cuales condiciones; plazos dentro del cual debe hacerse, indicación de los medios del recurso, forma de introducirse, etc.; pero nunca deberá impedirlo contra una sentencia que ya es inatacable por vía de recurso, pues una ley con ese alcance no solo viola el canon constitucional señalado, sino que además enajena a la Suprema Corte de Justicia el derecho de decir la ultima palabra en la interpretación de las normas jurídicas, tanto legislativo como consuetudinarias”⁶

⁶ Pichardo, Rafael L. “El Recurso Constitucional de Casación”. Estudios Jurídicos. Volumen IV, Número 1, Enero – Abril, 1994. Páginas 103-115.

CAPITULO III

LA GARANTÍA LEGAL DE LA DOBLE INSTANCIA. ¿DE ORDEN PÚBLICO O DE RANGO CONSTITUCIONAL?

La jurisdicción ha sido definida como “la función que constitucionalmente incumbe al Estado de asegurar por medio de órganos especiales llamados tribunales el amparo, protección o tutela de los derechos subjetivos y de las otras situaciones jurídicas que se hallan protegidas por las normas del derecho objetivo”, también se utiliza el término jurisdicción para designar a los tribunales. De ahí las jurisdicciones de primer grado y de segundo grado, jurisdicciones civiles, comerciales, penales, ordinarias, de excepción o extraordinarias⁷

En nuestra organización judicial los tribunales están distribuidos en pares, esto así, para asegurar el derecho que tiene todo justiciable de recurrir las decisiones dictada por los tribunales del primer grado, las sentencias dictadas por los Juzgado de Paz son recurribles ante los tribunales de primera Instancia, y las decisiones dictadas en primera instancia son apeladas por ante la Corte de Apelación, y la dictada en única instancia ante

7) Tavares, Margarita A. “El Recurso de Apelación: principio del doble grado de jurisdicción. Su carácter.” Estudios Jurídicos. Volumen V, Mayo-Agosto 1995, pág. 315.

la Corte es recurrible en casación ante la Suprema Corte de Justicia y así sucesivamente en las demás jurisdicciones.

Las reglas que gobiernan la competencia de los tribunales del segundo grado son de orden público puesto que se encuentran íntimamente ligadas al principio del doble grado de jurisdicción, siendo pues el recurso de apelación una consecuencia de aquél. Todas las sentencias son, en principio, recurribles, y por esto para que una sentencia sea irrecurrible, es necesario que un texto de Ley lo disponga expresamente, en ese caso el litigio se conoce en única instancia.

También son de orden público las excepciones a dicho principio, la ley adjetiva admite que algunos aspectos resulten examinado y resuelto en una Única Instancia, a modo de ejemplo podemos citar, el supuesto previsto en los artículos 691, 703 y 730 del Código de Procedimiento Civil, relativos al embargo inmobiliario, que limitan el recurso de apelación en relación a las decisiones a lo que se refieren:

La decisión o fallo a que ellos se refieren no estarán sujetos a ningún recurso. Asimismo lo hace el artículo 11 de la Ley 302, de 1964, sobre honorarios de los abogados, modificado por la Ley 95-88, del 20 de noviembre de 1988, al disponer que la decisión que intervenga con motivo de una impugnación respecto de una liquidación de honorarios o de gastos y honorarios no será susceptible de ningún recurso ordinario ni extraordinario; y el artículo 127 del Código de Procedimiento Criminal incluye una disposición que de modo expreso también dispone que las decisiones de la Cámara de Calificación no son susceptibles de ningún recurso. Estas disposiciones constituyen un desconocimiento de la garantía legal de la doble instancia.

Otro desconocimiento de la doble instancia lo constituye la figura *jurídica de la avocación* instaurada en nuestra legislación en el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil que prescribe:

“Cuando haya apelación de sentencias interlocutorias si esta se revoca y el pleito se hallare en estado de recibir sentencia definitiva, los tribunales que conozcan de la apelación podrán a la vez y por un mismo fallo resolver el

fondo, podrán también hacerlo, cuando por nulidad del procedimiento u otra causa, revoquen las sentencias definitiva del inferior”.

La ley 834, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés, de fecha 15 de julio del 1978, en su artículo 17, prescribe:

“Cuando la corte de apelación respecto de la jurisdicción que ella estime competente, *pueda avocar* al fondo si estima de buena justicia dar al asunto una solución definitiva, después de haber ordenado ella misma, una medida de instrucción, en caso necesario.”

Otro caso en que el proceso no reconoce los dos grados de jurisdicción porque la ley permite apoderar en instancia única a un tribunal de segundo grado, se encuentra las demandas nuevas cuando son permitidas en grado de apelación. El artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, dispone que:

“No podrá establecerse *demanda nueva en grado de apelación, a menos que se trate en ella de compensación*, o que la nueva demanda se produzca como medio de defensa en la acción principal. Los litigantes en segunda instancia podrán reclamar, intereses, réditos, alquileres y otros accesorios, vencidos desde las sentencias de Primera. Instancia, así como los daños y perjuicios experimentados desde entonces”,

Comúnmente se afirma que los recursos ordinarios [oposición y apelación] pueden ser ejercidos de pleno derecho, a menos que un texto de Ley lo prohíba, y que los recursos extraordinarios [Revisión Civil, Tercería y Casación] no pueden ser intentados sino en los casos expresamente determinado por la ley.⁸

⁸) Tavares Hijo, Froilán. Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. Volumen VIII, 4ta edición, Santo Domingo, República Dominicana, 2002. Págs. 4-5.

CAPITULO IV

FUNDAMENTO DE LA SUPRESIÓN DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.

Como hemos citados en algunos casos el legislador ha suprimido el segundo grado de jurisdicción en ocasiones:

A) Atendiendo a la modicidad de la cuantía del litigio, como ocurre por ejemplo en las demanda inferiores de tres mil pesos en los Juzgados de Paz, en virtud del artículo 1 de la Ley 38-98, que expresa:

“Los Jueces de Paz conocen todas las acciones puramente personales o mobiliarias, en única instancia, tanto en materia civil como comercial, hasta concurrencia de la suma de tres mil pesos, y con rango de apelación hasta el valor de veinte mil pesos”.

B) Por la *complejidad y naturaleza* de la cuestiones debatidas. Son los casos en que el recurso puede retardar un procedimiento que por un interés general debe ser rápido porque de lo contrario el ejercicio del recurso podría constituir un medio dilatorio, así sucede con las sentencias sobre nulidades de forma en el procedimiento de embargo inmobiliario.

C) Atendiendo a las calidades de las partes. En este caso la misma

Constitución lo ha establecido, en los artículos 67, párrafo primero y artículo 71, párrafo segundo. En términos generales consideramos que el legislador se inspiró atendiendo al interés general y al deseo de una buena justicia, inspirados también, en principios constitucionales como es la celeridad que debe tener todo proceso, y la modicidad o gratuidad que debe reinar en todo proceso, esto así porque podría resultar que la instrucción resulte más costosa que el resultado definido obtenido del mismo, resultando perjudicado tanto el estado como el justiciable y en el último de los casos atendiendo a un factor político del Estado pues, se trata de juzgar algunos funcionarios pertenecientes a los tres poderes del estado, establecido en la propia Constitución.

En términos mayoritarios la doctrina Argentina ha sostenido, que la doble instancia no constituye requisito de la garantía procesal de la defensa en juicio. El tratadista uruguayo, Eduardo Couture señaló que: “la privación de un recurso no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso, pues las razones esgrimidas a favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la Constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución”. En igual sentido se han pronunciado Falcon, Morello, Sosa, Berizonce, Palacio y Alvarado Velloso, Colombo también se enrola en esta posición manifestando que no podría ser inconstitucional la instancia única, toda vez que la propia constitución nacional establece supuestos que han de ser juzgado necesariamente en único grado (situación que igual se presenta en nuestra Constitución).

La doctrina brasileña predomina una opinión divergente, la procesalista Ada Pellegrini, ha sostenido que, “la doble instancia configura un proceso constitucional autónomo o derivado del de igualdad que sería violado por toda ley que negare el doble grado de jurisdicción en general, o bien lo reservara específicamente para algunos procesos”⁹

⁹ XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. (Buenos Aires, Argentina, del 17 al de Octubre del 1996). Rizzoto, Gabriela S. “El recurso de casación: un control suficiente a los fines previsto por el artículo 8.2.h”, Ediciones Talleres Caybe, Buenos Aires, Argentina. Pág. 496.

CAPITULO V

EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN ES DE ORDEN PUBLICO NO DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES NACIONALES.

Como se advierte el doble grado de jurisdicción está necesariamente vinculado con el derecho a recurrir, pues por razonamiento contrario si no existiera el doble grado de jurisdicción no tendría lugar la apertura de los recursos. Por otro lado para establecer que carácter tiene el derecho a recurrir es decir si es de rango constitucional o no, necesariamente tenemos que acudir a los criterios adoptados por nuestra jurisprudencia y a las Convenciones Internacionales.

Es bueno significar o reiterar que el Poder Judicial no tiene un Tribunal Constitucional, sino que por el contrario todos los tribunales mediante el sistema de control difuso tienen competencia para declarar inconstitucional una ley, y por el *control concentrado* la Suprema Corte de Justicia en funciones de tribunal constitucional conocerá de toda acción de inconstitucionalidad de una ley considerada contraria a la Constitución, sea a pedimento de la parte o de oficio.

Una sentencia dictada por la Cámara Laboral de nuestra Suprema Corte de Justicia, en fecha 9 de diciembre del año 1918¹⁰, a propósito de la interposición de una demanda principal en grado de apelación estatuyó como sigue:

“...*el carácter de orden público* de la regla de los dos grados de jurisdicción debe ser reconocido aun desde el punto de vista del derecho privado, puesto que el orden de las jurisdicciones no ha sido establecido exclusivamente en interés de los particulares; que para mayor abundamiento, ese carácter lo tiene en la legislación nacional, de la constitución. CONSIDERANDO: que según el artículo 65 de la Constitución, una de las atribuciones de las Cortes de apelación, es conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales y juzgado de primera instancia, y los párrafos 22 y 32 del mismo artículo determinan los casos en que dichas cortes conocen de ciertas causas en primera instancia; CONSIDERANDO: que según el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil, las *leyes que interesan el orden público* no pueden ser derogadas por convenciones particulares.”

En otra decisión, de fecha 21 de diciembre del año 1946¹¹, alega entre otros medios de casación la violación del artículo 65 de la Constitución vigente en aquella época, por haber desconocido la sentencia recurrida el principio del doble grado de jurisdicción, La Suprema Corte de Justicia desestimo el aludido medio de casación, fundamentándose en la tesis de *que este principio no es de carácter constitucional, en este sentido, expreso lo siguiente:*

“CONSIDERANDO: que lo que se sustenta... se encuentra desprovisto de todo fundamento; que en efecto, la regla del doble grado de jurisdicción, no se haya consagrado en modo alguno en el artículo 65 de la constitución de la Republica; que ello es así porque como lo ha expuesto en otras ocasiones la Suprema Corte de Justicia, en dicho artículo se prescribe únicamente, que son atribuciones de las Cortes de Apelación conocer “de las apelaciones de sentencias dictadas por los tribunales y juzgado de Primera Instancia”, esto es, no de todas las sentencias dictadas por estos o por aquellos sino, solamente, de las que sean susceptible de ser atacadas por recursos de alzada, puesto que si la voluntad del legislador hubiese sido diferente a la que se acaba de expresar, se hubiera escrito la frase, “de las sentencias” en lugar de las ya transcrita [“de sentencias”] como figuraba, en el mismo artículo 65 de la constitución del nueve de junio del mil novecien-

¹⁰) Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 9 de diciembre del 1918. Boletín Judicial No. 101, Año 9. Pág.1

¹¹) Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 21 de diciembre del 1946. Boletín Judicial No. 401, Año 35, págs. 1145-65.

tos treinta y cuatro y de las anteriores, en cuanto a las atribuciones de las Cortes de apelación con relación a las sentencias de los consejo de guerra...[aquí aunque se refieres al artículo 65 de la constitución pero por las modificaciones posteriores , actualmente el artículo es el 71, pero la transcripción es la misma.]”

Reconociendo el *carácter de orden público* al principio del doble grado de jurisdicción la Suprema Corte de Justicia expresa:

“...por otro orden, si es verdad que los litigante no pueden descartar, de modo absoluto, el primer grado de jurisdicción y que cuando así lo hicieren, ello engendraría la incompetencia de los jueces del segundo grado[incompetencia que concerniría al orden público y podría como tal, ser opuesta en todo estado de causa], no es menos cierto que esa regla de nuestro derecho procesal no impide, ni puede impedir, que el legislador establezca, como ha establecido en la materia, los temperamentos correspondiente al mas satisfactorio ejercicio de la función judicial y, entre los cuales de manera indiscutible las disposiciones relativa a la *facultad de avocación* consagrada a favor de los jueces de la apelación, por el artículo 473 del Código Procesal Civil”

Aunque el ámbito de nuestra investigación es la materia civil, hemos indicado decisiones jurisprudenciales relativo a otras materias, por considerar de interés para el esclarecimiento de los aspectos controversiales del tema. , esto así porque los criterios definidos con respecto a este tema se han pronunciado en el orden laboral y tributario, por citar algunas.

Acción de inconstitucionalidad de los artículos 619 y 641 del Código de Trabajo. En una sentencia de fecha 26 de noviembre del 1997¹² se señala lo siguiente:

“Considerando que el artículo 71, ordinal 1ro. De la Constitución, *no prohíbe en modo alguno que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera no sea susceptible de determinado recurso o de ningún recurso*; que las sentencias originadas en demanda cuya cuantía sea inferior a 10 salarios mínimos, en la materia en que se

¹²) Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 26 de noviembre del 1997. Boletín Judicial No. 1044, Año 88, págs. 307-308.

trata, esta sometida a reglas de procedimiento que debe cumplirse previamente por la partes en conflicto, las que le da oportunidad de hacer valer todos sus derechos y ejercer en la instancia sus medios de defensa; que además...”

El criterio jurisprudencial indicado anteriormente fue reiterado mediante la sentencia de fecha 8/8/99, en esta ocasión sostuvo el más alto tribunal, por sentencia de fecha 18 de agosto del 1999¹³, que:

“Considerando, que independientemente de que el artículo 71, ordinal 1ro, de la Constitución de la República, *no prohíbe en modo alguno, que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera, no sea susceptible de determinados recursos o de ningún recurso*, el artículo 539, ya citado, no impide el ejercicio del recurso de apelación contra sentencia dictada por el tribunal de primer grado, sino que condiciona el efecto suspensivo de este recurso, efecto este, cuyo condicionamiento o eliminación no constituye ninguna violación a cánones o principio Constitucionales, por no tener su asidero en nuestra carta sustantiva, sino en principio de derecho...”

Como vemos los criterios dominantes por nuestra jurisprudencia en términos generales es que: El doble grado de jurisdicción no constituye una garantía de índole constitucional sino que es de orden público, por tanto, el derecho a recurrir no entra dentro de las garantías constitucionales, en este sentido el legislador común puede suprimirlo mediante una ley adjetiva.

Existe una jurisprudencia que a mi parecer tiene una connotación importante, en el sentido de que cumplidas las condiciones y motivos que dan lugar a aperturar el recurso de casación, el mismo, no se puede limitar por el hecho de clasificar el recurso de casación como extraordinario.

Considerando, que de conformidad con el inciso 2 del artículo 67 de la Constitución, es atribución exclusiva de la Suprema Corte de Justicia “conocer de los recursos de casación de conformidad con la Ley”; que esta expresión había venido siendo interpretada en el sentido de que la Ley puede suprimir el recurso de casación, como ocurre en algunas materias en que se

expresa, como en el artículo 11 de la Ley No. 302, de 1964, arriba transcrito que, “la decisión que intervenga no será susceptible de ningún recurso, ordinario ni extraordinario”; Considerando, que un estudio más detenido y profundo del canon constitucional que consagra el recurso y de la institución misma de la casación revela que el recurso de casación no solo se sustenta en la ley fundamenta de la nación, sino que mediante su ejercicio se alcanza fines tan esenciales como el control jurídico sobre la marcha de la vida del estado, mediante el mantenimiento del respeto a la Ley, Ali como mantener la unidad jurisprudencia por vía de interpretación de la Ley; que además, el recurso de casación constituye para el justiciable una garantía fundamental de la cual, en virtud del inciso 2 del artículo 67 de la Constitución, pertenece a la ley fijar sus reglas; que al enunciar el artículo 11 modificado por la Ley 302, de 1964, que la decisión que intervenga con motivo de una impugnación de una liquidación de honorarios no será susceptible de ningún recurso ordinario o extraordinario, no esta excluyendo el recurso de casación, el cual esta abierto por causa de violación a la ley contra toda decisión judicial dictada en última o única instancia, y solo puede prohibirse, por tratarse de la restricción de un derecho, si así lo dispone expresamente la ley para el caso particular, por lo que procede admitir el presente recurso.” [Sentencia de fecha 10 de septiembre de 1998, B. J. 1042, págs. 39-44]

¹³ Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 18 de agosto del 1999, No. 17. Boletín Judicial No. 1065, Año 90, Volumen II, págs. 586-587.

CAPITULO VI

CONSTITUCIONALIZACION DE LOS TRATADOS.

Ahora bien, lo que trae confusión dado el carácter de equiparación de los tratados con la propia carta magna conforme a su artículo 3, párrafo segundo el cual dispone:

“La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho Internacional general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”.

Y en virtud del artículo 10, que dispone:

“La enumeración contenida en los articulo 8 y 9, no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza.”

En este sentido, el ilustre jurista Juan Manuel Pellerano Gómez ha sostenido lo siguiente: “Los tratados tienen fuerza jurídica superior a la ley ordinaria, por lo tanto no pueden ser derogados por una ley ordinaria y los mismos alcanzan una asimilación a las normas constitucionales”¹⁴La mayoría de la doctrina internacional es constante con este criterio, siempre y cuando esos tratados reconozcan dere-

chos fundamentales, y máxime cuando la misma Constitución instaura también el sistema de la única instancia, sentado este criterio, ponderaremos la garantía legal establecida en la Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la conferencia de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, y adoptada por resolución Numero 739 del Congreso Nacional, promulgada el 25 de diciembre de 1977, corresponde analizar el alcance otorgado al derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior garantizado en el Pacto de San José.

¹⁴) Pellerano Gómez, Juan Manuel. “La Constitucionalización de los Tratados”. Estudios Jurídicos. Volumen IV, Número 1, Enero-Abril, 1994, Pág. 101.

CAPITULO VII

LA GARANTÍA JUDICIAL QUE PREVÉ EL PACTO DE SAN JOSÉ EN SU ARTÍCULO 8, INCISO 2, PÁRRAFO H.

Ya definido el principio de la equiparación de los tratados internacionales con la propia carta magna, necesariamente tenemos que replantearnos, si la garantía judicial prevista en el Pacto de San José en el artículo 8, inciso 2, párrafo h, tiene aplicación general y no solo en materia penal.

Como sabemos, la Suprema Corte de Justicia tradicionalmente ha sostenido que la doble instancia no constituye una garantía de índole constitucional, de ahí que la ausencia de un recurso (única instancia) no ha sido vista como una privación de un derecho constitucional.

El artículo 8 de la convención, establece las garantías con la que debe contar todo proceso judicial, dicho artículo se compone de cinco incisos. En el primero de ellos, se efectúa una formulación genérica válida para todos los procesos:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación

de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”

En cambio en el inciso segundo, la convención no solo establece en materia penal una regla general:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad, sino que a continuación enumera una serie de garantía mínimas a los efectos de la configuración del debido proceso. Entre ellas, se señala el derecho de recurrir del fallo o tribunal Superior [Art.8, inc.2.punto h]”.

Ahora bien lo que, nos cuestionamos es, si ese derecho a recurrir previsto en el inciso 2do. de dicho texto debe tener una interpretación extensiva a las demás materias [civil, comercial entre otras], partiendo de que en todos los procesos lo que se juzga son los derechos del justiciable, aunque es razonable comprender que el derecho tutelado en un proceso penal merecerá mayor atención ya que estos derechos tienden a asegurar la efectiva vigencia de los derechos propiamente humanos es decir tienen que ver con la propia persona, (vida, libertad, dignidad etc.).

CAPITULO VIII

LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS RESPECTO AL ALCANCE DEL DERECHO A RECURRIR. ARTICULO, 8.2.H.

En una opinión consultiva presentada ante la Corte Interamericana de derechos humanos, este organismo formuló importantes precisiones respecto al alcance de dicho artículo.

“Si bien el artículo establece que en cualquier proceso toda persona tiene derecho hacer oír con las debidas garantías..., estipulando además para el proceso penal unas garantías mínimas ello en modo alguno significa que no pueda presumirse que en circunstancias específicas sean necesarias otras garantías a fin de obtener un debido proceso legal”.

De este modo, la Corte demuestra haber adoptado un criterio amplio, pues no se recuesta en una interpretación taxativa del artículo, sino que por el contrario, adapta un rol activo en el control de los procesos judiciales. Esta posición aparece aun más evidente en el considerando 28 de la opinión consultiva ya reseñada cuando dicho tribunal expresa que: “En materia que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo 8 no especifica “garantías mínimas”, como lo hace el numeral 2 al referirse

a materia penales. Sin embargo, el concepto de “debidas garantías” se aplica también a esos ordenes y por ende en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”.

Al verter tal opinión, la Corte pone de manifiesto que resulta también aplicable al proceso civil y comercial todas las garantías enumeradas para el proceso penal. Por ello, será necesario precisar si cuando la ley adjetiva suprime ese derecho, significa esto una violación al derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior establecido en el artículo 8, de la convención.

Ahora bien lo que nos cuestionamos es con cual de los recursos se agota esa garantía, ya que el proceso, como conjunto de actos que conduce a un fin, requiere inexorablemente el cumplimiento de reglas, pues sin reglas no se garantiza la seguridad jurídica y por tanto tampoco hubiera forma de proteger las debidas garantías para las partes en las defensas de sus derechos, y a su vez el incumplimiento de dichas formas le permiten a los litigantes el desarrollo de toda una actividad impugnativa tendente a corregir el defecto alegado.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos que son varios los medios impugnativos con lo que contamos, (oposición, apelación, le contredit, tercería, revisión civil, revisión por fraude, revisión por error, casación), pero también cada uno de los mismos a excepción del recurso de apelación que es considerado de derecho común, están limitados a las condiciones que la misma ley ha determinado para su interposición.

Podríamos razonar en atención a lo señalado, que el derecho de recurrir ante un órgano superior no debe ser interpretado como un sinónimo de apelación, pues dicho recurso no es más que una de las tantas variantes de las que puede valerse la parte en su actividad impugnativa

CAPITULO IX

ALCANCE QUE DEBE OTORGÁRSELE AL DERECHO A RECURRIR EL FALLO ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR GARANTIZADO POR EL PACTO DE SAN JOSÉ.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de emitir opiniones respecto al tema en análisis, en el informe No24/92. En esa oportunidad analizó la situación de varias denuncias que se venían efectuando contra el Gobierno de Costa Rica.

El Código de Procedimiento Penal de Costa Rica imponía una limitación a la posibilidad del condenado de interponer el recurso de casación contra aquellas sentencias que no superaban un determinado monto, ya sea en razón de la pena de prisión, inhabilitación, multa, o internación de seguridad.

Por tal motivo, previo al informe No. 24/92 la comisión había instado al gobierno de Costa Rica a tomar las medidas adecuada a fin de hacer efectiva la garantía del art. 8.2.h. del Pacto de San José, pues dicha limitaciones negaban al condenado la posibilidad de revisión de su condena.

En atención a ello, Costa Rica crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema, según lo dispuesto en los nuevos artículos de su Constitución y de la Ley de Jurisdicción constitucional No.7135 de 1989. La referida

sala adopta finalmente, decisiones concretas estableciendo efectivamente en ese pías las garantías legales necesarios para la vigencia del derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención; y en sentencia 282/90 declara “*erga omnes*”, que a fin de dar plena vigencia a la garantía de la convención, *debe tenerse por no puestas las limitaciones al recurso de casación y extenderse éste, a favor de todo condenado cualquiera fuera la pena dictada en causa penal.*

Es así que al variar la situación en aquellos que en su oportunidad efectuaron sus reclamos ante la Comisión contra el Gobierno de Costa Rica, aquella emite el informe No. 24/92 en el que manifiesta, “Si bien esas peticiones en su oportunidad pudieron ser admitidas ya no lo eran, pues consideró que el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importante, incluso el de la legalidad de la producción de la prueba, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en practica el derecho reconocido *en el artículo 8.2.h de la Convención y remarca que...*” el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención. *En tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permite con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia en general.*

Vemos entonces que la Comisión Interamericana interpretando el artículo 8.h de la Convención refiere que el recurso de casación con las consideraciones que efectúa, es un medio adecuado a los efectos del cumplimiento de la garantía en análisis.

Posteriormente, la Comisión emitió el informe No17/94, en relación al caso Monqueda, en el que entendió que “a fin de dar protección a los derechos y libertades que la Convención consagra no se requiere necesariamente de la apelación directa sino que requiere la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la prueba y que permita con relativa sencillez al tribunal de revisión legal examinar la validez de la sentencia en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial lo de defensa y el debido proceso...”

BIBLIOGRAFÍA

- Baseh, José. El Derecho de Apelación Civil. 2da. Edición, Barcelona, España, 1993.
- Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de Los Andes, Provincia de Neuquén, República de Argentina, del 5 al 9 de Octubre del 1999). Morillo, Augusto Mario et. al., Edición Talleres Gráficos de Flamini Impresiones, Noviembre de 1999.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel. "La Constitucionalización de los Tratados". Estudios Jurídicos. Volumen IV, Número 1, Enero-Abril, 1994, Pág. 101.
- Pichardo, Rafael L. "El Recurso Constitucional de Casación". Estudios Jurídicos. Volumen IV, Número 1, Enero – Abril, 1994. Editora Corripio CxA, Santo Domingo, República Dominicana.
- República Dominicana. Código de Procedimiento Civil. Editora Palma, S.A., Santo Domingo, República Dominicana. 1996.
- República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. Editora Buho, Santo Domingo, República Dominicana, 1999.
- Suau Morey, Jaime. Tutela Constitucional de los Recursos en el Proceso Penal. Ediciones José María Bosh S.A., Barcelona, España, 1995.
- Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 18 de agosto del 1999, No. 17. Boletín Judicial No. 1065, Año 90, Volumen II, pags. 586-587.
- Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 21 de diciembre del 1946. Boletín Judicial No. 401, Año 35, págs. 1145-65.
- Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 26 de noviembre del 1997. Boletín Judicial No. 1044, Año 88, págs. 307-308.
- Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 9 de diciembre del 1918. Boletín Judicial No. 101, Año 9. Pág.1
- Tavares Hijo, Froilán. Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. Volumen VIII, 4ta edición, Santo Domingo, República Dominicana, 2002.
- Tavares, Margarita A. "El Recurso de Apelación: principio del doble grado de jurisdicción. Su carácter." Estudios Jurídicos. Volumen V, Mayo-Agosto 1995. Editora Corripio CxA, Santo Domingo, República Dominicana.
- Vallespin Perz, David. El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el ámbito del Proceso Civil. Ediciones Atelier, Barcelona, España, 2002.
- VII Congreso Nacional de Derecho Procesal: hacia una justicia más efectiva (Termas de Río Hondo del 19 al 22 de Mayo de 1993). "Una Desviación Práctica de los Recurso Ordinarios de Apelación y Nulidad", Editora Talleres Gráficos de La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina, Agosto, 1996, pág. 103.
- XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. (Buenos Aires, Argentina, del 17 al de Octubre del 1996). Rizzoto, Gabriela S. "El recurso de casación: un control suficiente a los fines previsto por el artículo 8.2.h", Ediciones Talleres Carybe, Buenos Aires, Argentina. Pág. 496.

PARTE II

EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO

Javier Pereda Gámez

Magistrado, Profesor Ordinario
de la Escuela Judicial.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Esta Ponencia forma parte del Curso sobre “*La constitucionalización del proceso civil (Estudio nacional e internacional de los principios constitucionales en el proceso civil)*” desarrollado por Consultores dominicanos y españoles para el Aula Abierta de la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana.

En tal contexto hablar del derecho a los recursos como derecho constitucionalmente protegido es hablar de un tema aparentemente marginal por cuanto el eje fundamental del Curso es el estudio de los principios constitucionales establecidos en torno a la tutela judicial efectiva (contradicción, publicidad, audiencia y defensa) y de los denominados principios procesales “constitucionalizados” (el derecho a un proceso “con todas las garantías”). Es el proceso en sí mismo en su entronque constitucional lo que se estudia básicamente en este Curso de manera que el “espacio” procesal interesa fundamentalmente como punto de encuentro entre los particulares y el poder del Estado, como instrumento de protección de los derechos de las personas y como conjunto de reglas básicas desde la perspectiva fundamental del derecho a la igualdad y desde la exigencia de un proceso justo.

La tutela judicial efectiva en su razón pura se “vive” y desarrolla en la primera instancia: la contradicción, la igualdad de armas, el efectivo ejercicio de la defensa y las demás reflexiones constitucionales del proceso se hacen evidentes en el contencioso de base, de manera que las sucesivas etapas de control, el sistema de “recursos” parece alejarse de la reflexión constitucional sobre el proceso.

Parecería, pues, en una primera aproximación, que la particular regulación de los medios de impugnación en un determinado ordenamiento procesal civil depende de la concreta ley positiva, sin que el legislador ordinario deba atender en este sentido a ningún mandato convencional (supranacional, derivado de Convenios o Tratados) o constitucional. Sería por ello ocioso plantearse un derecho “constitucional” a los recursos (o,

por cesión de soberanía, un derecho “internacional” a los recursos, establecido en convenios o tratados internacionales).

Este planteamiento parte de diversas concepciones del régimen de recursos, alejadas del enfoque Fundamental del ejercicio de la jurisdicción y del derecho a la tutela judicial. Así, si vemos en el sistema de recursos tan solo un mecanismo de corrección de errores del juez inferior, o un sistema de satisfacción del derecho “vindicante” de los particulares, o acaso un medio para el control interno de la jurisdicción y la unificación jurisprudencial o, en fin, un método para la perfeccionabilidad del fallo (por citar las cuatro teorías de mayor predicamento), no se alcanzará a ver el sentido “constitucionalista” del derecho a los recursos. En este contexto, si el órgano judicial superior actúa no lo hace, se dirá, por imperativo constitucional sino por cumplimiento de la legalidad ordinaria.

Sin embargo una parte importante de la doctrina ha defendido el reconocimiento del derecho a la apelación como un derecho fundamental (a título de ejemplo RAMOS MENDEZ¹). Se defiende el derecho al recurso como una garantía universal “tan antigua como la propia humanidad”, con cita de la “*provocatio ad populum*” del derecho romano y de indudable necesidad para garantizar los derechos humanos de los ciudadanos.

Ciertamente la regla de doble instancia se configura como regla general, aunque no constitucionalizada, en los países de nuestro entorno y es, para todos los órdenes jurisdiccionales, la solución, con previsión constitucional, en el ordenamiento jurídico alemán. Además, recogido el derecho al recurso en los textos procesales ordinarios, la interpretación sobre su alcance no puede ser ajena a los principios constitucionales, de manera que también en las sucesivas instancias se deben respetar las garantías de la primera fase del proceso. En este sentido es válido todo lo referido en este Curso sobre constitucionalización del proceso civil para las fases de apelación y casación, en la medida que sea compatible con su propia naturaleza (control judicial de adecuación constitucional, principios constitucionales rectores del proceso, derecho a la prueba).

Aquí acabaría nuestro trabajo si no fuera que el derecho a los recursos

¹) RAMOS MENDEZ, El proces, 10.

tiene un alcance propio en los Convenios Internacionales reconocidos por España y ha dado lugar a una nutrida interpretación del Tribunal Constitucional español.

Por una parte, a la vista de la internacionalización de los sistemas jurídicos y considerando el sistema de cláusula constitucional “abierta” de la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno, es preciso analizar si el derecho a la doble instancia y a los recursos en general tiene, en lo civil, fundamento específico en Convenios Internacionales o si tales convenios regulan específicos “recursos” contra resoluciones de autoridades jurisdiccionales españolas. Es necesario estudiar, en segundo término si el derecho a los recursos está previsto en nuestra Constitución (como parte y efecto de la tutela judicial efectiva) y cuál ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional Español en desarrollo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) en relación específica al derecho a los recursos, como modo de obtener una respuesta judicial efectiva a los derechos de los ciudadanos.

Este enfoque supone analizar en primer lugar el alcance de los Convenios Internacionales firmados por España, que forman parte del ordenamiento jurídico interno, y en especial el *derecho a un proceso equitativo* y el *derecho a un recurso judicial efectivo*. En segundo lugar veremos la *doctrina constitucional española* sobre el derecho a los recursos, especialmente apelación y casación, y sus relaciones con el art. 24 CE y con los convenios internacionales. Acabaremos este trabajo con una breve *reseña sobre los recursos* de apelación, casación e infracción procesal en España.

CAPITULO I

CONVENIOS INTERNACIONALES:

Conforme a los arts. 10.2, 93 y 96 de la Constitución Española, los Convenios Internacionales suscritos por España forman parte del ordenamiento jurídico interno y deben ser tenidos en cuenta en la interpretación del texto constitucional, especialmente en lo que hace referencia a la interpretación de los derechos fundamentales de la persona. Cuando el Estado español los suscribe se obliga:

- 1) A garantizar la efectividad de determinados derechos y libertades mediante el establecimiento de un sistema interno de “recursos” judiciales. En una primera lectura la referencia a los “recursos” puede parecer referida a la apelación y la casación. Pero parece claro que no es este el sentido de la referencia a los “recursos” en los textos internacionales sino que se trata propiamente del *derecho a la tutela judicial efectiva*, el derecho de acceso a la jurisdicción.
- 2) A someterse a la *jurisdicción de Organismos Internacionales* por la violación de dichas obligaciones, admitiendo por tanto un “recurso”, en sentido laxo, que luego precisaré, de los particulares ante dichas instancias (Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Tribunal Europeo de

Derechos Humanos...). En una primera aproximación el recurso ante entes supranacionales parece ampliar el sistema interno de recursos pues es el particular el que puede imprecisar la intervención de estos Organismos. Pero el efecto de la resolución de los mismos implica en términos generales el respeto a las resoluciones judiciales internas y sólo está previsto algún efecto, más o menos limitado, respecto al Estado miembro condenado.

3) A asumir la interpretación de esos Organismos Internacionales sobre la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos y por tanto, asumir la *doctrina jurisprudencial internacional* sobre el ejercicio de los derechos violados. En este sentido, tal jurisprudencia obliga a la revisión en segunda instancia o en casación de las resoluciones dictadas por un órgano judicial civil inferior cuando la sentencia haya violado los derechos fundamentales. En este sentido el derecho a los recursos tiene un alcance constitucionalmente reconocido en la medida que sirve para el control de la debida aplicación del derecho con respeto a los derechos fundamentales.

1.1. | El pacto internacional de derechos civiles y políticos:

Dicho Pacto, de 19 de diciembre de 1966, fue ratificado por España el 30 de abril de 1977.²

Establece en su artículo 14, entre los derechos civiles y políticos el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y *con las debidas garantías* por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o *para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*”.

Por otra parte en su artículo 2.3 se dice que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

2) BOE 103/77, de 30 de abril.

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de *recurso judicial*.”

El Protocolo facultativo de dicho Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, al que se adhirió España el 17 de enero de 1985³, faculta al Comité de Derechos Humanos de la ONU para *recibir y considerar comunicaciones* de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

Esta posibilidad de examen requiere que se haya agotado los recursos internos (arts.2 y 5.2. b), de manera que, aunque la intervención del Comité no constituye un recurso propiamente dicho, puede implicar una declaración de incumplimiento del Pacto por parte del Estado, mediante la presentación de observaciones al Estado parte interesado y al ciudadano afectado. Pero aunque se declare un incumplimiento de Estado, no tiene efectos directos sobre el pleito que se resolvió, dando lugar simplemente a un Dictamen, del que puede derivar la petición de información complementaria al Estado parte.

Expuesto así el marco normativo, lo que procede es analizar si estas previsiones pueden afectar, por lo que se refiere al orden jurisdiccional civil, al régimen de “recursos” del ordenamiento jurídico español.

Desde la perspectiva de la interpretación sistemática del primer precepto (art. 14) debe descartarse que el Pacto obligue al Estado español a establecer el principio de doble instancia en el proceso civil. El art. 14 apartado 5 establece el derecho a la doble instancia pero sólo en el ámbito penal.

Las “debidas garantías” a las que se refiere el precepto alcanzan sin duda con carácter preferente a la jurisdicción penal y encuentran en los abusos

3) BOE 79/85, de 2 de abril.

del ejercicio de tal jurisdicción el desarrollo de dictámenes sobre incumplimiento de los Estado parte (por ejemplo y para España, el Dictamen de 20 de julio de 2000, que fue objeto de tratamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo (5ª) de 9 de julio de 2001 y del Pleno del propio órgano de 13 de septiembre de 2000, sobre la doble instancia de aforados en causa penal). La principal previsión convencional tiene su razón de ser originaria en garantizar un juicio penal justo y se centra en las garantías de audiencia pública y de tribunal competente, independiente e imparcial, sin previsiones específicas para el orden jurisdiccional civil.

La previsión del derecho de las personas a ser oídas para la determinación de sus derechos u obligaciones puede entenderse también de carácter civil pero no ha dado lugar a dictamen alguno del Comité y difícilmente puede suponer, en este estadio de la aplicación del Pacto, la inclusión del derecho a los recursos civiles como derecho contemplado en el texto convencional.

Sin embargo, desde una perspectiva de interpretación literal y sistemática, el juego del art. 2.3 en relación con el 14 puede llevarnos a contemplar la posibilidad de resoluciones dictadas por jueces, actuando en ejercicio de funciones oficiales, que vulneren el derecho a ser oído o cualquier otro derecho fundamental. Por ello, y aunque no son conocidos dictámenes del Comité en este sentido, parece claro que para el caso de un incumplimiento palmario de uno de los derechos civiles y políticos por parte de un juez de instancia civil (condena sin audiencia o garantías, atentado judicial a la vida o la libertad, torturas, prisión por deudas...) el régimen de recurso (segunda instancia o cualquier otro medio de control de la arbitrariedad) adquiere la relevancia convencional de “recurso efectivo” o “recurso judicial” del art. 2.3 del Pacto.

Especialmente en el ámbito procesal, aunque no está recogido de forma específica el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción sino tan solo el derecho a ser oído por un tribunal, con las debidas garantías, para la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil, ante una resolución de un tribunal de instancia manifiestamente nula por violación de derechos fundamentales de tipo procesal, podría construirse el derecho a la doble instancia como un derecho derivado del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos. En la medida en que un juez

niegue el derecho a ser oído con las debidas garantías, las propias de la tutela judicial efectiva, el recurso de apelación o el de casación puede tener por objeto la restauración inmediata de dicho derecho fundamental, reconocido en el Pacto.

En otro sentido la admisión de la “competencia” del Comité de Derechos Humanos de la ONU para entender de reclamaciones de particulares contra el Estado español, aunque no es técnicamente un “recurso”, significa que agotada la vía interna el particular puede encontrar cierta satisfacción planteando una denuncia ante tal Comité. En tal sentido el Pacto actúa cuando menos como elemento disuasorio ante posibles interpretaciones desviadas de los derechos civiles y políticos.

Por último, los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, aunque no vinculantes, deben ilustrar (y así lo han hecho) las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales sobre el alcance de los derechos civiles y políticos.

1.2. | El convenio europeo de derechos humanos:

El Convenio Europeo tiene mayor peso e incidencia en el sistema de recursos internos en la medida en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede condenar a los Estados miembros por incumplimiento, estableciendo incluso indemnizaciones a favor de los particulares perjudicados. En relación con el derecho a los recursos, es importante analizar el texto convencional en la medida en que regula el derecho al justo proceso y el derecho a un recurso efectivo.

1.2.1. | *Derecho al justo proceso:*

El art. 6 (1) del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España en 1979⁴, establece el derecho a un proceso equitativo al decir que:

4) BOE 10 octubre 1979, núm. 243/1979

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decida los litigios sobre *sus derechos y obligaciones de carácter civil* o sobre el fundamento de cualquier acusación de carácter penal dirigida contra ella.”

En su globalidad las garantías del art. 6 se refieren a la idea- fuerza de la “buena administración de justicia”⁵, aunque se utilice con profusión la expresión “derecho a un proceso equitativo” extrapolando una noción del párrafo 1 del precepto. Del conjunto de derechos del proceso destaca el de hacer valer judicialmente las propias razones.⁶

En el contexto de los procesos civiles la parquedad del precepto sobre el derecho al proceso deja mayor margen a la jurisprudencia creativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por una parte la dualidad “derechos- deberes” permite la aplicación del Convenio tanto desde la perspectiva activa (actor) como desde la pasiva (demandado) aunque en todo caso debe tratarse de relaciones jurídicas con controversia, con contradicción real y seria. Puede afectar tanto a la existencia misma del derecho civil como a su extensión o a sus modalidades de ejercicio, habiéndose desarrollado en este sentido una amplia casuística (derechos reales, obligaciones contractuales, derecho sucesorio, responsabilidad civil, derecho mercantil...) El art. 6 se aplica independientemente del status, público o privado, de las partes y de la naturaleza de la normativa que disciplina el modo en que la controversia deba ser resuelta: es suficiente que la existencia del procedimiento sea decisiva para los derechos y obligaciones de derecho privado (Sentencia TEDH, 24 de octubre 1989, H c. Francia, párrafo 47). La aplicabilidad del precepto no se limita a las reclamaciones de contenido patrimonial ni excluye los daños derivados de ilícitos penales.

El acceso al juez es “funcional”, pretende el fin último de obtener una decisión jurisdiccional⁷

La idea de ejecutoriedad y fuerza vinculante de la resolución judicial es

5) BARTOLOMÉ, Comentario, 155

6) *Ibidem*, 156.

7) BARTOLOMÉ, Comentario, 170.

elemento constitutivo de la esencia del Estado de derecho y del principio de preeminencia de la ley y por ello la tutela judicial debe extenderse también a la fase ejecutiva como parte integrante del proceso.⁸

En desarrollo del Convenio, el Protocolo 7 Adicional al mismo (art. 2), todavía no suscrito por España, trata del recurso de apelación y confirma los requisitos para el desarrollo de este derecho, centrado en el derecho a la doble instancia en el proceso penal, en razón de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular. Sin embargo se ha defendido por nuestro Tribunal Constitucional que aunque nuestro ordenamiento no incorpore en sentido estricto, la doble instancia penal, la garantía convencional queda satisfecha en nuestro derecho a través del recurso de casación (ATC 330/1989⁹). Pero la sumisión del conocimiento del fallo condenatorio y de la pena impuesta al Tribunal Supremo no es “total”, por lo que la doctrina se ha mostrado crítica con la postura del Tribunal Constitucional. En algunos casos (aforados) perdura todavía más la duda de cumplimiento por parte del Estado español del art. 6 en este aspecto. El principio de doble instancia no viene impuesto constitucionalmente para la extradición (ATC 59/1985). En este ámbito ha dado lugar a cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (entre otras, STC 90/1983, de 7 de noviembre y ATC 59/1995, de 30 de enero).

La apelación civil quedaría así excluida de las previsiones del convenio. Debe además tenerse en cuenta que el término “civil” se contrapone, en el Convenio, a “penal” y por tanto puede comprender “*lato sensu*” cualquier reclamación administrativa o laboral. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al excluir el derecho a la doble instancia del derecho constitucional al recurso lo hace extensivo al derecho administrativo (salvo el derecho sancionador, disciplinario) y al derecho laboral (STC 89/1995 y 90/1983, respectivamente).

Por otra parte, la apelación es un recurso interno y un tribunal de apelación puede poner remedio a las resoluciones civiles del juez de instancia

8) BARTOLOMÉ, Comentario, 171

9) Todas las citas de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional español se hacen con mención del número de la resolución y el año de su publicación. La localización del texto íntegro y de la fecha concreta (mes y día) es fácil en cualquier base de datos jurídica, especialmente en el Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuyo número de referencia y año coincide íntegramente con la numeración del propio Tribunal. El auto aquí citado, por ejemplo, se puede localizar en el mencionado repertorio por el número: 1989/130

disconformes con el contenido del art. 6. Además cuando el tribunal de apelación está llamado a resolver litigios debe hacerlo con respeto a los derechos reconocidos en el art. 6,¹⁰ de manera que la segunda instancia queda imbuida de las garantías convencionales. Ello no es predicable cuando el tribunal superior revisa la constitucionalidad de la decisión judicial previa pues la cuestión de constitucionalidad se resuelve con parámetros comparativos distintos: se confronta una ley con la Constitución y no un proceso con el derecho al justo proceso.

Desde la perspectiva de la disconformidad de una sentencia con las previsiones del Convenio, es posible que una resolución de instancia afecte derechos fundamentales, en cuyo caso el tribunal de apelación viene llamado a ejercer la protección que predica el art. 6.

Desde el punto de vista del respeto por parte del tribunal de apelación de las reglas de proceso equitativo, es aplicable el art. 6 y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en toda su amplitud. Los procedimientos en apelación y en casación son también procesos “causas” y debe ser igualmente satisfecho el “minimum” estándar establecido en el art. 6¹¹ En este sentido el órgano que entiende del recurso debe cumplir:

En cuanto al derecho de audiencia y la equidad.

En cuanto a la publicidad de las vistas de apelación o casación y la resolución en plazo razonable.

En cuanto a las garantías de independencia e imparcialidad del tribunal de apelación o casación.

En cuanto al derecho de acceso al tribunal, actuando, si el juez de instancia ha incumplido con los derechos establecidos en el Convenio, como último resorte para la revisión jurisdiccional.

En los casos mencionados, el precepto es sin duda aplicable tanto cuando se trata de un proceso exclusivamente civil como cuando se trata de derechos y obligaciones civiles derivados de un asunto penal.

¹⁰) VAN DIJK, Theory, 422 VAN DIJK, P. y Van HOOF, G.H.J.: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, The Hague, Ed. Kluwer Law, 1998, 422

¹¹) VAN DIJK, Theory, 424.

Se ha querido ver también en el art. 6 del Convenio un componente constitutivo por sí mismo de los principios generales del derecho comunitario europeo.¹²

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho al recurso jurisdiccional efectivo como parte del acervo comunitario.¹³

1.2.2. | *Derecho a un recurso efectivo:*

El art. 13 del mismo Convenio establece el derecho a un recurso efectivo al afirmar que:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Se trata de una garantía específica para el disfrute de los derechos y libertades establecidos en los artículos 2 a 18 del Convenio y deja de lado las competencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para juzgar y condenar a los Estados miembros que contravengan los citados derechos para destacar la necesidad de regular un recurso interno en cada Estado. De esta manera un ordenamiento jurídico que no haya previsto a nivel procesal interno instrumentos idóneos para garantizar la actuación del derecho en caso de violación de los derechos fundamentales será un ordenamiento jurídico incompleto. La influencia recíproca de esta previsión del Convenio con el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre es evidente.¹⁴

Al no incluir el Convenio Europeo una referencia específica al carácter puramente judicial del recurso de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos (como propuso en la tramitación de los trabajos preparatorios la delegación mejicana) el precepto ha visto reducido su alcance.

¹²) BARTOLOMÉ, Comentario, 154.

¹³) STJCEE 222/86, 87, p.4117; C-340/89, 91, p. I-2385; C-70/95, 97, p. I-3431 y T-273/94, 97, p. FP 307

¹⁴) BARTOLOMÉ, Comentario, 380

La necesidad de que cada Estado pueda decidir la forma de establecer a nivel interno el sistema de protección impide la aplicación directa del precepto. La necesidad de específicos actos normativos condiciona la efectividad de la previsión convencional a la forma específica de configurar en cada Estado el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

¿Qué debe entenderse por “recurso efectivo”? Evidentemente no hay que entender como “recurso” el de apelación o cualquier “recurso contra una decisión judicial” sino que debe tomarse la mención en un sentido más general. Se trata de la exigencia de que el Estado ante el que se recurre por la subsistencia de la violación de uno de los derechos humanos tenga previsto un procedimiento idóneo para atender la reclamación.¹⁵ El remedio debe alcanzar el fin convencional, debe ser eficaz, útil y por tanto la autoridad que lo aplica debe tener la posibilidad de disponer medidas idóneas para resarcir al sujeto perjudicado (cesación del acto, anulabilidad, retirada o modificación del acto lesivo, resarcimiento civil, sanción penal o disciplinaria...).

El art. 13 no requiere que el recurso sea solucionado por un juez pudiendo intervenir una “instancia” diferente, lo que abre la vía a recursos administrativos, que no políticos, siempre que la autoridad designada ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y se respeten asimismo las garantías de procedimiento. La efectividad de la resolución requiere que esté motivada y que tenga efectos obligatorios.

*Especialmente las sentencias de los jueces pueden ser objeto del recurso a que se refiere el art. 13, aunque este precepto no puede ser entendido como garantía de un segundo grado de jurisdicción ni como derecho a la reapertura o a la revisión de un proceso. En particular no pueden ser objeto de recurso, en el sentido del Convenio, las decisiones de las jurisdicciones superiores, para evitar una posible serie de recursos sin fin.*¹⁶

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene carácter de tribunal supranacional y sus sentencias pueden implicar condena del Estado y dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios a favor de los perjudicados.

¹⁵ BARTOLOMÉ, Comentario, 395.

¹⁶ BARTOLOMÉ, Comentario, 405

CAPITULO II

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL DERECHO A LOS RECURSOS:

El intérprete debe completar las referencias internacionales sobre el derecho a los recursos con la doctrina constitucional. En España ello pasa ineludiblemente por el estudio del art. 24 de la Constitución Española que establece que:

“1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, ha dado lugar de forma especial a una rica jurisprudencia sobre el derecho de acceso a los recursos. Este se constitucionaliza en razón del derecho a un proceso con todas las garantías.

La doctrina del Tribunal Constitucional se desarrolla conforme a los siguientes vectores:

2.1. | Alcance constitucional del derecho a los recursos:

Lo primero que hay que destacar es que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos tiene un alcance constitucionalmente diferente del acceso a la jurisdicción. Mientras éste viene otorgado por la Constitución misma, el derecho a los recursos es mero corolario del derecho de acceso jurisdiccional y viene otorgado por la ley ordinaria. El principio “pro actione” no opera, así, con la misma intensidad.

Por ello no sólo el control del Tribunal Constitucional tiene diverso alcance según las normas actúen como impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadoras de un recurso (STC 138/1995), sino que mientras el incumplimiento de las primeras puede eliminar el derecho de someter el caso a un juez, el incumplimiento de las segundas solamente privaría de la revisión de la respuesta judicial ya pronunciada en la sentencia de instancia, quedando satisfecho el núcleo fundamental del derecho reconocido en el art. 24.1 CE (STC 255/1993).

El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (STC 37/1995, y 58/1995). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma que imponga la necesidad de la doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible, en abstracto, su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos (STC 140/1985, 37/1988, 106/1988 y 138/1995), perteneciendo todo ello al

ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983) o, en otras palabras, siendo un derecho de prestación de configuración legal (ATSJ de Navarra de 27 de junio de 1992).

Sin embargo, una vez el legislador ha previsto un determinado medio de impugnación el derecho a su utilización forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 100/1995), de manera que a la hora de interpretar los requisitos de admisibilidad de los recursos debe evitarse la conversión de cualquier irregularidad procesal en un obstáculo insalvable para la continuación del proceso y, en consecuencia, para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa (STC 69/1984, 90/1986 y 37/1995).

2.2. | Derecho a los recursos y subsanación de defectos:

La doctrina sobre la evitación de formalismos enervantes para la efectividad de los derechos procesales y sobre la subsanabilidad de los defectos procesales ha sido profusa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En particular y para el régimen de recursos, se han pronunciado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre diversos supuestos de posible subsanación de defectos. He aquí algunos de ellos:

2.2.1. | *Consignación de rentas en recursos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos:*

En relación, especialmente, con el art. 148.2 de la LAU de 1964 la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que el pago o consignación de las rentas que el art. 148.2 de la LAU de 1964 exigía para poder utilizar los recursos contra las resoluciones que llevaban aparejado el lanzamiento no constituía un mero requisito formal, sino una exigencia esencial para el acceso a la substanciación de los recursos. Su finalidad era asegurar los intereses del arrendador evitando que se instrumentalice el proceso como una maniobra dilatoria, cumpliendo por tanto una función de equilibrio (STC 344/1993).

Sin embargo una interpretación automática y rigurosa que llevara a considerar inescindible la exigencia del pago o consignación de las rentas y la simple acreditación de tal pago no es conforme a la Constitución. La falta de prueba o acreditación del pago, al constituir un defecto subsanable, sólo puede fundar una resolución de inadmisión del recurso previa la concesión de un plazo para su subsanación sin que se haya cumplido el requisito (STC 1578/1985 y 100/1995).

Pero, distinguiendo el aspecto formal y el sustantivo, el pago o consignación de las rentas vencidas antes de interponer la apelación contra la sentencia de desahucio es inexcusable para la admisión del recurso y no puede ser calificado de mero requisito formal sino como una exigencia sustantiva o esencial para el acceso a los recursos en este tipo de procesos, por lo que no es posible proceder a subsanarlo (STC 26/1996).

2.2.2. | *La presentación de recurso de apelación por Procuradora no habilitada.*

Para actuar en la sede de la Audiencia Provincial pero sí en el Partido judicial de instancia no puede considerarse una negligencia merecedora de la grave sanción de inadmisión del recurso de apelación. Se ha de considerar un defecto subsanable al igual que cuando falta la intervención de Procurador siendo preceptiva (STC 176/1988), falta la documentación del poder del Procurador (STC 133/1991) o cuando no consta la designación de un domicilio para notificaciones en la ciudad sede de la Audiencia (STC149/1996), situación ya superada por la LEC de 2000.

2.2.3. | *La falta de habilitación del Abogado.*

Para ejercer en determinado ámbito colegial ha sido considerado también defecto subsanable tanto en instancia como en contexto de recurso (apelación, casación), actuando en estos casos el Tribunal Constitucional como garante del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 43/1991, 209/1996) y reponiendo las actuaciones al momento en que se produjo la falta.

Hay que diferenciar, por otra parte, a efectos de una asistencia real y efectiva, entre los supuestos en que el Letrado es nombrado de oficio y aquellos en los que el Letrado lo es por libre designación. La inexistente confianza que se da en los supuestos de designación de oficio motiva un especial cuidado y protección de los particulares que se ven disminuidos en sus posibilidades de defensa efectiva. En tal caso los tribunales deben utilizar criterios interpretativos favorables al acceso a los recursos evitando incurrir en interpretaciones rigoristas (STC 91/1994).

2.2.4. | *Automatismo de los plazos.*

El derecho fundamental de acceso a los recursos legalmente establecidos no permite sacar la consecuencia de que exista una prorrogabilidad arbitraria de los plazos ni de que éstos puedan quedar al arbitrio de las partes porque el *automatismo de los plazos* es una necesidad para una recta tramitación de los procesos y ninguna circunstancia puramente subjetiva puede ser tenida en cuenta como motivos de derogación de los mismos (STC 1/1989). El riguroso cumplimiento de los presupuestos temporales no posee un significado distinto de otras condiciones jurídicas y no les cabe a los tribunales la posible suavización o matización del rigor legal ni en la confrontación con el principio de justicia pueden alterarse los requisitos previstos, pues padecería la seguridad jurídica, que constituye un valor fundamental en la ordenación de las relaciones sociales (STC 13/1984).

2.2.5. | *La aplicación razonada y no arbitraria de una causa de inadmisión.*

Prevista en la Ley no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 37 y 149/1995), aunque sea razonada en la sentencia final, por no haberse apreciado en el trámite de admisión del recurso. Las causas de inadmisión pueden convertirse razonablemente en causas de desestimación sin afectación del derecho a los recursos.

2.3. | Derecho de acceso a los recursos y recurso de casación:

Son varios los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia:

1) El recurso de casación está sometido a requisitos o condicionamientos predeterminados por normas cuya interpretación, al ser de legalidad ordinaria, corresponde a los tribunales de Justicia ordinarios y no al Tribunal Constitucional. Dada la función complementaria que el sistema de fuentes del art. 1.6 del Código civil reconoce a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene la casación un carácter especialmente restrictivo y exigente (STC 6/1989). El recurso de casación sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma alejándole de cualquier semejanza con la tercera instancia (STS de 3 de junio de 1998, Ar. 3756).

2) El legislador es libre de determinar los supuestos en que procede el recurso de casación, limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación. Es sin embargo contrario al derecho a la tutela judicial negar el acceso a dicha vía de recurso en atención a una causa legalmente inexistente o en aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas de inadmisión (STC 7/1989).

3) La vulneración constitucional sí podría tener lugar cuando la interpretación de un motivo de casación y su aplicación al caso concreto sean injustificadas o arbitrarias (STC 115/1990 y 177/1991).

4) Por otra parte no fueron en su momento susceptibles de impugnación casacional las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales en los juicios verbales sobre uso y circulación de vehículos de motor (derogada tácitamente, según general opinión, la Disposición Adicional 3ª de la L.O. 3/1989, de 21 de junio). Existían sólidos elementos de juicio, según la jurisprudencia, para deducir del silencio legal la voluntad del legislador de vedar el acceso casacional a las sentencias dictadas en esta clase de procesos y por mucho que los órganos jurisdiccionales deban utilizar criterios interpretativos de los requisitos formales

que condicionan la admisibilidad de los recursos, favorables a dicho acceso (STC 116/1990) nunca puede ello conducir a la apertura de la casación a una resolución que el legislador no ha declarado susceptible de tan extraordinario recurso (ATSJ de Navarra de 27 de junio de 1992).

2.4. | Derecho de acceso a los recursos y deber de motivación:

1) No cabe entender transgredida la exigencia constitucional del deber de motivación ni por tanto vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la "ratio" de la decisión se encuentra en las propias facultades que el ordenamiento procesal aplicable confiere al órgano jurisdiccional (ATS de 9 de junio de 1998, Ar. 5323).

2) La apreciación de una causa de inadmisión del recurso prevista en la Ley, de manera razonada y no arbitraria, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 149/1995).

CAPITULO III

ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN ORDINARIA:

Realizado el análisis de los textos internacionales y constitucionales cabe concluir que los recursos y medios de impugnación (remedios, recursos, acciones impugnativas autónomas u oposición a resoluciones provisionales) serán los propios de cada ordenamiento jurídico, aunque deberán respetar, para cada trámite, los principios contenidos en los convenios internacionales en el sentido expuesto y la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por ello, en la interposición, admisión, tramitación y resolución de los recursos ordinarios o extraordinarios, devolutivos o no devolutivos deberemos estar atentos a que se respeten los derechos reconocidos en los Convenios y en la Constitución.

Para acabar este trabajo he creído conveniente destacar los rasgos generales de los principales recursos en el ordenamiento jurídico español, recursos de alcance similar al de otros ordenamientos y sobre el que deben volcarse los principios hasta ahora analizados. No se trata de una exposición sistemática y completa del sistema de recursos sino del recor-

datorio de los trazos fundamentales de los recursos de apelación, casación e infracción procesal como los más genuinos instrumentos para el control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales.

La exigencia de legitimación y gravamen sigue siendo predicable de todo recurso. La primera ha sido ampliada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ampliación de la legitimación activa procesal, de manera que puede recurrir no sólo las partes titulares de la relación jurídica litigiosa sino todos los interesados con interés legítimo que hayan sido admitidos como parte procesal. El gravamen es exigible en todo caso: sólo se puede recurrir si la resolución inicial ha sido contraria a los intereses del apelante.

3.1. | El recurso de apelación:

Es cauce hábil tanto para el control de los errores de hecho como de derecho, sean estos procesales o sustantivos. Se trata de un recurso ordinario, devolutivo, esencialmente escrito (en España), de alcance universal pues no existe una regla de “*minimis*” que impida el recurso, una cantidad mínima respecto a la que se vete la apelación.

La competencia para la resolución del recurso de apelación corresponde a la Audiencia Provincial, salvo las apelaciones contra resoluciones de los Jueces de Paz. La apelación permite un examen completo de las actuaciones y de las pruebas, ampliable a las pruebas propuestas, admitidas y practicadas en fase de apelación.

La apelación se rige por los principios de limitación (“*tantum apel.latum quantum devolutum*”), perpetuación (“*pendente apel.latione nihil innovetur*”) y proscripción de perjuicio (“*reformatio in peius*”). El primero supone, como es sabido, que el objeto procesal se limita en apelación a los extremos que el apelante impugna de la resolución de instancia, de manera que los extremos no impugnados devienen firmes. El segundo significa que, salvo excepciones, el objeto del recurso no admite ser modificado con alegaciones complementarias o hechos nuevos en fase de recurso. El tercero implica que en ningún caso el apelante puede verse perjudicado de

manera que no sólo se le desestime el recurso sino que además se incremente el alcance de la condena de instancia que el apelado toleró.

La substanciación se divide en las siguientes fases: a) preparación del recurso, en nuestro ordenamiento mediante anuncio ante el Juez de instancia; b) interposición del mismo, por escrito, según nuestras reglas procesales, presentado ante el mismo juez, con traslado de parte contraria; c) remisión de los autos al órgano superior para su tramitación y resolución; d) admisión de pruebas, si procede, en la segunda instancia, vista (optativa en nuestro sistema) y fallo.

3.2. | El recurso de casación:

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000 ha dado al recurso de casación su genuino carácter de recurso “in iudicando”, por infracción de ley o doctrina legal, dejando para el recurso por infracción procesal el control de los vicios “in procedendo”.

Son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en materia de derechos fundamentales, aquéllas de cuantías superior a los 150.000 euros (25 millones de pesetas) y las resoluciones con “interés casacional” (es decir, las que se oponen a la doctrina del Tribunal Supremo, las que se producen en temas con jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y las que versan sobre normas que lleven menos de cinco años en vigor, sirviendo estos mismos criterios para el Tribunal Supremo y para los Tribunales Superiores de Justicia en los supuestos en que son competentes para el recurso de casación).

La competencia corresponde al Tribunal Supremo. No obstante entenderán los Tribunales Superiores de Justicia cuando los recursos se funden exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto la atribución. Los motivos deben basarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

El importante acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida

en Junta General el 12 de diciembre de 2000, muestra las nuevas orientaciones en la admisión y tramitación de este recurso:

Sólo se admite recurso de casación contra las resoluciones de las Audiencias Provinciales en forma de sentencia, lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esta forma. Teniendo en cuenta que se generaliza la forma de sentencia para la resolución de todos los contenciosos, incluso para el incidente de oposición a la ejecución, podemos afirmar que la situación no ha cambiado respecto a la legislación anterior.

Se admitirá el recurso de casación por infracción de derechos fundamentales (477.1 LEC) con exclusión del derecho de rectificación.

Por razón de la cuantía (477.2 LEC) se admitirá recurso de casación contra sentencias dictadas en juicio ordinario cuando ésta exceda de 150.000 euros (25 millones de pesetas), quedando excluidas las sentencias dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el juicio verbal.

Por el ordinal 3 del art. 477 LEC sólo se admitirá recurso de casación cuando la materia presente interés casacional. Ello sólo podrá darse en sentencias recaídas en juicio ordinario por razón de la materia (excepto derechos fundamentales) y en juicio verbal por razón de la materia así como en los procesos especiales regulados en el Libro IV LEC (derecho de familia, monitorio y cambiario) o en otros procesos especiales de la propia LEC y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas (hoy Reglamento 1347/2000) y Lugano.

También serán susceptibles de recurso de casación (477.2 LEC): a) las sentencias dictadas en procesos relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona tramitados como juicio declarativo (anterior a la LEC) o por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre; b) los viejos declarativos ordinarios de mayor o menor cuantía, seguidos por razón de la cuantía, siempre que ésta exceda del límite de 150.000 euros (25 millones de pesetas); c) las sentencias dictadas en procesos declarativos (viejos) sustanciados por razón de la materia, así como en procesos especiales (vie-

jos), cuando se justifique interés casacional, excepto en los juicios ejecutivos (Disp. Transitoria 5ª de la LEC).

Estos criterios han sido recogidos, entre otros, en autos de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 y 27 de mayo, 10 y 24 de abril, 3 y 29 de mayo de 2001.

La substanciación del recurso se desarrolla en las siguientes fases: a) preparación del recurso, ante la Audiencia Provincial; b) interposición del mismo; c) remisión de los autos al tribunal que debe resolverlo; d) decisión sobre admisión o no del recurso de casación (existiendo un elenco de causas en el art. 483.2 LEC); e) traslado a las partes personadas; f) sentencia.

3.3. | El recurso extraordinario por infracción procesal:

Es heredero del antiguo recurso de nulidad y del recurso de injusticia notoria de la LEC de 1851 y también del recurso de casación por quebrantamiento de forma de la LEC de 1881. Este nuevo recurso por infracción procesal es incompatible con el nuevo recurso de casación, de manera que la parte perjudicada debe escoger entre ambos recursos, lo que parece implicar una desconfianza del legislador sobre la posible alegación de defectos procesales en casación.

Son recurribles por este trámite las resoluciones dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales que infrinjan normas de procedimiento y el recurso será competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Con carácter transitorio se ha hecho cargo la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición final decimosexta de la LEC.

Los motivos del recurso son: a) infracción de las normas procesales sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional; b) infracción de normas que regulan la sentencia (carga de la prueba, exhaustividad y congruencia, reserva de liquidación, condenas de futuro y acciones colectivas); c) infracción de normas procesales que regulan actos y garantías causando

nulidad o indefensión; d) vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE.

Como se puede ver este recurso es el medio paradigmático de control de los excesos en el ejercicio de la jurisdicción y por tanto tiene un claro alcance constitucional.

La rica doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las garantías del art. 24 CE es aquí aplicable y, sin ánimo de ser exhaustivos citamos aquí los aspectos más destacados de esa doctrina, en torno a la tutela judicial efectiva como concepto “poliédrico”:

El emplazamiento eficaz.

El carácter supletorio y formal del emplazamiento edictal.

El principio de igualdad y la audiencia bilateral.

El derecho a utilizar los medios de prueba.

El deber de motivación y la congruencia.

La evitación de interpretaciones rigoristas y el principio de subsanabilidad.

Las dilaciones indebidas.

La intangibilidad de las resoluciones judiciales.

El derecho a los recursos.

El respeto del precedente.

La intermediación, concentración y audiencia.

Estos aspectos son los llamados a integrar el contenido doctrinal de los recursos extraordinarios por infracción procesal. La mayor parte de estos temas han sido tratados en otros apartados de este Curso.

Existe además, en el ordenamiento jurídico español, un recurso en interés de ley para la unidad de doctrina jurisprudencial (arts. 490 y ss. LEC).

BIBLIOGRAFÍA

BARTOLOMÉ, S. CONFORTI, B. y RAIMONDI, G: Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Ed. Cedam, Roma, 2001.

PULIDO QUECEDO, M.: La Constitución Española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi, 1996.

RAMOS MENDEZ El procés civil del segle XXI. Seminari. Recull d'aportacions dels ponents, Documenta, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2003.

VAN DIJK, P. y Van HOOFF, G.H.J.: Theory and Practice of the European convention on Human Rights, The Hague, Ed. Kluwer Law, 1998.

Pueden consultarse también los Tratados generales sobre Derecho Constitucional y Derecho Procesal civil, cuya cita se obvia, por conocida.

MODULO VII

**DERECHO PROCESAL CIVIL
INTERNACIONAL**

**EL DERECHO PROCESAL
CIVIL INTERNACIONAL**

PARTE I

DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

*Dr. Genaro Alberto
Silvetre Scroggins*

Juez de la Cámara Civil y Comercial
de La Romana.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

La jurisdicción, como expresión de la soberanía del Estado, tiene la misma extensión que ella y, teniendo esta un carácter nacional, sus límites se encuentran en la coexistencia con otros Estados, cada uno de los cuales ejerce, dentro del ámbito de su propia soberanía, su propia jurisdicción nacional.

Cada Estado tiene sus propias normas para el funcionamiento de su jurisdicción nacional, pero las relaciones entre estos con otros estados, o entre los ciudadanos de diferentes Estados, hacen necesario la formación de normas que permitan el funcionamiento de la jurisdicción propia más allá de las fronteras de cada nación. Esto se materializa a través de los tratados y convenciones internacionales que tienen la común finalidad de unificar las legislaciones, cuando menos en cuanto se refiere a los aspectos fundamentales.

Para el presente curso nos dedicaremos, exclusivamente, a las normas de procedimiento civil de alcance supranacional y que constituyen lo que ha sido denominado como Derecho Procesal Civil Internacional.

CAPITULO I

CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. PRINCIPALES FUENTES Y FUNDAMENTOS.

Para ubicarnos en el Concepto de lo que es el Derecho Procesal Civil Internacional es necesario hacer un examen general a los conceptos que le han precedido en los anales del estudio de las ciencias jurídicas tales como: 1) El Derecho Internacional: Se llama así al conjunto de normas que rigen las relaciones recíprocas de las Repúblicas con las demás Naciones o Estados o de ciudadanos y ciudadanas de diferentes nacionalidades, por lo que distinguen en esta materia dos vertientes jurídicas bien definidas como son el *Derecho Internacional Público* y el *Derecho Internacional Privado*. En realidad ambos constituyen una sola ciencia; su nombre genérico denota que ambos tienden a regular relaciones de carácter internacional; pero mientras el *Derecho Internacional Público* tiene como sujetos los diferentes Estados e intereses generales que entrañan cuestiones de soberanía, el *Derecho Internacional Privado* trata las relaciones que un Estado mantiene con individuos de otras nacionalidades y con otros Estados como sujeto de derecho privado, y entre ciudadanos de diferentes nacionalidades.

El Derecho Internacional Privado regula, según la legislación de cada país,

las relaciones jurídicas que los extranjeros pueden tener en él, en razón de su propia persona, de los bienes que posean, la forma de adquirirlos o enajenarlos, o de los actos jurídicos que, en general, realicen en el territorio de un Estado como sujeto de derechos y obligaciones sin ser nacionales de este. El *Derecho Internacional Privado* reglamenta las relaciones entre los particulares con un Estado distinto de su nacionalidad, estudia los conflictos jurídicos que se plantean entre el Derecho nacional y el extranjero, respecto de la capacidad o la calidad de una persona en la formación de los contratos o en cuanto al ejercicio de un derecho cualquiera, dicta disposiciones y propone soluciones para resolver conflictos, determina la forma en que se reconoce o acuerda la calidad de nacional, cual es la situación de los Extranjeros y de los actos que realicen, que deben hacer para que se les permita ejercer determinadas actividades en el territorio nacional.

El *Derecho Procesal Civil Internacional*, es una rama del Derecho Internacional Privado, y lo constituyen el conjunto de normas que regulan el procedimiento a seguir para determinar los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados y el marco en que habrán de regir las legislaciones encaminadas a regular las relaciones jurídicas entre los Estados con los nacionales extranjeros y entre sus nacionales con personas de otras nacionalidades y la forma de solucionar los conflictos jurídicos con motivo de esas relaciones.

Fuentes: Las normas del Derecho Procesal Civil Internacional se nutren de tres fuentes principales: **a)** La Constitución; **b)** Los Tratados Internacionales; **c)** La ley nacional y cada una de estas a su vez se nutre de sus propias fuentes particulares.

Las disposiciones legales relativas al *Derecho Procesal Civil Internacional*, tienen su origen en la convenciones o acuerdos suscritos entre los diferentes Estados, denominados comúnmente Tratados Internacionales, pero estos tratados no tendrían aplicación dentro de los límites territoriales de las naciones de los Estados suscriptores si esto no fuera permitido por la Constitución Política de cada Estado.

Desde la fundación de la República, la Constitución promulgada el 6 de

noviembre del año 1844, en su Art. 35 disponía: “*No podrá hacerse ninguna ley contraria a la letra ni al espíritu de la constitución; en caso de duda, el texto de la Constitución debe prevalecer*”, esta disposición expresada en términos absolutos, ya que preveía la posibilidad de la existencia de leyes contrarias a la constitución, no solo en cuanto a la letra sino, además en cuanto al espíritu, fue transformándose a través del tiempo para convertirse en lo que es hoy el Artículo 46 que escapó a la mas reciente reforma constitucional ocurrida en el año 2002, el cual establece, en términos menos absolutos pero mas amplios, lo siguiente: “*Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución*”, por lo que, cualquier disposición jurídica, de origen nacional o extranjero debe ser conforme a la Constitución de la República para que tenga aplicación en el Territorio de la República Dominicana.

En lo referente a las legislaciones internacionales, en el caso particular de la República Dominicana la Constitución vigente dispone, en su Artículo 3, lo siguiente: “*... La República Dominicana reconoce y aplica las normas de Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado ...*”, de donde surgen las consecuencias siguientes:

- 1) Para que una norma de Derecho Internacional tenga aplicación en la República Dominicana, tiene que existir previamente como tal, es decir, como norma de Derecho Internacional y esto en virtud de un tratado o convención internacional;
- 2) Que la aplicación de esa norma no sea contraria a la Constitución;
- 3) Que exista una ley o norma nacional aprobada conforme a la Constitución que haya adoptado o aprobado esa norma de derecho internacional.

Como se ve, en la República Dominicana la Constitución constituye, a lo interno, la primera fuente del Derecho Procesal Civil Internacional, toda vez que las normas que de este se derivan no tendrían aplicación de no ser permitido por la Constitución. La segunda fuente la constituyen los

Tratados Internacionales, los que al ser suscritos por los Estados adquieren vigencia internacional pero su aplicación en el territorio de cada Estado está determinada por las leyes nacionales de cada uno de ellos, dando paso a la tercera fuente que es la ley nacional.

Como la fuente mas relevante y de mayor alcance, la constituyen los Tratados Internacionales, a ellos dedicamos el siguiente punto de este Tema.

CAPITULO II

LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Unos de los principales estudiosos del tema en nuestro país, el Dr. Luis Arias Núñez, en su libro “Manual de Procedimientos de Tratados Internacionales”, define los Tratados Internacionales como “... *un acuerdo celebrado por escrito entre sujetos de derecho internacional, regidos por el Derecho Internacional y llamado a regular sus relaciones mediante la creación de derechos y deberes mutuos*” y, continúa diciendo el referido tratadista dominicano en la obra citada: “Esa definición comprende los elementos característicos de todo tratado, a saber:

- a) La naturaleza jurídica de un tratado internacional la constituye el acuerdo, es decir, la coincidencia de las voluntades de las partes en dicho tratado;
- b) Las partes en el tratado deben poseer personalidad jurídica internacional;
- c) Todo tratado, como acto jurídico internacional se rige por el Derecho Internacional, del cual depende directamente;
- d) Un tratado internacional, es un acto expresado claramente por lo gene-

ral, por escrito; aunque teóricamente no se excluye la posibilidad de celebrar acuerdos orales; Así lo deja entrever el Art. 3 de la Convención de Viena del 1969, al salvaguardar el valor jurídico de los “Acuerdos Internacionales no celebrados por escrito”.

Ahora bien, tanto la citada Convención de Viena, como la Convención de Tratados suscrita en la VIII Conferencia Interamericana celebrada en la Habana, en 1928, consagran la forma escrita de los Tratados.

e) Los Tratados Internacionales como acto jurídico están llamados a crear derechos y deberes entre quienes los celebren. O si se quiere, a crear, modificar o abolir una situación de derecho.¹

1) ARIAS N., Luis, Manual de Procedimientos de Tratados Internacionales, Santo Domingo: Editora Centenario, S. A., 2001, 145 p.; (Colección Derecho y Política;11)

CAPITULO III

APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA REPUBLICA DOMINICANA.

Además del texto precedentemente transcrito del Art. 3 de la Constitución de la República Dominicana, el Art. 37 de la misma señala, dentro de las atribuciones del Congreso Nacional, en su párrafo 14, lo siguiente: “Aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo”, por otra parte, el Art. 55, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, establece en su párrafo 6, lo siguiente: “Presidir todos los actos solemnes de la Nación, dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las naciones extranjeras u organismos internacionales, debiendo someterlos a la aprobación del Congreso, sin lo cual no tendrán validez ni obligarán a la República”.

En resumen, ningún tratado o convención internacionales tendrá aplicación en la República Dominicana si este no es concertado por quien tenga autoridad para ello y aprobado por el organismo de estado llamado a aprobarlo, todo conforme a las disposiciones combinadas de los Art. 3, 37, párrafo 14, 46 y 55, párrafo 6 de la Constitución de la República.²

2) Véase Constitución de la República 2002.

CAPITULO IV

CONFLICTOS ENTRE LA LEY NACIONAL Y LA EXTRANJERA.

A diferencia de otros sistemas jurídicos que se dedican solo a resolver el problema jurisdiccional, o el conflicto de leyes únicamente, o el problema de extranjeros, nuestro sistema lo trata de manera integral.

En Derecho Internacional Privado, todo conflicto internacional puede presentar uno de los siguientes problemas en su solución:

- 1) El de *la calificación*, es decir, la identificación de que en realidad el asunto reviste la categoría de un conflicto internacional, lo cual implica no solo la participación de actores de distinta nacionalidad, sino que, además, le ejecución, ya sea del tratado o de la convención tienda a regular situaciones o cosas en mas de un Estado;
- 2) *La Competencia*, reenvío, identificado el asunto como un conflicto de carácter internacional, es necesario determinar cual es la jurisdicción encargada del conocerlo;
- 3) *El orden Público*, los primeros dos (2) ordinales están subordinados a que interese al orden público la solución del conflicto, y

- 4) *El fraude a la ley*, que una vez determinados los tres primeros ordinales, es necesario determinar la ley aplicar en cada caso.³

La *Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, ofrece los lineamientos generales sobre la aplicación de la ley o derecho extranjero en la solución de conflictos vinculados a este y prevé que, en defecto de la existencia de una norma internacional, los Estados parte de dicha convención, aplicarán las reglas de su derecho interno, por lo que, a partir de la puesta en vigencia de esta convención las partes en un conflicto internacional podrán invocar y probar la existencia de una ley internacional que le sea aplicable y, a falta de la existencia de esta, los jueces aplicaran la ley de derecho interno.

Veamos el texto integro de los siguientes artículos de la citada convención:

Artículo 1: La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con el derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.

En defecto de esta norma internacional, los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

Artículo 2: Los Jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

Artículo 3: Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

Artículo 4: Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los Estados Partes que haya resultado aplicable.

³ DEL ROSARIO, Juan Ml. Elementos de Derecho Internacional Privado. Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2002. 303

Artículo 5: La Ley declarada aplicable por una convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicable en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público.

Artículo 6: No se aplicará como derecho extranjero el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de otro Estado Parte.

Quedará juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención de las partes interesadas.

Artículo 7: Las situaciones jurídicas validamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las que tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Artículo 8: Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

Artículo 9: Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma situación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto. (Véase Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado Aprobada en Uruguay el 8/5/1979).⁴

⁴ DEL ROSARIO, Juan Ml. Elementos de Derecho Internacional Privado. Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2002. 303 p.

CAPITULO V

LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL FRENTE A LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN EXTRANJERA.

Con respecto a los extranjeros, el Código Civil dominicano dispone que estos disfrutarán en la República Dominicana de los mismos derechos civiles que los concedidos a los dominicanos por los tratados de la nación a la que el extranjero pertenezca; así mismo, dicho texto dispone que el extranjero a quien el gobierno hubiese concedido fijar en la República Dominicana su domicilio, gozará de todos los derechos civiles, mientras resida en el país.

El extranjero, aunque no resida en la República, podrá ser citado ante los Tribunales de ella, para la ejecución de las obligaciones contraídas por él en la República y con un dominicano; podrá ser llevado a los tribunales en lo que se refiere a las obligaciones contraídas en país extranjero respecto de los dominicanos.

Un dominicano podrá ser citado ante los Tribunales de la República, por causa de obligación por él mismo contraídas en país extranjero y aun con extranjeros.

Aparte de las disposiciones antes transcritas de la “Convención

Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, el Código de Derecho Internacional Privado, en su Libro Cuarto, Título Primero, contiene los principios generales sobre este tema, que son:

Como una regla general, dicho Código, en su Artículo 314 dispone que la ley del Estado contratante es la que determina la competencia de los Tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones.

Otros aspectos relacionados con el tema son tratados por los Art. 315 al 317, ambos inclusive, los cuales se transcriben íntegramente a continuación:

Artículo 315: Ningún Estado contratante organizará o mantendrá en su territorio Tribunales especiales para los miembros de los demás Estados contratantes.

Artículo 316: La competencia *ratione loci* se subordina, en el orden de las relaciones internacionales, a la ley del Estado contratante que la establece.

Artículo 317: La Competencia *ratione materiae* y *ratione personae*, en el orden de las relaciones internacionales, no debe basarse por los Estados contratantes en la condición de nacionales o extranjeras de las personas interesadas, en perjuicio de estas.

CAPITULO VI

REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.

En cuanto a este tema y siguiendo los principios generales trazados por las disposiciones del Título Segundo, Capítulo I del Código de Derecho Internacional Privado podemos decir que, en Derecho Procesal Civil Internacional existen cinco (5) aspectos básicos a tomar en cuenta para determinar la competencia de los Tribunales para el conocimiento y decisión de los conflictos jurídicos de orden privado, que son:

- 1) En función de la elección de las partes, pudiendo ser esta expresa o tácita;
- 2) En función del lugar del cumplimiento de la obligación;
- 3) En función del domicilio de las partes;
- 4) En función de la situación del o de los inmuebles en el proceso para el caso de acciones reales sobre inmuebles;
- 5) En función del objeto de la demanda en el caso de acciones mixtas de deslinde y subdivisión de la comunidad, también en caso de partición de bienes sucesorales en caso de sucesión ab intestato y otros.

A continuación transcribo, in extenso, el articulado del Código de Derecho Internacional Privado del cual he extraído los principios antes mencionados.

Artículo 316: Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos que se originen en las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante al que el Juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.

Artículo 319: La sumisión solo podrá hacerse al juez que ejerza jurisdicción ordinaria o que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado.

Artículo 320: En ningún caso podrán las partes someterse expresa o tácitamente para un recurso a juez o Tribunal diferente de aquel a quien esté subordinado, según las leyes locales, el que haya conocido en primera instancia.

Artículo 321: Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometan.

Artículo 322: Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante por el hecho de acudir al Juez interponiendo la demanda y por el demandado como hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión como no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiere en rebeldía.

Artículo 323: Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será Juez competente para el ejercicio del acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia.

Artículo 324: Para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles, será competente el Juez de la situación, y si no fuere conocida del

demandante, el del domicilio, y en su defecto el de la residencia del demandado.

Artículo 235: Para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles y para el de las acciones mixtas de deslinde y subdivisión de la comunidad, será Juez competente el de la subdivisión de los bienes.

Artículo 326: Si en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores hubiere bienes situados en mas de un Estado contratante, podrá acudir a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohíba para los inmuebles la ley de la situación.

Artículo 327: En los juicios de testamentaria o abintestato será juez competente el del lugar en que tuvo el finado su ultimo domicilio.

Artículo 328: En los concursos de acreedores y en las quiebras, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor en ese Estado, será juez competente el de su domicilio.

Artículo 329: En los concursos o quiebras promovidos por los acreedores, será Juez competente el de cualquiera de los lugares que esté conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor, si este o la mayoría de los acreedores lo reclamasen.

Artículo 330: Para los actos de jurisdicción voluntaria y salvo también el caso de sumisión y de derecho local, será competente el Juez del lugar en que tenga o haya tenido su domicilio, o en su defecto, la residencia, la persona que los motive.

Artículo 331: Respecto de los actos de jurisdicción voluntaria en materia de comercio y fuera del caso de sumisión y salvo el derecho local, será competente el Juez del lugar en que la obligación deba cumplirse o, en su defecto, el del lugar del hecho que los origine.

Artículo 332: Dentro de cada Estado contratante, la competencia preferente de los diversos jueces se ajustará a su derecho nacional.

(Véase también Art. 11 al 15 del Código Civil dominicano)

El Dr. Juan Ml. del Rosario, en su obra citada, transcribe las disposiciones de un convenio internacional, el cual, por su vinculación con este tema, lo reproduzco a continuación:

El convenio Lugano del 16 de septiembre del 1988, Sección 2, en su artículo 5, dispone: “Las personas domiciliadas en un Estado Contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

- 1) En materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, ese lugar será aquel en el que estuviere situado el establecimiento que le hubiere contratado.
- 2) En materia de alimentos, ante el Tribunal del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos, o si se tratare de una demanda incidental, a una acción relativa al Estado de las personas, ante el Tribunal competente según la *Ley del Foro* para conocer del este, salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes.
- 3) En materia delictual o cuasi delictual, ante el Tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.
- 4) Si se tratare de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, ante el Tribunal que conociere de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho Tribunal pudiere conocer de la acción civil.
- 5) Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el Tribunal del lugar en que se hallaren situados.

Artículo 6: Las personas a las que se refiere el artículo anterior podrán también ser demandadas:

- 1) Si hubiere varios demandados, ante el Tribunal del domicilio de cualquiera de ellos.

2) Si se tratare de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el Tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado.

3) Si se tratare de una reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial ante el Tribunal que estuviere conociendo de esta última.

4) En materia contractual, si la acción pudiera acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado, ante el Tribunal del Estado contratante en el que estuviere sito el inmueble.⁵

⁵⁾ Del Rosario, Juan Ml. Elementos de Derecho Internacional Privado. Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2002. 303 p.

CAPITULO VII

EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE COMPETENCIA EN DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.

El Código de Derecho Internacional Privado en su *Título segundo, Capítulo II*, prevé varias excepciones a los principios generales que hemos tratado respecto de la competencia de los Tribunales. Estas excepciones están fundadas en la autonomía de los Estados contratantes y sus Jefes de Estado, salvo sumisión expresa, según se puede advertir del contenido de los textos de dicho Código que se transcriben a continuación:

Artículo 333: Los jueces y Tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer de los asuntos civiles o mercantiles en que sean parte demandada los demás Estados contratantes o sus jefes, si se ejercita un acción personal, salvo el caso de sumisión expresa o demandas reconventionales.

Artículo 334: En el mismo caso y con la propia excepción, serán incompetentes cuando se ejerciten acciones reales, si el Estado contratante o sus jefes han actuado en el asunto como tales y en su carácter público, debiendo aplicarse lo dispuesto en el Artículo 318.

Artículo 335: Si el Estado extranjero contratante o su jefe han actuado como

particulares o personas privadas, serán competentes los jueces o tribunales para conocer de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si esta competencia le corresponde conforme a este Código.

Artículo 336: La regla del Artículo anterior será aplicable a los juicios universales sea cual fuere el carácter con que ellos actúen, el Estado extranjero contratante o su jefe.

Artículo 337: Las disposiciones establecidas en los artículos anteriores, se aplicarán a los funcionarios *diplomáticos extranjeros* y los comandantes de buques o aeronaves de guerra.

Artículo 338: Los *cónsules no estarán exentos* de la competencia de los jueces y Tribunales civiles del país en que actúen, sino para sus actos oficiales.

Artículo 339: En ningún caso podrán adoptar los jueces o tribunales medidas coercitivas o de otra clase que hayan de ser ejecutadas en el interior de las Legaciones o Consulados o sus archivos, ni respecto de la correspondencia diplomática o consular sin el consentimiento de los respectivos funcionarios diplomáticos o consulares.⁶

⁶) Código de Derecho Internacional

CAPITULO VIII

LA FIANZA AL EXTRANJERO O FIANZA JUDICATUM SOLVI.

Definición: La Fianza del Extranjero o fianza judicatum solvi consiste en la garantía que debe prestar un extranjero para el reembolso de las costas del procedimiento y las reparaciones de los daños y perjuicios a los que pudiere ser condenado para poder litigar ante los Tribunales dominicanos ya sea como demandante principal o interviniente voluntario.

Con respecto a la fianza para accionar en justicia en material civil, los nacionales de los Estados suscriptores del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), pueden oponer a esta excepción las disposiciones del Artículo 383 del referido Código que establece: *“No se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en, juicio”*; Sin embargo, respecto de los países no suscriptores del referido tratado y salvo acuerdo en contrario, la República Dominicana prevé en su legislación vigente la prestación de la fianza judicatum solvi para los Extranjeros Transeúntes, en dos de sus códigos.

El Código de Procedimiento Civil Dominicano, prevé en su Artículo 166 lo

siguiente: *“El extranjero transeúnte que actúe como demandante principal o interviniente ante cualquier Tribunal o juzgado de la República, que no sea un Juez de Paz, si el demandado lo propone antes de toda otra excepción, deberá afianzar previamente el pago de las costas y de los daños y perjuicios a que pudiere ser condenado.”*, esta disposición, que data del año 1919, cuando fue promulgada la ley No. 295 que en su artículo 2 que introdujo una modificación al referido texto, limita su aplicación a los Tribunales o juzgados excluyendo expresamente a los Juzgados de Paz; sin embargo, con la modificación introducida por el Art. 4 de la Ley No. 845 del 15 de julio del año 1978, al Artículo 16 del Código Civil, la excepción tiene un alcance mas amplio incluyendo en ella a los Juzgados de Paz, en los siguientes términos: *“Art. 16: En todas las materias y todas las jurisdicciones, el extranjero transeúnte que sea demandante principal o interviniente voluntario estará obligado a dar fianza para el pago de las costas y de los daños y perjuicios resultantes de la litis, a menos que posea en la República inmuebles de un valor suficiente para asegurar ese pago”*.

Es importante llamar la atención sobre la terminología empleada en estas disposiciones legales, es el caso de los términos *“extranjero transeúnte”* que es objeto de frecuente controversia en los Tribunales debido a que la ley no describe estos conceptos para los fines de la aplicación de la disposición legal que prevé la prestación de la fianza.

Ninguna disposición legal, aparte del reglamento para la aplicación de la ley de migración, define los conceptos *“extranjero transeúnte”*, no obstante, por tratarse esta de una ley especial, de orden público, la misma es de interpretación restrictiva, por tanto tal definición solo aplica para los fines de la referida ley para la cual fue creada, es por esta razón que esta definición no puede ser extrapolada para ser aplicada a la terminología empleada por otras leyes, en consecuencia, como ningún texto legal vigente en la República Dominicana da una definición que pueda tener una aplicación general a los conceptos *“extranjero transeúnte”*, es necesario entender como extranjero transeúnte, la mas amplia de las definiciones, por lo que tienen esta condición los extranjeros que se encuentran de transito en el territorio de la República, es decir, que no tiene domicilio fijo o permanente en nuestro territorio o que solo tiene un domicilio accidental, como ocurre con una persona que se encuentra como turista

en el país o que ha ingresado al territorio dominicano de manera provisional a cumplir algún destino o en cumplimiento de un trabajo determinado que no implique fijar residencia legal en la República.

En su obra “*Elementos de Derecho Procesal Civil*”, el Dr. Froilan Tavarez Hijo, al referirse a la condición de extranjero transeúnte lo define simplemente como carente de domicilio en la República.⁷

Por aplicación de la regla de que toda ley nueva deroga la anterior en cuanto le sea contraria, las disposiciones del Art. 166 del Código de Procedimiento Civil Dominicano que datan del 1919, año en que fue hecha la modificación del referido Artículo, quedaron implícitamente derogadas por las disposiciones del Art. 383 del Código de Derecho Internacional Privado a partir de su entrada en vigencia en la República Dominicana en 1928, esto así respecto de los nacionales de los países suscriptores del referido tratado. Unos cincuenta años mas tarde otra disposición reprodujo la prestación de esta garantía para los extranjeros transeúntes en la República Dominicana, me refiero a la Ley 845 del 15/7/1978 que modificó las disposiciones del Art. 16 del Código Civil dominicano, aunque como examinaremos mas adelante en el *Punto X* de este ensayo bajo el titulo “*El Acceso A La Justicia En Derecho Procesal Civil Internacional*”, las disposiciones de la referida Ley No. 845 no se anteponen a las del Código de Derecho Internacional Privado, aun cuando su aprobación es posterior a la del referido Código.

La ley no hace excepciones respecto de las jurisdicciones ante las cuales debe ser prestada la fianza para que el extranjero pueda litigar como demandante principal o interviniente voluntario, ni tampoco en cuanto al grado de jurisdicción en que se esté conociendo el asunto, veamos como ejemplo, dos decisiones de la Suprema Corte de Justicia al respecto.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 1/12/1982, B. J. 865, p. 2375.
 “...los países signatarios de la Convención de París de 1928 sobre propiedad industrial gozan de todas las ventajas concedidas a los nacionales, pero con las limitaciones relativas al procedimiento administrativo, competencia, elección de domicilio y constitución de mandatarios, pero deja potestad a los tribunales del otro Estado de establecer la forma en que los extranjeros deberán litigar en los

7) TAVAREZ Hijo, Froilan. Elementos de Derecho Procesal Civil, Santo Domingo: Editorial Tiempo, S. A., 1989. 487 p. Vol. II.

Tribunales dominicanos. Que de conformidad con el Art. 16 del Código Civil, en su redacción actual, el extranjero que no justifique tener bienes inmuebles en la República Dominicana suficientes para asegurar el pago de las costas y daños y perjuicios resultantes de la litis puede exigírsele la fianza judicatum solvi, a pesar de ser un signatario de la indicada convención del 1928.

Sentencia Suprema Corte de Justicia 6/9/1991.

Considerando, que de acuerdo con el Artículo 16 del Código Civil, enmendado por la Ley 845 del 15 de julio del 1978: “En todas las materias y todas las jurisdicciones, el extranjero transeúnte que sea demandante principal o interviniente voluntario estará obligado a dar fianza para el pago de las costas y de los daños y perjuicios resultantes de la litis, a menos que posea en la República Dominicana inmuebles de un valor suficiente para asegurar ese pago”; que, por tanto la fianza debe ser presentada en casación si el demandante desempeñó el papel de demandante originario;

Considerando, Que en el acta de notificación del recurso de casación y del emplazamiento, depositado en el expediente, se expresa que el recurrente P. D., es de nacionalidad francesa, lo que así consta en el memorial de casación; que, por tanto, al ser de nacionalidad extranjera y no haber justificado poseer en el país bienes distintos a los litigiosos, el recurrente, demandante originario en el presente litigio, se encuentra sometido a las prescripciones legales aludidas.

Considerando, que de acuerdo con el Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil la sentencia que imponga la fianza debe fijar la cuantía de la misma;

Considerando, que en el caso procede fijar, además del monto de la fianza, el plazo en el cual debe ser prestada;

Por tales motivos: Primero: Dispone que el recurrente P. D., de nacionalidad francesa, preste en la forma prescrita por la ley, una fianza de RD\$10,000.00; Segundo: Fija un plazo de un mes para la prestación de dicha a partir de la notificación que se le haga del presente fallo, Tercero: Reserva las costas...

Este criterio ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia en varias decisiones.⁸

8) Jurisprudencia. Revista de Ciencias Jurídicas. PUCMM. (1) 27-29, Noviembre 1991.

CAPITULO IX

EXCEPCIONES QUE PUEDE OFRECER EL EXTRANJERO A LA PRESTACIÓN DE LA FIANZA EN LA REPUBLICA DOMINICANA.

Conforme a lo dispuestos por el Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil Dominicano: “La sentencia que impone la fianza fijará también su cuantía. Si el extranjero consigna en el erario la suma fijada por la sentencia, o si demuestra que posee en la República bienes inmuebles, que están en condiciones de poder garantizar el pago de esa suma, será exonerado de dar la fianza”; por otra parte, el Art. 16 del Código Civil dominicano, en su parte in fine ofrece una alternativa al extranjero, en los siguientes términos “ ... a menos que posea en la República inmuebles de un valor suficiente para asegurar ese pago.”

De la lectura de los textos transcritos se desprende que el extranjero transeúnte puede librarse de la prestación de la fianza de dos maneras: 1º. Si justifica poseer en la República bienes inmuebles de un valor suficiente capaz de asegurar el pago de las sumas a las que pudiere ser condenado por concepto de costas procesales y reparación de daños y perjuicios y; 2º. Si consigna en el erario la suma fijada por la sentencia; esto último arroja varias incógnitas, ¿Si el objetivo es evitar la prestación de la fianza, en que consiste entonces el referido deposito?, ¿Cuál es la sentencia que fija la suma que el extranjero depositará en el erario?, estas son preguntas cuyas respuestas dejo en manos del lector responder.

CAPITULO X

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.

Salvo lo relativo a la prestación de la fianza *judicatum solvi* prevista en leyes particulares como es el caso del Art. 16 del Código Civil dominicano, modificado por la Ley No. 845 del 15 de Julio del 1978 y el Art. 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil dominicanos, sobre el cual hemos hecho referencia anteriormente en otra parte de este ensayo, los extranjeros disfrutaban en la República Dominicana de los mismos derechos que los nacionales en cuanto al acceso a la justicia y el derecho a comparecer en juicio, según se desprende del contenido de los Artículos 11, 13 y 14 del Código Civil dominicano.

En el ámbito internacional el Código de Derecho Internacional Privado, en el Libro 4to., Título 4to., artículos 382 al 387, traza las reglas generales al establecer que los nacionales de cada Estado contratante gozarán en cada uno de los otros del beneficio de defensa por pobre, en las mismas condiciones que los naturales. Sobre este particular, las disposiciones de los Art. 314 al 317, ambos inclusive, del Código de Derecho Internacional Privado, las cuales han sido transcritas in extenso en otra parte de este ensayo (*Punto V*) establecen los principios generales.

Como hemos dicho anteriormente las disposiciones del Art. 383 del refe-

rido Código que datan del año 1928, entran en aparente contradicción con las disposiciones del Art. 16 del Código Civil Dominicano, digo aparente contradicción puesto que si ha de aplicarse la ley bajo el criterio estrictamente jurídico, entre el Art. 16 del Código Civil y Art. 383 del Código de Derecho Internacional Privado, el segundo de dichos textos es el que ha de prevalecer en la República Dominicana respecto de los nacionales de los países suscriptores del también denominado Código de Bustamante, en virtud del principio de la jerarquía de las normas, puesto que este último constituye una norma de aplicación nacional e internacional en virtud de un tratado internacional suscrito por el Estado Dominicano con otros Estados, conforme a las disposiciones de la Constitución de la República, en cambio, la ley No. 845 del 15 de julio del año 1978 que modificó el Art. 16 del Código Civil Dominicano es una ley adjetiva que en la escala jerárquica de las normas esta por debajo de las disposiciones de un Tratado Internacional como lo es el Código de Bustamante, en consecuencia, la prestación de la fianza judicatum solvi no es aplicable a los nacionales de los Países suscritores de dicho Tratado, a pesar de que una ley nacional de posterior promulgación impone la prestación de fianza judicatum solvi a todos los nacionales extranjeros.

En cuanto al ejercicio de los derechos civiles y el goce de garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante del Código de Derecho Internacional Privado, el Art. 3 de dicho Código las divide estas en las tres clases siguientes:

1) *Las denominadas personales o de orden público interno*, que son las que aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país.

Estas son inherentes a la persona y tienen aplicación sobre esta en cualquier lugar al que se trasladen, por ejemplo: las leyes relativas al pago de impuesto sobre la renta o de seguridad social, o las leyes relativas al matrimonio y la forma de disolverlo.

2) *Las denominadas territoriales, locales o de orden público Internacional* que obligan por igual a los que residen en el territorio, sean o no nacionales.

Estas son las leyes de orden público, de aplicación territorial y cuyo respeto está en el deber de garantizar la comunidad internacional porque implican el ejercicio de la soberanía de los Estados, un ejemplo de ello es la Constitución de la República, tal como lo refiere el Art. 4 del Código de Derecho Internacional Privado.

3) *Las denominadas voluntarias o de orden privado* que se aplican solamente sobre la expresión, la interpretación o de la voluntad de las partes o de alguna de ellas.

Son las que se derivan de las convenciones entre particulares, nacidas de los contratos que, en nuestro país encuentran su regla general en las disposiciones del Art. 1134 del Código Civil.

CAPITULO XI

NOTIFICACIÓN, CITACIÓN Y EMPLAZAMIENTO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.

Ubicándonos dentro del contexto del Derecho Internacional Privado y siguiendo los principios generales trazados por el Código de Bustamante mencionados en el *Punto V* de este ensayo (Competencia de la Jurisdicción Nacional Frente a la Competencia de la Jurisdicción Extranjera, así como lo tratado en el *Punto VI* (Reglas Generales De Competencia En Materia De Derecho Procesal Civil Internacional), llegaremos a la conclusión de que ya sea por la elección de las partes, o por el lugar del cumplimiento de la obligación, o por el domicilio de las partes, o por la situación de los inmuebles en litis, o por el objeto de la demanda, una vez determinada la jurisdicción que habrá de conocer del litigio, el procedimiento a seguir en el caso de que se trate será el establecido en las leyes del país del Tribunal competente, lo que es lo mismo decir, que la forma de citación o emplazamiento estará determinada por la ley del lugar de la jurisdicción competente para conocer del caso.

Sobre este punto el Proyecto de modificación del Código de Procedimiento Civil dominicano, preparado por la Comisión de Reforma y Actualización, en su Art. 4 dice: “*El Tribunal aplicará el derecho que corresponda al proceso,*

*aunque no haya sido invocado por las partes, o lo haya sido erróneamente; sin embargo, no puede ir mas allá de lo pedido ni fundar su decisión en hechos distintos de los ya alegados por las partes. La iniciación del proceso incumbe a las partes, podrán disponer de su derecho en el proceso, salvo aquellos indisponibles por la ley y podrán terminarlos en forma unilateral o bilateral”.*⁹

En Derecho Procesal Civil Internacional hay dos formas en que las partes pueden atribuir competencia al Tribunal que habrá de dirimir una contestación surgida con motivo de la ejecución de un contrato, esto es mediante la sumisión expresa o la tácita (Ver. Art. 316 al 323 del Código Bustamante), en el caso específico de la República Dominicana y como complemento al texto que acabo de mencionar, el Título II, Libro II, del Código de Procedimiento Civil, traza las reglas generales referentes al emplazamiento ante los Tribunales dominicanos; así el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil Dominicano establece ante cual Tribunal deberá ser emplazado el demandado en la República Dominicana en materia personal y, en su parte in fine, dispone lo siguiente: “... *en el caso de elección de domicilio, para la ejecución de un acto para ante el Tribunal del domicilio designado, o el del domicilio real del demandado, de conformidad con el Art. 111 del Código Civil*”

En la República Dominicana el término ordinario de los emplazamientos para aquellos que estén domiciliados en la República, es el de la octava, conforme a las disposiciones del Art. 72 del Código de Procedimiento Civil y, en cuanto se refiere a los no residentes en la República, dicho Código texto dispone en su Art. 73 (modificado por la Ley No. 1821 del 14 de octubre del 1978), lo siguiente:

Art. 73: Si el emplazado residiere fuera de la República, el término será como sigue:

- 1) Alaska, Canadá y Terranova, 30 días;
- 2) Estados Unidos de América, Cuba Haití y Puerto Rico, 15 días;
- 3) México, América Central, incluyendo Panamá y demás Antillas, cuarenta y cinco (45) días;

⁹ Comisión de Reforma y Actualización del Código de Procedimiento Civil. Proyecto del Código de Procedimiento Civil. Santo Domingo: Editora Taina, S. A., 2000. 464 p.

- 4) Estados o territorios suramericanos con litoral en el Mar Caribe, o el Atlántico, sesenta (60) días;
- 5) Estados o territorios suramericanos con litoral en el Pacífico y demás partes de América, sesenta y cinco (65) días;
- 6) Estados o territorios de Europa, excluyendo Rusia, y Estados o territorios del norte de África, sesenta (60) días;
- 7) Rusia y demás puntos de la tierra, ciento veinte (120) días.

Obsérvese que el texto del Art. 73 transcrito no hace distinción entre nacionales o extranjeros, esto así porque, como dijera anteriormente el procedimiento a seguir en esta materia respecto de cualquier caso, es el establecido por la ley del lugar del Tribunal competente para conocer del asunto, mas aun si se toma en cuenta el principio general consagrado en el Art. 1 del Código de Derecho Internacional Privado en los siguientes términos: *“Artículo 1: Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales...”* y en sentido similar se pronuncian los artículos 11, 13 y 14 del Código Civil dominicano.

Como se puede apreciar el referido Art. 73 solo habla de los plazos para comparecer ante el Tribunal una vez determinado que la persona reside fuera del territorio de la República Dominicana, plazo cuya extensión dependerá del país en que se encuentre el demandado, en cambio, la forma de notificación del emplazamiento la regula el Art. 69 del referido Código en su ordinal 8vo. que dispone: *“8vo. A aquellos que se hallen establecidos en el extranjero, se les emplazará en el domicilio del Fiscal del Tribunal que deba conocer de la demanda; el Fiscal visará el original y remitirá la copia al Ministerio de Relaciones Exteriores”*.

En la actualidad la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, comúnmente llamada *“La Chancillería”*, es la institución del Estado Dominicano que en el ordinal 8vo. del Art. 69 copiado, se denominaba como *“Ministerio de Relaciones Exteriores”*; dicha Secretaría es el lugar al que el referido texto señala que el Fiscal deberá remitir la copia del emplazamiento dirigido a una persona establecida o domiciliada en el

extranjero, una vez recibida la copia en la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, esta lo remite al Consulado Dominicano del país donde este ubicado el domicilio de la persona a la que va dirigida el emplazamiento y, conforme a las disposiciones del inciso f) del Art. 2 de la Ley No. 716 del 9 de octubre de 1944, es responsabilidad del Cónsul dar constancia de su actuación cuando recibiere el encargo de la autoridad competente dominicana, de notificar actos de alguacil dentro de su jurisdicción.

Conforme a la referida Ley No. 716, el Cónsul deberá practicar las diligencias necesarias para que el emplazamiento llegue a manos del destinatario y dar constancia de ello y, así mismo, todo documento que se destine a exhibirse ante funcionarios públicos dominicanos, administrativos o judiciales, deberá estar Certificado por el funcionario consular de la jurisdicción en que fuere expedido.

CAPITULO XII

LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.

No puedo dejar de mencionar siquiera grosso modo, el texto de *La Convención Interamericana Sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero*, la cual nos ofrece los lineamientos generales sobre el tema, al establecer, en su artículo 3, lo siguiente: La cooperación internacional de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto en la ley del Estado requerido como por la parte del Estado requeriente.

Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta convención, entre otros los siguientes:

- a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales;
- b) La prueba inicial consistente, en dictámenes de abogados o expertos en la materia;
- c) Los informes del Estado requerido sobre texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

CAPITULO XIII

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN LA REPUBLICA DOMINICANA.

Conforme al Artículo 122 de la Ley 834 del 15 de julio del año 1978 que derogó y sustituyó el antiguo Artículo 546 del Código de Procedimiento Civil: Las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por los Oficiales extranjeros son ejecutorios en el territorio de la República de la manera y en los casos previstos en la ley.

Obsérvese que, en su parte final dicho texto dice “... *de la manera y en los casos previstos en la ley*”, lo que implica que la ejecución no tiene lugar de manera pura y simple, sino que está sujeta al cumplimiento de los procedimientos establecidos en la ley para su ejecución según el caso, lo cual nos remite entonces a las disposiciones legales comunes que regulan la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales nacionales, es el caso de los Art. 113 al 117, ambos inclusive, de la Ley 834 del 15 de julio del año 1978, los cuales prescriben los requisitos para que una sentencia pueda ser ejecutada en la República Dominicana, los cuales se resumen de la siguiente manera:

- a) Que la sentencia no sea susceptible de ningún recurso;

b) Que al momento de la ejecución sea presentada una copia certificada de la sentencia;

c) Que haya sido notificada previamente a aquel a quien se le opone, a menos que la ejecución sea voluntaria;

El Art. 122 de la Ley 838 antes citado prevé, en términos generales, que las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros podrán ser ejecutadas en nuestro país, mientras que el Código Civil dominicano prevé, en sus los 2123 y 2128, del las excepciones sobre casos particulares, como ocurre con el primero de los referidos artículos el cual dispone, con relación a las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros, en su parte in fine lo siguiente: “No puede tampoco resultar la hipoteca de los fallos que se hayan dictado en país extranjero, sino cuando se declaren ejecutivos por un Tribunal de la República, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puedan contenerse en las leyes políticas o en los tratados.” y es precisamente sobre este ultimo punto del texto que se acaba de transcribir, donde interviene la aplicación de las disposiciones de los Art. 423 al 433, ambos inclusive, del Código de Derecho Internacional Privado, las cuales regulan el procedimiento a seguir para la obtención del exequátur para la ejecución en la República Dominicana de las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros.

El término exequátur es una palabra latina que significa: que se ejecute, el Lic. Nestor Contin Aybar, ex presidente de la Suprema Corte de Justicia, lo define de la siguiente forma: “*Ordenanza rendida por el Presidente del Tribunal al pie o al margen de la minuta de la sentencia arbitral, para darle fuerza ejecutoria*”. Y con respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros el referido magistrado define el término exequátur de la siguiente forma: “*Sentencia rendida para darle fuerza ejecutoria en la República a las sentencias o actos rendidos por Tribunales extranjeros*”.¹⁰

No todas las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros requieren de la expedición de un exequátur para ser ejecutorias en la República Dominicana, y sobre este aspecto se pronunció la Suprema Corte de

10) CONTIN A., Nestor. Diccionario de Derecho Procesal Civil y Comercial. Santo Domingo: Editora de Colores, S. A., 1996. 159 p. (Colección Estudios Jurídicos)

Justicia en sentencia dictada el 8 de mayo del año 2002, sobre la cual el Dr. Rafael Luciano Pichardo, primer sustituto del Presidente de nuestro Tribunal supremo, hace en su obra “Un Lustró de Jurisprudencia Civil”, el comentario siguiente: “*Las sentencias declarativas y constitutivas de derecho, tales como, las relativas al estado y la capacidad de las personas, no necesitan para su puesta de ejecución en la República Dominicana, del exequátur a que se refiere el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.*”

El fallo comentado por el Magistrado Luciano Pichardo expresa en uno de sus considerandos lo siguiente: “*... las sentencias declarativas y constitutivas de derecho no necesitan el referido exequátur, entre las que podrían incluirse las relativas al estado y la capacidad de las personas, porque su ejecución no requiere de una ejecución material, que reclama, generalmente, el auxilio de la fuerza pública; que solo los fallos condenatorios, que imponen el cumplimiento de una prestación positiva de dar o hacer, o negativa de no hacer, son susceptibles de requerir exequátur, conforme a esos criterios.*” (Ver Pág. 361 obra citada)¹¹

Aparte de las disposiciones antes mencionadas, el Art. 3 de la Ley No. 716 del 9 de octubre del 1944 exige que todo documento que se destine a exhibirse ante los funcionarios públicos dominicanos, administrativos o judiciales, deberán estar certificados por el funcionario consular de la jurisdicción en que fuere expedido, por lo que, partiendo de lo expresado por el referido texto, además de los requisitos exigidos por las disposiciones del Código Bustamante y aun en los casos en los que las disposiciones de dicho código no fueren exigidas, todas las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros, para ser ejecutadas en la República Dominicana, deben estar certificadas por el funcionario consular de las jurisdicción en que fuere dictada.

11) LUCIANO P., Rafael, Un Lustró de Jurisprudencia Civil 1997-2002. Santo Domingo: Alfa & Omega, 2002. 746 p.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS N., Luis, Manual de Procedimientos de Tratados Internacionales, Santo Domingo: Editora Centenario, S. A., 2001, 145 p.; (Colección Derecho y Política;11) Véase Constitución de la República 2002.

DEL ROSARIO, Juan Ml. Elementos de Derecho Internacional Privado. Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2002. 303 p.

DEL ROSARIO, Juan Ml. Elementos de Derecho Internacional Privado. Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2002. 303 p.

Del Rosario, Juan Ml. Elementos de Derecho Internacional Privado. Santo Domingo: Amigo del Hogar, 2002. 303 p.

Código de Derecho Internacional

TABAREZ Hijo, Froilan. Elementos de Derecho Procesal Civil, Santo Domingo: Editorial Tiempo, S. A., 1989. 487 p. Vol. II.

Jurisprudencia. Revista de Ciencias Jurídicas. PUCMM. (1) 27-29, Noviembre 1991.

Comisión de Reforma y Actualización del Código de Procedimiento Civil. Proyecto del Código de Procedimiento Civil. Santo Domingo: Editora Taina, S. A., 2000. 464 p.

CONTIN A., Nestor. Diccionario de Derecho Procesal Civil y Comercial. Santo Domingo: Editora de Colores, S. A., 1996. 159 p. (Colección Estudios Jurídicos)

LUCIANO P., Rafael, Un Lustró de Jurisprudencia Civil 1997-2002. Santo Domingo: Alfa & Omega, 2002. 746 p.

PARTE II

EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

Santiago Ripol Carulla

Profesor Titular de Derecho
internacional público.
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Las garantías jurisdiccionales de los derechos de los particulares en las relaciones privadas internacionales constituye uno de los problemas que conciernen al Derecho internacional privado tal como esta disciplina se entiende, por la mayoría de la doctrina, en España.

La correcta regulación de estas garantías plantea, a su vez, tres problemas básicos, en torno de cuyo estudio se articula el presente tema. Los problemas a los que se hace referencia son:

establecimiento de los límites de la jurisdicción del Estado, esto es, la delimitación de la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado para conocer de los litigios derivados del tráfico jurídico externo;

la regulación de las peculiaridades que la presencia de un elemento extranjero introduce en el proceso;

el reconocimiento y la ejecución en un Estado de las decisiones dictadas por un tribunal extranjero.

Desde el punto de vista de las fuentes que regulan esta cuestión, al tratarse de normas relativas al proceso (y no al fondo del litigio) son normas que han sido establecidas por el legislador estatal del foro. Sin embargo, debe indicarse que en el caso de España, esta afirmación inicial ha variado de forma muy importante a raíz de la importancia adquirida por los convenios internacionales de los que España es parte y, sobre todo, de la regulación llevada a cabo en este ámbito por la Comunidad Europea en los últimos años.

El Título IV del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Amsterdam) incluye un artículo 61, de acuerdo con el cual el Consejo, “a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, adoptará, entre otras, “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65”. Éste, por su parte, concreta tales medidas a “las medidas en el ámbito de la cooperación

judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”. En el ámbito del derecho procesal civil internacional, debe mencionarse los siguientes textos normativos: Reglamento 1348/2000, relativo a la notificación y comunicación en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, y la Decisión del Consejo 2001/470/CE referente a la creación de una red judicial europea en materias civil y mercantil.

De todos modos, como ha señalado A. Borrás, estas realizaciones de la Comunidad Europea en la materia no parten de cero, puesto que, sobre la base del artículo 220 TCE (en su versión original de 1957), los Estados miembros de la Comunidad Europea concluyeron el Convenio de Bruselas de 29 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, del que España es parte desde 1968, mediante el Convenio de adhesión de San Sebastián.

CAPITULO I

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

El profesor J.D. González Campos ha señalado que la noción de competencia judicial internacional se caracteriza por los cuatro aspectos siguientes:

la categoría del litigio – litigios derivados del tráfico jurídico externo, en los que existe una o más circunstancias de extranjería,

se atribuye por cada legislador estatal a sus propios juzgados y tribunales, por lo que se trata de una ordenación legal de carácter unilateral (aunque como se ha indicado previamente dos o más Estados puedan regular esta materia mediante un tratado internacional o a través de disposiciones adoptadas por los órganos de una Organización internacional),

constituye una cuestión de competencia judicial que, por lo tanto, opera como presupuesto del proceso y que tiene un carácter global *rationae materiae*: cuando se suscite el litigio con elementos extranjeros ante los juzgados o tribunales de cualquier orden jurisdiccional, éstos deberán establecer antes de conocer el asunto y decidir las pretensiones si les corresponde la

facultad de ejercer la potestad jurisdiccional en dicho litigio, es una noción aplicable tanto a la jurisdicción contenciosa como a la voluntaria.

Los criterios que los diferentes ordenamientos jurídicos estatales utilizan para reconocer la competencia judicial internacional de sus tribunales son varios, en particular:

criterios personales: nacionalidad, residencia habitual o residencia de las dos o de una de las partes en el proceso,

criterios territoriales: el hecho de que los bienes objeto del litigio se hallan en el propio territorio; el hecho de que el negocio jurídico del que deriva el litigio se ha celebrado en el Estado territorial o si la obligación que se deriva del negocio jurídico debe cumplirse en el mismo;

otros criterios de menor importancia: *forum connexitatis*, *forum reciprocitatis*,...

El derecho español regula la cuestión de la competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles en el orden civil muy principalmente en dos textos legales: la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (BOE 02.07.1985) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000).

La LOPJ establece en el artículo 22 los foros por los que se atribuye jurisdicción a los Tribunales del orden civil.

En el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes:

1) Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español; en materia de inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o registro; en materia de reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

2) Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los juzgados o tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

3) En defecto de los criterios precedentes y en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español; en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados,

Cuando estos tuviesen su residencia habitual en España; en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España; en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español; en materia de obligaciones contractuales, cuando estas hayan nacido o deban cumplirse en España; en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España; en las acciones relativas a bienes muebles, si estos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda; en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España.

4) Asimismo, en materia de contratos de consumidores, cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de prestamos destinados a financiar su adquisición; y en el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consu-

midor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato; en materia de seguros, cuando el asegurado y el asegurador tengan su domicilio en España; y en los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando este se encuentre en territorio español. En materia concursal se estará a lo dispuesto en su Ley reguladora.

5) Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España.

El artículo 22 LOPJ distingue, así, entre tres tipos de foros:

a) foros “con carácter exclusivo”. Se trata de litigios o grupos de litigios cuyo conocimiento, dado el fuerte interés de España en la materia o la estrecha vinculación del litigio con el ordenamiento español, se reserva a los tribunales españoles, excluyendo a los de cualquier otro Estado. Recogidos en el apartado 1 se refieren a 4 grupos de litigios: los relativos a “los derechos reales y arrendamiento de inmuebles” cuando éstos se hallen en España; los relativos a la “constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas”, así como a los “acuerdos y decisiones de sus órganos”, si aquéllas tienen su domicilio en territorio español; los relativos a la “validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español”; y los relativos a inscripciones o validez de “patentes y otros derechos sometidos a depósito o registro”, cuando se hubiere solicitado o efectuado en España dicho depósito o registro.

b) foros especiales, en los que la competencia se atribuye a los tribunales

españoles en atención a ciertas circunstancias propias de los litigios relativos a un concreto sector de materias. Estos foros especiales son encuadrados por J.D. González Campos en cuatro grupos de materias: personas y familia, bienes y sucesiones, obligaciones y obligaciones extracontractuales.

c) foro general, establecido en el apartado 2, por el que se atribuye competencia a los tribunales españoles en los litigios relativos al tráfico exter-

no con independencia de la materia sobre la que versa el litigio, siempre que el domicilio del demandado se halle en España. Este foro, de carácter tradicional, remite a la idea del “juez natural”. Es importante destacar asimismo el papel que este artículo 22.2 reconoce a la autonomía de la voluntad de las partes en la selección del foro, a través de dos vías: la sumisión expresa (Art. 55 LEC: “la (sumisión) hecha por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren”), y la sumisión tácita. El demandado tiene siempre la posibilidad de prorrogar la competencia de los tribunales españoles (a excepción de los supuestos en los que un convenio internacional otorga competencia exclusiva a los tribunales de otro Estado). Ello ha permitido afirmar que “la sumisión tácita constituye la piedra angular del sistema autónomo español, pese a lo cual no se han elaborado reglas precisas para atender a su ordenación” (Derecho internacional privado, www2.uah.es/cpm/Web_derecho/Indice.htm). De todos modos, siguiendo lo establecido en el artículo 56 LEC “se entenderán sometidos tácitamente: 1º El demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conceder la demanda. 2º El demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria”. El reconocimiento de la eficacia de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia judicial internacional no presenta problemas cuando se atribuye la competencia a los tribunales españoles (efecto positivo); más conflictivo es obviamente el caso en el que la voluntad de las partes provoca la sumisión del litigio a un tribunal extranjero o a un tribunal arbitral con sede en el extranjero en los supuestos en los que los tribunales españoles son competentes para conocer de dicho litigio. Como expone J. D. González Campos, la jurisprudencia española se ha mostrado cada vez más sensible a reconocer eficacia a una tal decisión.

El Reglamento CE/44/2001, que como se ha señalado “comunitariza” el Convenio de Bruselas, regula de forma prácticamente igual a como lo hacía este último y al artículo 22 LOPJ los foros exclusivos; contempla el supuesto de la sumisión tácita (Art. 24); considera la sumisión expresa a

través de la figura de los acuerdos de elección de fuero, de modo que su artículo 23 contempla la competencia única / exclusiva del Tribunal del Estado miembro al que las partes se someten expresamente, cuando al menos una de ellas tiene su domicilio en un Estado parte; y establece una serie de foros especiales en razón de la materia (contratos en general, contratos de seguro, contratos de consumo, contratos de trabajo, responsabilidad extracontractual).

CAPITULO II

EL PROCESO CIVIL CON ELEMENTO EXTRANJERO.

A) *La regla lex fori regit processum*

El proceso civil con elementos extranjeros se rige, según fórmula establecida por J. Balduino en el siglo XIII, por las normas propias del derecho del foro. Se trata de una regla admitida por todos los ordenamientos jurídicos, a pesar de que muy raramente se proclame expresamente. Tal es el caso de España. El artículo 8.2 del Código Civil señala: “(...) las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España”.

La regla *lex fori regit processum* se fundamenta en la distinción entre normas procesales y normas sustantivas, lo que no es siempre cuestión fácil. A. Calvo Caravaca, quien hace notar este extremo, pone el siguiente ejemplo: “la prescripción liberatoria es considerada en los sistemas anglosajones una cuestión procesal o causa extintiva de la acción y en los sistemas europeo-continentales una cuestión sustantiva o límite temporal para el ejercicio del derecho subjetivo que se pretende hacer valer”. El

artículo no resuelve efectivamente esta cuestión, puesto que su formulación es excesivamente genérica y “concede un ámbito casi ilimitado a la aplicación de la ley del foro”. Por ejemplo, “es imposible saber qué aspectos de la prueba son regidos por la ley del foro. Hubiera sido más útil precisar analítica, casuísticamente, los supuestos en que la ley del foro es competente para regular las actuaciones procesales desarrolladas ante los tribunales españoles, frente a aquellos otros en que, por el contrario, se concede competencia a otra ley más adecuada”. Por lo que se refiere a la excepción incluida en el inciso final, A. Calvo Caravaca reconoce que se trata de una excepción “pensada para la asistencia judicial internacional, en la que, de ordinario, los tribunales de un Estado requerido por los de otro para realizar por ejemplo, una notificación o practicar una prueba actúan conforme a su propia ley procesal y no con arreglo a la del Estado requirente”.

Pasemos a continuación a examinar los aspectos del proceso civil con componente de extranjería relativas a las partes que se presentan, por regla general, como una excepción a la regla *lex fori regit processum*.

Personalidad procesal o capacidad para ser parte y, por tanto, para ser “titular de los derechos y obligaciones que dimanen del proceso”. Al tratarse de un concepto ligado a la idea de subjetividad jurídica, cabe entender que esta cuestión ha de regularse por la ley personal del extranjero. Una solución similar debe aplicarse a la capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio.

Legitimación del extranjero – idoneidad para aparecer en un concreto proceso como parte demandante o demandada. La ley aplicable a este supuesto es la *lex causae* o ley rectora del fondo del asunto, y no la ley del foro.

La representación y defensa del extranjero en el proceso se regula por la ley del foro, al igual que la exención de costas procesales o el llamado beneficio de la pobreza (asistencia judicial gratuita).

El artículo 534 Código Civil prevé la caución de arraigo en juicio, que se concibe como un privilegio de nacionalidad, esto es, como una facultad

del nacional español, y en ningún caso del extranjero, y regida por el principio de reciprocidad, de modo que sólo puede requerirse en los casos y en las formas en que se exija a los españoles en el Estado a que pertenezca el actor extranjero. Ello no obstante, el juez tiene la facultad de exigir o no la constitución de esta garantía y de fijar la cuantía de la caución de arraigo en juicio, la cual, como se ha dicho, puede ser solicitada por el nacional español. Por lo demás, España ha ratificado diversos tratados internacionales en los que se suprime la caución entre los Estados partes. En este sentido merece destacarse el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia.

b) *Asistencia judicial internacional*

La cooperación judicial internacional consiste en la asistencia o en auxilio que un juez o autoridad competente presta a otro juez o autoridad extranjera en el trámite, la práctica o realización de ciertos actos procesales. Esos actos procesales podrían ser, por ejemplo, la ejecución de documentos judiciales (notificaciones, citaciones y emplazamientos a juicio) así como la obtención de pruebas en el extranjero en materias civil y mercantil.

El régimen interno del derecho español en materia de notificaciones en el extranjero ha sido objeto de reciente reforma. A efectos de advertir las modificaciones introducidas es útil establecer una comparación entre el régimen anterior a la LEC 1/2000 y el vigente actualmente. J. M. Suárez Robledano ha realizado este ejercicio y a él seguimos en la exposición de este punto.

Los artículos 273 a 278 LOPJ y los artículos 264, 269, 283, 769 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 configuraban el régimen interno del derecho español en materia de notificaciones en el extranjero. Tal y como señala J. M. Suárez Robledano estos artículos disponían, en lo esencial, que para que “produzcan en España efectos y tengan valor en juicio los documentos otorgados en otros países es preciso el cumplimiento de los siguientes inexcusables requisitos: 1) Que el asunto o contrato al que se refieran sea lícito en España, 2) Que sus otorgantes tengan capacidad legal para obligarse según las leyes de su país, 3) Que al otorgar el docu-

mento se hayan cumplido las formas y solemnidades establecidas en el país del documento o contrato, 4) Que se acompañen copias del mismo y de su traducción cuando no esté redactado en castellano, y 5) Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos precisos para su autenticidad en España”. Según C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, por legalización ha de entenderse “la certificación por un funcionario público de la autenticidad de la firma de un documento público otorgado por autoridad extranjera, así como de la condición o cualificación de la autoridad en cuestión”.

En la actualidad, tras la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, se debe tener en cuenta que el artículo 323 – “Documentos públicos extranjeros” – establece que se considerarán como documentos públicos extranjeros aquellos a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales se atribuya la fuerza probatoria que a los documentos públicos les predica el artículo 319 de la misma y para el caso de inexistencia de dichas disposiciones, se considerarán como documentos públicos expedidos en el extranjero los que reúnan los siguientes requisitos: 1) Que en el otorgamiento o confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para hacer prueba plena en el juicio, 2) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos para su autenticidad en España, y 3) Que si el documento incorpora declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos, existiendo, pues, remisión a las normas del derecho internacional privado general contenidas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil. Debe destacarse la supresión de la traducción antes exigida aunque resulta preciso considerar que en realidad tal exigencia sigue derivando de lo establecido con carácter general en el artículo 231 LOPJ y del separado art. 144 de la LEC 1/2000.

Respecto al régimen convencional, debe tomarse en consideración que España es parte en dos importantes tratados internacionales relativos a este tema: el Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954, sobre procedimiento civil, y el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965,

sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. El régimen establecido en el primero de ambos convenios establecía como cauce ordinario para las notificaciones destinadas a personas que se encuentren en el extranjero el de la petición consular o diplomática del estado exhortante dirigida a la autoridad designada por el Estado exhortado que, a su vez, remitiría tal notificación al destinatario. Este régimen dio lugar a dos inconvenientes: la lentitud de la transmisión de la notificación y la falta de garantías adecuadas para la persona que recibe la notificación con retraso. A efectos de subsanar ambos inconvenientes, la Convención de 1965 introdujo dos novedades: 1) cada Estado contratante debe designar una autoridad central que reciba las solicitudes de notificación de los demás Estados contratantes y les dé curso, y 2) el deber del juez del Estado requirente de aplazar su decisión cuanto sea necesario, en el supuesto de que el demandado no comparezca hasta que se asegure de que la notificación fue efectivamente realizada y en tiempo útil para que el demandado haya podido defenderse, pudiendo adoptar hasta entonces medidas provisionales o cautelares. Finalmente, debe recordarse que desde 1987 España es parte también en la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (Panamá, 30 de enero de 1975).

En el ámbito comunitario debe mencionarse el Reglamento 1348/2000 (DOCE núm. L 160, de 30 de junio), aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Este reglamento establece, en síntesis, que las transmisiones de los documentos tendrán lugar de forma directa entre organismos descentralizados de los Estados miembros, tanto para la recepción como para la emisión. Los documentos se remitirán directamente por cualquier medio siempre que se correspondan a sus originales y sus indicaciones sean legibles sin dificultad. Se remitirán con arreglo a unos formularios incluidos en un Anexo o Manual, por lo que se exige de legalización. Las comisiones rogatorias son el “instrumento en virtud del cual la autoridad judicial de un Estado solicita a la autoridad competente de otro Estado la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de un determinado acto de instrucción o de otros actos judiciales, fundamentalmente la realización o práctica de una diligencia probatoria”. El régimen jurídico español en la materia está establecido en los artículos 276-278

LOPJ y el artículo 177 LEC 1/2000. De acuerdo con estos artículos las peticiones serán remitidas al extranjero por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las transmitirá y enviará a la autoridad extranjera competente a través de la vía diplomática o consular. No se establece un plazo específico para las pruebas a practicar fuera de España. Por lo demás, el artículo 277 LOPJ establece el principio de reciprocidad a los efectos de regir la asistencia judicial en España a las solicitudes de prueba formuladas por tribunales extranjeros. En cualquier caso, según el art. 278, podrán denegarse las diligencias solicitadas en los casos siguientes: cuando sea contraria la solicitud formulada al orden público español, cuando no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o no se encuentre redactada en español, cuando la prueba interesada en España no se corresponda a las atribuciones propias del juez español para practicar la prueba en cuestión, cuando el proceso que se siga en el extranjero sea de la exclusiva competencia de los jueces y tribunales españoles.

España ha firmado múltiples tratados internacionales sobre esta materia, tanto bilaterales (Francia, Reino Unido, Italia, Checoslovaquia,...) como multilaterales, en particular los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil (1954) y sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil (1970), que sustituye a la regulación de los artículos 8 a 16 del anterior, tal como se indica en su artículo 29. En el ámbito latinoamericano debe mencionarse la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (BOE núm. 195, de 15 de agosto de 1975). En el contexto de la Unión Europea existe un proyecto de Reglamento en materia de cooperación entre los tribunales de los Estados miembros sobre obtención de pruebas en el extranjero (DOCE núm. C 314, de 3 de noviembre de 2000), aplicable a todos los Estados miembros.

CAPITULO III

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS.

Como en los supuestos anteriores, el régimen español en la materia se fundamenta en los principios de primacía del régimen convencional y de reciprocidad. Respecto del primero cabe reconocer la existencia de varios tratados bilaterales y, en el plano multilateral europeo, los ya citados Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, mediante los cuales los Estados partes acuerdan el reconocimiento de pleno derecho en su territorio de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Todavía en el ámbito del Derecho comunitario europeo, procede mencionar dos instrumentos de capital importancia: los ya citados Reglamento 1347/2000 y 44/2001. Otros convenios ratificados por España afectan a cuestiones específicas. Así, el Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia alimentaria. También es de destacar el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales (1958).

Con carácter supletorio el derecho español establece el procedimiento de exequatur o declaración de ejecutabilidad de una decisión judicial extran-

jera, previo control de la decisión. Las condiciones para que pueda darse esta decisión son: regularidad formal de la decisión extranjera, verificación de la competencia judicial internacional del tribunal de origen, regularidad del procedimiento (en particular, derechos de defensa), que no sea contraria al orden público español, que no contradiga una decisión judicial del Estado requerido. La ejecución se realizará otorgando a la decisión en cuestión la fuerza ejecutiva que le corresponde según el derecho extranjero.

En su trabajo “El Exequatur: el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras tras la NLEC”, I. Sierra Gil de la Cuesta, Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, ha examinado este procedimiento. En su opinión, “la particular naturaleza del proceso de exequatur tiene como consecuencia que, como principio general, esté vetado el examen del fondo del asunto (cf. Arts. 29 CB, 36, Reglamento 44/2001, y 19 del Reglamento 1347/2000); en consecuencia, no cabe revisar el juicio de hecho efectuado por el tribunal del Estado de origen, el resultado de dicho juicio, el derecho materialmente aplicable para resolver el fondo del asunto conforme a la correspondiente norma de conflicto, la aplicación de ésta ni, en fin, la interpretación y aplicación de la *lex causae*.”

Tratados internacionales y Derecho interno

Los instrumentos internacionales de referencia regulan el procedimiento de exequatur con vocación de ofrecer una reglamentación completa, aplicable tanto a las solicitudes de ejecución como a las de reconocimiento, cuando ésta se promueve a título principal. De él ha precisado el T.J. que se trata de un procedimiento autónomo y completo (Cf. SStJ 27 de noviembre de 1984, as. *Wendel*, 2 de julio de 1985, as. *Brasserie du Pêcheur*, y 4 de octubre de 1991, as. *Van Loon*). Ahora bien, dicha afirmación, referida de ordinario al sistema de recursos que aquéllos establecen, representa más bien una declaración de principios que no debe ser tomada en el sentido literal de la palabra, pues es evidente que tanto el CB como los Reglamentos comunitarios dejan determinados aspectos del procedimiento a la regulación de los derechos nacionales. En España, el régimen jurídico aplicable al procedimiento de exequatur se encuentra en los arts. 954 y ss. De la L.E.C. de 1881,

cuya vigencia se mantiene no obstante la entrada en vigor de la L.E.C. 2000, habida cuenta de lo establecido en su Disposición Derogatoria Única, punto primero, regla 3ª, en tanto no se promulgue la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Resulta evidente que dicho régimen interno no es capaz de colmar todas las lagunas que se producen en la aplicación de los instrumentos internacionales, fundamentalmente en la fase de recurso contemplada en ellos, por lo que deben buscarse mecanismos de integración en la propia LEC 2000 sobre la base de los objetivos y del sistema de los propios instrumentos internacionales.

El procedimiento de exequatur se articula en dos fases bien diferenciadas. En la primera de ellas, que se desarrolla en España ante el Juez de Primera Instancia, no existe contradicción propiamente dicha: la solicitud se examina por el Juez, el cual se limita a verificar la concurrencia de los presupuestos de reconocimiento -que en los Reglamentos se limita a la comprobación de los requisitos formales-, y acto seguido dicta la resolución autorizando o denegando la eficacia de la decisión extranjera. Es, por tanto, en la fase del recurso previsto contra la anterior resolución cuando se produce propiamente la contradicción entre la parte frente a la que se pretende la declaración de ejecutoriedad y la parte solicitante del exequatur.

La determinación del órgano jurisdiccional competente se regula en el art. 32 del CB, en el art. 39 del Reglamento 44/2002, y en el art. 22 del Reglamento 1347/2000, en relación en estos últimos casos, con los respectivos Anexos de los Reglamentos. Conforme a tales disposiciones, la competencia corresponde al Juez de Primera Instancia del domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución o por el lugar de ejecución. La determinación de la competencia territorial conforme a tales conexiones se efectúa de forma subsidiaria en el CB, en tanto que en los Reglamentos comunitarios parece establecerse de forma alternativa. La regla de competencia territorial debe integrarse, en todo lo necesario, con las disposiciones del derecho interno, que regularán asimismo el tratamiento procesal de la competencia judicial (arts. 37, 38, 48 y 58 LEC 2000). Dado el carácter imperativo de la competencia territorial atribuida

ex CB y Reglamentos comunitarios, parece adecuado consentir su examen de oficio por el Juez.

Las modalidades de la solicitud de exequatur se regirán por el derecho interno (cf. Art. 33 CB, 40.1 del Reglamento 22/2001 y 23.1 del Reglamento 1347/2000), cuyas normas determinarán, igualmente, las modalidades de presentación y órgano ante el que debe llevarse a cabo. A la solicitud le acompañarán los documentos enumerados en los artículos 46 y 47 del CB y 53 del Reglamento 44/2001, y 32 del Reglamento 1347/2000.

BIBLIOGRAFÍA

- R. ARENAS GARCÍA, “La aplicación de los reglamentos comunitarios en el marco de la nueva ley de enjuiciamiento civil y otras medidas de desarrollo”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Dir.), cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas, Madrid: CGPJ, 2001, pp. 353-401.
- A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Dir.), cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas, Madrid: CGPJ, 2001, pp. 15-51.
- J. M. ESPINAR VICENTE, Derecho Internacional Privado, Alcalá de Henares: Centro de Producción Multimedia de la Universidad de Alcalá, 2002 ()
- E. PÉREZ VERA (Dir.), P. ABRACA JUNCO et al., Derecho internacional privado, Madrid: UNED, 3ª ed., 2001 (capítulos X, XI y XII elaborados por los profesores J. D. González Campos, A. Calvo Caravaca y M. Virgós Soriano, respectivamente).
- I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, “El Exequatur: el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras tras la NLEC”, La firma, Barcelona: Ed. Bosch, 2002.
- J. M. SUÁREZ ROBLEDANO, “La cooperación de autoridades judiciales : notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero. Los instrumentos comunitarios en perspectiva del programa para la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Dir.), cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas, Madrid: CGPJ, 2001, pp. 53-87.
- M. VIRGOS SORIANO; F. GARCIA MARTÍN ALFÉREZ, Derecho procesal civil internacional, Madrid: Civitas, 2000.

MODULO VIII

LA APLICACIÓN DEL
JUEZ NACIONAL DEL
DERECHO COMUNITARIO.
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

PARTE I

LA APLICACIÓN DEL JUEZ NACIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Santiago Ripol Carulla

Profesor Titular de Derecho
internacional público
Universidad Pompeu Fabra
(Barcelona)



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Una de las características singulares del derecho comunitario europeo es que la garantía de su correcta aplicación corresponde tanto a las instituciones comunitarias como a los tribunales nacionales, que en este sentido actúan como órganos propiamente comunitarios.

Por este motivo, el presente tema se ha estructurado en tres apartados: El primero se dedica al estudio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, más en particular, de los recursos que se pueden interponer ante él. El segundo se centra en la cuestión prejudicial, que actúa como auténtico punto de engarce entre el TJCE y los tribunales nacionales. El tercero y último apartado examina los principios que rigen las relaciones entre el Derecho comunitario europeo y los derechos internos. Estos principios, que han sido desarrollados por la jurisprudencia del TJCE (en la mayoría de los casos a partir de la solicitud de una cuestión prejudicial por algún tribunal nacional), deben ser tomados en consideración por el juez nacional cuando aplica el Derecho comunitario europeo.

CAPITULO I

CONVENIOS INTERNACIONALES:

A) | El tribunal de justicia: institución de control, garante del cumplimiento del derecho comunitario Europeo (DCE).

Dentro de los dos grandes tipos en que suelen clasificarse las organizaciones internacionales en el Derecho Internacional Público (en razón del reparto de competencias entre la Organización Internacional y sus Estados miembros), a saber, por un lado las de mera cooperación intergubernamental y, por otro, las que persiguen una integración (mediante una transferencia de competencias soberanas, sea general o parcial) entre sus Estados miembros, la doctrina es unánime en considerar que las Comunidades Europeas pertenecen a este segundo tipo.

Aun dentro de las organizaciones internacionales de integración, las Comunidades Europeas presentan una estructura institucional innovadora, dada su finalidad última (señalada en el preámbulo del TUE) de “sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”.

La estructura de las Comunidades Europeas posee un carácter pentapartito, pues los Tratados constitutivos reservan la calificación de “institucio-

nes” para las cinco enumeradas en el art. 7.1 (antiguo art. 4.1 TCE): Consejo, Comisión, Parlamento Europeo, Tribunal de Justicia y Tribunal de Cuentas. Todos los demás órganos y comités que actúan en la vida diaria de las Comunidades gravitan alrededor de las mismas y tienen, en rigor, una función auxiliar de las cinco instituciones propiamente dichas.

El hecho de que cada una de las tres Comunidades (CECA, CE y EURATOM) tenga objetivos propios y disponga de personalidad jurídica propia, que se proyecta tanto en el plano internacional como en el interno, hubiese desembocado, en la existencia de doce instituciones distintas, cuatro por cada Comunidad 1 1 Ver apartado II del presente tema..

Esta posible “inflación orgánica” (en expresión de René Joliet) se evitó mediante un proceso de unificación institucional llevado a cabo en dos fases. En un primer momento, mediante el Convenio relativo a ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, el mismo día de la firma de los Tratados constitutivos de la CEE y del EURATOM. Por este Convenio quedaron unificados el Tribunal de Justicia y el Parlamento Europeo, aparte del Comité Económico y Social (órgano común de CE y CEEA, no de la CECA). En un segundo momento, el Tratado de Bruselas de 8 de abril 1965 (comúnmente llamado “Tratado de fusión de los ejecutivos”), instituyó un Consejo y una Comisión únicos.

Tradicionalmente las instituciones han sido clasificadas en dos grupos:

Instituciones encargadas de dirigir y orientar la actividad de las Comunidades y de adoptar todas las medidas necesarias para la realización de los objetivos contemplados en los Tratados constitutivos. De ahí que se las suela calificar de instituciones “decisorias” de las Comunidades, mientras otros autores (como V. Constantinesco) prefieren hablar de instituciones “dinámicas” por cuanto encarnan el motor de la actividad comunitaria. Estas instituciones son el Consejo y la Comisión.

El segundo grupo comprende el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia. Se trata de las instituciones encargadas de controlar el funciona-

miento de las Comunidades - instituciones de control -, siendo este control de naturaleza política (caso del Parlamento Europeo) o de naturaleza jurídica (Tribunal de Justicia). Hasta la firma del Tratado de Maastricht (1992), el Tribunal de Cuentas era considerado un órgano auxiliar. Dado que la ascensión institucional del Tribunal de Cuentas no modifica, en esencia, sus funciones anteriores: asistencia a la autoridad presupuestaria –Consejo / Parlamento Europeo– y control permanente de cuentas, puede considerarse al Tribunal de Cuentas también como una institución de control (económico).

B) Competencias

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es la institución garante del respeto del cumplimiento del derecho comunitario tanto por las instituciones y órganos de la Comunidad como por los Estados miembros. En atención a este aspecto, es posible decir que el TJCE posee tres tipos de competencias: contenciosa, consultiva y cuestión prejudicial. Esta última se examinará en un apartado aparte.

B.1. | Competencia contenciosa.

El TJCE puede ser llamado a ejercer la competencia contenciosa por cualquiera de los 5 siguientes recursos. Mientras que el primero de los cuales tiene por objeto controlar la acción de los Estados miembros en tanto que ejecutores del DCE, los otros restantes se dirigen a controlar la actuaciones y omisiones de las instituciones de la CE.

B.1.1. | Recurso de constatación de infracción del derecho comunitario por los Estados miembros (arts. 226-228; antiguos arts. 169-171TCE):

Noción de infracción: es el incumplimiento por un Estado miembro de “una de las obligaciones que le incumben en virtud del (presente) Tratado”, expresión que debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto la violación del Derecho Primario como del Derecho Derivado, y englo-

bando no sólo la conducta positiva (inadecuada transposición de directivas) sino también la conducta negativa (vg., no transposición de directivas dentro de plazo) de los Estados miembros.

procedimiento: consta de dos fases principales, una primera de carácter *precontencioso* o administrativo (que empieza por el envío por la Comisión al Estado miembro de una carta de requerimiento o “mise en demeure” dándole la posibilidad de que presente sus observaciones; esta fase acaba con el llamado “dictamen motivado” de la Comisión) y una segunda de carácter propiamente contencioso (que se abre cuando el Estado miembro no se atiene al dictamen motivado dentro del plazo fijado por la Comisión). La demanda también puede ser interpuesta por un Estado miembro (art. 227; antiguo art. 170 TCE), aunque este supuesto se produce raramente en la práctica.

efectos de la sentencia: naturaleza declarativa, no siendo posible la ejecución forzosa por la Comunidad. El TUE ha introducido un segundo párrafo en el art. 228 (antiguo art. 171 TCE), según el cual es posible la imposición por parte del TJCE -tras dictar una nueva sentencia en la que se declare el incumplimiento- de una sanción pecuniaria o una multa coercitiva al Estado que hubiese incumplido su sentencia.

B.1.2. | Recurso de anulación (arts. 230-231; antiguos arts. 173-174 TCE):

actos impugnables: el TJCE está facultado para controlar la legalidad de los “actos adoptados conjuntamente por el PE y el Consejo, por el Consejo, por la Comisión, por el Banco Central Europeo y de aquellos actos del PE destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”, “que no sean recomendaciones o dictámenes” (según el TJCE, lo decisivo es que se trate de actos que produzcan efectos jurídicos, con independencia de su calificación formal).

sujetos legitimados activamente: pueden interponer este recurso tanto los llamados demandantes privilegiados (Estados miembros, Consejo, Comisión y, tras la aprobación del TUE, también el Parlamento Europeo

y el Banco Central Europeo, aunque limitados en estos dos casos a aquellos supuestos en que se hallen en juego sus prerrogativas institucionales) como los ordinarios o no privilegiados (personas físicas y jurídicas, contra las decisiones de que sean destinatarias).

motivos de anulación: por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del TCE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

plazo: el recurso deberá ser interpuesto en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo.

B.1.3. | Excepción de ilegalidad (art. 241; antiguo art. 184 TCE):

No es un recurso autónomo, sino un procedimiento incidental que se debe plantear en el marco de un recurso de anulación.

finalidad: busca paliar el carácter muy restrictivo que para los demandantes no privilegiados (personas físicas y jurídicas) tiene el recurso de anulación antes examinado, mediante la posibilidad de atacar actos de eficacia individual basados en reglamentos que se estiman viciados por causas de nulidad.

actos impugnables: pueden ser tanto reglamentos adoptados conjuntamente por el PE y el Consejo, sólo por el Consejo, por la Comisión o por el BCE; entendiendo el término “reglamento” en sentido material y no formal, es decir, como todo acto que produce de hecho efectos generales aunque no tenga la forma de reglamento.

efectos de la sentencia: el acto es declarado inaplicable para el caso concreto del recurrente. Sin embargo, mantiene su aplicabilidad frente al resto de Estados y particulares. La sentencia no tiene efectos erga omnes.

B.1.4. | Recurso de inactividad o “carencia” (art. 232; antiguo art. 175 TCE):

omisiones impugnables: omisiones del Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión que violan el Derecho comunitario se abstuvieren de pronunciarse. Este recurso constituye el “pendant” del recurso de anulación del art. 230 (antiguo art. 173), ya que mientras este último pretende sancionar una acción ilegal de las instituciones, el recurso por inactividad busca sancionar una omisión de éstas.

legitimación activa:

demandantes privilegiados: son los Estados miembros y las demás Instituciones de la Comunidad, incluido el PE. Tras el TUE, el BCE también posee legitimación activa “ en los ámbitos de sus competencias”.

demandantes ordinarios: toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al TJCE por no haberle dirigido una de las Instituciones de la Comunidad una decisión de alcance individual.

plazo: 2 meses, desde el requerimiento a la institución para que actúe.

efectos de la sentencia: obligar a la institución requerida a adoptar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia.

B.1.5 | Recurso por responsabilidad extracontractual (arts. 235 y 288.2; antiguos arts. 178 y 215.2 TCE):

naturaleza: se trata de un recurso autónomo, por lo que no hace falta la anulación previa del acto determinante del daño. De ahí su utilidad para ampliar las vías de recurso de que disponen los demandantes ordinarios con arreglo al art. 230 (antiguo art. 173).

requisitos:

debe tratarse de un acto de las instituciones comunitarias o de sus agentes considerado ilícito por el demandante: “la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de

sus funciones”; se incluye también el BCE.

debe existir un daño real, aunque también cabría invocar la existencia de daños futuros si estos son inminentes y previsibles.

debe existir un nexo causal entre acto y daño: el daño producido debe proceder directamente del acto comunitario o de un acto nacional adoptado en estricta ejecución del comunitario.

Legitimación activa: Estados miembros y particulares.

plazo: 5 años desde la producción del hecho causante del perjuicio

efectos de la sentencia: condenar a la institución a reparar el daño. En la práctica la fijación del “quantum” de la indemnización se deja a un acuerdo entre las partes. Si no se consigue, se plantea un nuevo recurso y esta segunda sentencia fijará el “quantum”.

C. Competencia consultiva

Destaca el control preventivo del art. 300 (antiguo art. 228) TCE, según el cual en caso de celebración de acuerdos internacionales por la Comunidad, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar previamente el dictamen del TJCE sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del TCE.

CAPITULO II

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

(ART. 234; ANTIGUO ART. 177 TCE)

A. | La cuestión prejudicial desde el punto de vista de las competencias del tjce.

La finalidad de la competencia prejudicial es lograr la cooperación o colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCE con vistas a asegurar una aplicación uniforme del Derecho Comunitario en el conjunto de los Estados miembros.

Desde un punto de vista procesal, la cuestión prejudicial es una cuestión incidental sobrevenida en el curso de un litigio sustanciado ante un Tribunal nacional, y con carácter accesorio, por tanto, respecto del proceso principal.

Los sujetos legitimados para plantear la cuestión prejudicial son de dos tipos: sujetos facultados para hacerlo y sujetos obligados a ello. Está facultado facultados para plantear la cuestión prejudicial cualquier tribunal nacional podrá plantear al TJCE una cuestión prejudicial, si estima necesario un pronunciamiento previo del TJCE para poder emitir su fallo. En cambio, los tribunales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, están obligados a someter la cuestión al TJCE.

Las cuestiones prejudiciales pueden ser de dos clases:

cuestión prejudicial de interpretación: aunque el TJCE debe en principio limitarse a interpretar la norma comunitaria (cuya aplicación al supuesto litigioso es competencia del Tribunal nacional), su interpretación debe ser dada teniendo en cuenta las circunstancias del litigio concreto para el cual ha sido pedida.

cuestión prejudicial de apreciación de validez: su finalidad última es la misma que la del recurso de anulación del art. 230 (antiguo art. 173) TCEE, es decir, el control de la legalidad de los actos comunitarios. Representa, en particular, una vía abierta a los demandantes no privilegiados para, por medio del juez nacional, impugnar disposiciones comunitarias. El TUE ha ampliado los supuestos a los actos adoptados por el BCE.

B. | Importancia de la cuestión prejudicial.

La importancia de la cuestión prejudicial en el desarrollo del Derecho Comunitario Europeo (DCE) y en su aplicación nacional es enorme. En cierta medida, la cuestión prejudicial constituye el medio utilizado para establecer un cauce de diálogo entre los tribunales nacionales (encargados de asegurar el cumplimiento del DCE) y el TJCE. Las principales dudas y cuestiones sobre la aplicación del DCE surgidas en la práctica se han formulado al Tribunal de Luxemburgo por vía de la cuestión prejudicial, y éste, al darles respuesta, ha ejercido asimismo una función de armonización jurídica, puesto que su sentencia prejudicial no sólo incide sobre el juez nacional que la ha solicitado, sino también, por la vía del precedente, sobre todos los Estados e instituciones comunitarias.

La importantísima acción ejercida por la cuestión prejudicial puede advertirse en el apartado siguiente, en el que se examinan los principios que rigen las relaciones entre el Derecho comunitario europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales. Como tendrá ocasión de estudiarse, prácticamente todos estos principios han sido elaborados por el TJCE a resultas del planteamiento de una cuestión prejudicial.

CAPITULO III

RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LOS DERECHOS INTERNOS.

A. | El dce como ordenamiento jurídico autónomo.

Conviene, antes que nada, hacer una introducción sobre la naturaleza y características del ordenamiento jurídico comunitario. En cuanto a su naturaleza, es comúnmente admitido por la doctrina que las normas de DCE integran un sistema jurídico cuya unidad y especialidad le confieren un alto grado de autonomía respecto del derecho interno (nacional) y del derecho internacional público .

La unidad y cohesión del sistema viene asegurada por los principios y objetivos comunes contenidos en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, y por la instauración de procedimientos y mecanismos propios para la producción de normas y el control de su validez, aplicación e interpretación.

La especificidad habría que centrarla en dos rasgos característicos: uno, la atribución de competencias estatales a las instituciones comunitarias como fundamento del orden jurídico comunitario; y otro, la complejidad de

su sistema de fuentes, donde convergen, junto a los procedimientos autónomos de creación de normas (derecho derivado), otros propios del derecho internacional público (tratados internacionales) y del derecho interno.

En base a ello, y siguiendo la sistematización hecha por Jean-Víctor Louis, cabe señalar como características del ordenamiento jurídico comunitario las siguientes:

La atribución de competencias estatales a las Instituciones comunitarias: en virtud de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, los Estados miembros aceptan que determinadas competencias, sean ,en principio, ejercidas en todo o en parte por las instituciones comunitarias; lo que significa la consiguiente limitación de soberanía de los Estados miembros, en beneficio de la Comunidad.

Existencia de un sistema institucionalizado de creación de normas: A partir de la atribución de competencias estatales a la Comunidad, los Tratados constitutivos dotan a las instituciones comunitarias del poder normativo apropiado para el ejercicio de tales competencias, y establecen un procedimiento específico de creación de normas a través de dichas instituciones (son las instituciones comunitarias las que crean el “derecho derivado”).

Control institucional de la validez, aplicación e interpretación del Derecho Comunitario. Tanto en relación a los Tratados constitutivos de la CE, como en relación al derecho derivado, el control sobre la validez, aplicación e interpretación de dichas normas corresponde a las Instituciones Comunitarias, destacando el Tribunal de Justicia al que corresponde decidir sobre las infracciones del Derecho Comunitario realizadas por los Estados miembros (art. 226 (antiguo art. 169 TCE), sobre la legalidad de la actividad o inactividad de las Instituciones Comunitarias (art. 223 - 225; antiguos 173 - 175 TCE) y sobre la interpretación del derecho comunitario (art. 234; antiguo art. 177 TCE).

Procedimiento propio de revisión de los Tratados. La revisión o modificación de los Tratados constitutivos de las CE se somete a un procedimiento especial donde participan tanto las instituciones comunitarias como

cada Estado miembro (procedimiento único de revisión establecido por el TUE en su artículo N). Se trata con ello de garantizar tanto el carácter constitucional que dichos Tratados tienen en el sistema jurídico comunitario, como el derecho de los Estados a no aceptar más limitaciones de su soberanía que las expresamente consentidas en el Tratado.

A partir de esta peculiar caracterización del ordenamiento jurídico comunitario, las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros también son peculiares y diferentes de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos.

B. | Principios que rigen las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos internos.

Instrumento de interés común de los pueblos y Estados de la Comunidad, el derecho nacido de las fuentes comunitarias no es un derecho extranjero ni siquiera un derecho exterior: es derecho propio de cada uno de los Estados miembros, lo mismo que su derecho nacional, con la calidad suplementaria de coronar la jerarquía de los textos normativos de cada uno de ellos. Por su propia naturaleza, el derecho comunitario posee una fuerza específica de penetración en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros están presididas por tres principios:

el principio de aplicabilidad inmediata: la norma comunitaria adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados.

el principio de aplicabilidad directa o el efecto directo: la norma comunitaria es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares.

el principio de la primacía del derecho comunitario: la norma comunitaria ocupa en el ordenamiento jurídico interno un rango prioritario sobre cualquier norma nacional.

B.1. | Principio de aplicabilidad inmediata.

Al contrario de lo que sucede en el Derecho Internacional Público, el Derecho comunitario no es indiferente al tipo de relaciones que deben establecerse entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: postula el monismo e impone su respeto a los Estados miembros. Ello significa que si los Estados miembros son libres de conservar su concepción dualista respecto al derecho internacional, el dualismo, por el contrario, es desechado en las relaciones Comunidades / Estados miembros, y el derecho comunitario -original o derivado- es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, lo que implica tres consecuencias:

- 1) El derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento de los Estados miembros, sin necesitar ninguna fórmula especial de recepción.
- 2) Las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario.
- 3) Los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario.

Respecto a la aplicabilidad inmediata de las diferentes fuentes comunitarias, hay que decir que en relación a los Tratados constitutivos la aplicabilidad inmediata significa no tanto la proscripción de una recepción formal como la neutralización de sus efectos; es decir, se prohíbe a los jueces de un país dualista invocar el no cumplimiento de los procedimientos de recepción de los tratados internacionales establecidos por su constitución para dispensarse de aplicar un Tratado comunitario regularmente ratificado, o de aplicar ese Tratado como derecho interno y no como derecho comunitario, bajo el pretexto de que la recepción haya transformado ese Tratado en derecho nacional.

Respecto al Derecho derivado, no hay duda de que el derecho surgido de la actividad normativa de las Instituciones se impone en el ordenamiento jurídico nacional de los Estados sin transformación, sin orden de ejecu-

ción ni aún publicación en el nivel nacional (respecto al Reglamento la recepción está expresamente prohibida, y las directivas y decisiones dirigidas a los Estados miembros que apelan a medidas nacionales de aplicación, cabe señalar que las medidas adoptadas por los Estados miembros son expresión de una competencia de ejecución y en modo alguno una competencia de recepción).

B.2. | Principio de la aplicabilidad directa o el efecto directo.

Este principio, como dice R. Lecourt, “es el derecho para cualquier ciudadano comunitario de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de estos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende”. El efecto directo viene, en definitiva, a completar directamente el patrimonio jurídico de los particulares con derechos subjetivos y/o obligaciones, tanto en sus relaciones con otros particulares como en sus relaciones con el Estado del cual son nacionales.

Esta cuestión se planteó por primera vez ante el TJCE en 1963 a propósito del asunto *Van Gend and Loos* (asto. 26/62. Sentencia de 5 de febrero de 1963).

La administración aduanera holandesa había percibido un derecho de aduana superior al del resto de los Estados miembros por la importación de un producto químico proveniente de la R.F.A. La empresa de transporte holandesa *van Gend und Loos* planteó una demanda ante los tribunales ordinarios holandeses, alegando que la administración aduanera había violado el artículo 25 (antiguo art. 12 TCEE. El tribunal holandés planteó al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: ¿puede un particular alegar basándose en este artículo derechos de carácter individual que el juez debe salvaguardar?

Frente a la opinión contraria de 3 Gobiernos (Holanda, Bélgica y Alemania) y del Abogado General, R. Roemer, la Comisión entendió que sí.

El TJCE señaló:

El objetivo el TCEE es crear un mercado común, cuyo funcionamiento afecta directamente a los particulares en la Comunidad Europea. Este tratado constituye algo más que un acuerdo que sólo crearía obligaciones mutuas entre los Estados contratantes.

Los ciudadanos están directamente afectados por el Derecho comunitario (acercamiento de los pueblos, atribuciones de poderes a ejercer sobre los ciudadanos, participación de los nacionales de los Estados miembros en órganos de la CE: PE y CES; organización de recursos jurisdiccionales;...). La CE constituye un nuevo orden jurídico en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en sectores circunscritos, sus derechos soberanos. De tal Organización son sujetos no solamente los Estados miembros, sino igualmente sus nacionales; por consiguiente, el Derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, al igual que crea deberes para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entren en su patrimonio jurídico; derecho que tienen su origen no sólo en atribuciones explícitas existentes en el Tratado, sino también en las obligaciones que el Tratado impone de forma bien definida lo mismo a los particulares que a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias.

Acto seguido, el TJ aplica estos principios al artículo 25 TCE. Este artículo define una prohibición clara e incondicional que es una obligación no de hacer, sino de hacer. Esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados de subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de derecho interno. Se presta perfectamente, por su naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus particulares.

Por lo tanto, el Art. 25 produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar.

A partir de esta sentencia el Tribunal ha tendido a ampliar el alcance de las normas directamente aplicables alegándose diversas justificaciones doctrinales al respecto. Siguiendo la línea de ampliación del alcance de las normas directamente aplicables, el Tribunal de Justicia de la

Comunidad considera que el efecto directo no sólo afecta a los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos (efecto directo “vertical”), sino también a las relaciones entre los particulares (efecto directo “horizontal”).

De esta forma, por ejemplo, las normas sobre competencia aplicables a las empresas (Arts. 81; antiguo art. 85 y ss. TCE) pueden ser invocadas directamente por una empresa contra otra. También los trabajadores pueden hacer valer sus derechos respecto de convenios colectivos (Libre circulación de profesionales). Quizás la más gráfica expresión por parte del TJCE del concepto de “efecto directo horizontal” lo hallamos en su sentencia Watrave, asto. 36/74, de 12 de diciembre de 1974.

En este asunto se dilucidaba la compatibilidad del Reglamento de la Unión ciclista Internacional relativo a los campeonatos del mundo de ciclismo de medio fondo tras moto con el Derecho comunitario. De acuerdo con el citado Reglamento, “el conductor de la moto debe ser de la misma nacionalidad que el corredor con el cual forma equipo”, un extremo que se oponía al Art. 48 del Tratado CEE, que recoge el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad referente al trabajo asalariado.

El TJCE señaló que el Art. 39 (antiguo art. 48) TCE la mencionada prohibición “se extiende igualmente a los convenios y reglamentos que no emanen de las autoridades públicas”. Idéntica postura mantuvo respecto del Art. 141 (antiguo art. 119) TCE, según el cual “cada Estado aplica el principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo”. Este principio se impone - ha señalado el TJCE - no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todo convenio que regule de forma colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares”.

Los criterios necesarios, según el TJCE, para que una norma comunitaria sea directamente aplicable son: que la norma sea clara y precisa; que sea completa y jurídicamente perfecta; y, finalmente, que sea incondicional.

A partir de esta jurisprudencia, y de las características del derecho derivado, pueden establecerse como normas de efecto directo las siguientes:

a) Disposiciones de los Tratados constitutivos de la CE:

disposiciones de aplicabilidad directa completa (crean derechos y obligaciones no sólo con respecto a los estados miembros sino también para los particulares en sus relaciones interpersonales): disposiciones en materia de competencia, normas relativas a la libre circulación de trabajadores, etc...

disposiciones de aplicabilidad directa limitada (crean derechos y obligaciones para los particulares respecto de los Estados miembros): pueden ser prohibiciones u obligaciones de no hacer - por ejemplo, art. 25 (antiguo art. 12) TCE que prohíbe los nuevos derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente- u obligaciones de hacer -por ejemplo, el art. 25-2 (antiguo art. 12-2) TCE prescribe la supresión de las exacciones de efecto equivalente-.

b) Reglamentos

Según el artículo 189 párrafo segundo del TCE, el reglamento tiene en alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros, requiriéndose para su entrada en vigor -art. 254 (antiguo art. 191) TCE- su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad.

Este carácter de normas directamente aplicables de los reglamentos ha sido precisado por el TJCE en el asunto Leonesio. Sentencia de 10 de octubre de 1973.

La Sra. Leonesio era una propietaria agrícola italiana que había sacrificado un número determinado de vacas en cumplimiento de una disposición comunitaria y reclamaba al Estado italiano las primas a las que tenía derecho según los correspondientes reglamentos comunitarios.

La postura del Gobierno italiano fue reacia al pago de dichas compensaciones, argumentando que, según el Art. 81 de la Constitución, era necesaria la promulgación de una ley para autorizar su pago.

El TJCE indicó que “desde el momento en que se cumplen las condiciones previstas por los reglamentos y a partir del vencimiento del plazo que sigue al establecimiento de la prueba del sacrificio, los reglamentos citados confieren al agricultor el derecho de exigir el pago de la prima sin que el Estado miembro interesado pueda basarse en su legislación, o en su práctica administrativa para oponerse a tal pago”.

Además, declaró que “los reglamentos comunitarios, para imponerse con la misma fuerza a los ciudadanos de todos los Estados miembros, se integran en el sistema jurídico aplicable en el territorio nacional, que debe permitir que se ejerza el efecto directo prescrito en el artículo 249 (antiguo art. 189), de tal forma que los particulares pueden invocarlos sin que se les opongan disposiciones o prácticas de orden interno”.

Por todo lo dicho, el TJ consideró como contraria al derecho comunitario la exigencia de publicación interna del reglamento ya que “la aplicación directa de un reglamento, exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en perjuicio de un sujeto de derecho se realice sin ninguna medida de recepción en el derecho nacional”

c) Directivas

En principio y según el TCE (art. 249 párr. tercero; antiguo art. 189.3), las directivas no son directamente aplicables; obligan al Estado destinatario en cuanto al resultado, dejando a las instancias nacionales la competencia para determinar la forma y los medios que deberán adoptarse para su aplicación.

Sin embargo, el escaso margen de discrecionalidad que algunas directivas dejan para su aplicación por los Estados miembros -dado su pormenorizada concreción- ha llevado a una jurisprudencia favorable a su aplicación directa. Así lo estableció el TJ en el asunto Van Dyun (S. de 4 de diciembre de 1974).

El Art. 39 (antiguo art. 48), apartados 2 y 3, del TCE recoge el derecho de todo trabajador de los Estados miembros a contestar una oferta de empleo, de presentarse en el país de acogida y de desplazarse al mismo a efectos de hacer la oportuna entrevista. Este precepto fue desarrollado por el Reglamento 1612/1968, de 15 de noviembre, que fija las modalida-

des para el ejercicio de los derechos vinculados a la libre circulación, y por la Directiva 64/221 sobre relativa a policía de extranjeros, cuyo artículo 3 indica: “las medidas de orden público o de seguridad pública (que limitan los derechos mencionados previamente) deben basarse exclusivamente en el comportamiento individual del individuo objeto de las mismas”. En mayo de 1973, M. Van Dyun, ciudadana holandesa, vio rechazada su petición de entrada en el Reino Unido para ir a trabajar como secretaria de la Iglesia de la Cienciología en un establecimiento que el Ministerio británico de Interior consideraba que podía representar un peligro para la sociedad. Ante esta situación formuló una demanda ante los tribunales británicos. La High Court interpuso cuestión prejudicial ante el TJCE.

El TJCE entendió que algunas disposiciones de la directiva 64/221 tienen un efecto directo sobre los particulares interesados, y de forma específica señaló que “el artículo 3 párr. 1 de la directiva engendra en favor de los particulares, derechos que pueden ser invocados en juicio en un Estado miembro, y que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar”.

Las Directivas (así como las Decisiones dirigidas a los Estados) están pues, en principio, desprovistas de efecto directo, a menos que la precisión de sus términos, la claridad y la incondicionalidad de la obligación que contienen permitan tal efecto. Ahora bien, la aplicabilidad directa de las Directivas tiene un carácter limitado: sólo se produce ante la falta de normas de desarrollo nacionales aprobadas dentro del plazo previsto (o ante desarrollos incorrectos o insuficientes), y ello crea un derecho para los justiciables beneficiarios de invocarlas ante un Estado miembro que ha incumplido con su deber de ejecución, así como ante todos los órganos de la administración.

Estas disposiciones de efecto directo obligan al juez nacional a no aplicar una regla nacional contraria a la norma comunitaria. En este sentido es clásica la sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77, Simmenthal).

Simmenthal importa carne para el consumo humano de Francia a Italia. La legislación italiana exige que la carne sea sometida en la frontera a un control sanitario, por el que Simmenthal debe pagar cierta suma. Esta empresa considera que tanto el control como las tasas constituyen obs-

táculos a la libre circulación de mercancías consagrada en el Tratado CE, por lo que se dirige al Pretore di Susa para lograr la recuperación de la suma indebidamente pagada.

En la respuesta a la cuestión prejudicial que se le plantea, el TJ confirma la apreciación de Simmenthal. El juez italiano ordena entonces a la Administración de Hacienda que proceda a la devolución de las tasas. Ésta se niega a ello; alega que su actuación se basa en una ley nacional posterior a las normas comunitarias y que la jurisprudencia del Tribunal constitucional no permite al juez resolver la cuestión, sino que exige el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante dicho Tribunal.

Enfrentado a una jurisprudencia tan distinta a la del TJ, el Pretore opta por plantear a este último una nueva cuestión prejudicial sobre los efectos plenos e íntegros en los derechos internos de los Estados miembros de las disposiciones comunitarias aprobadas en virtud del Art. 249 (antiguo art.189) TCEE.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades declaró que “las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros (...) hacer inaplicable de pleno derecho, y por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional”.

Antes de proceder al estudio del principio de primacía del Derecho comunitario, conviene poner de manifiesto que los principios de aplicabilidad inmediata y de efecto directo se superponen y se necesitan mutuamente. El efecto directo ha de concebirse, así, como una referencia técnica y tuitiva: la invocabilidad de las normas comunitarias por los particulares al haber creado la norma determinados derechos protegibles. La aplicabilidad inmediata debe entenderse también como una referencia técnica: la autosuficiencia de la norma, que no está necesitada de medidas comunitarias ni nacionales para su aplicación en el derecho interno de los Estados miembros.

C. Principio de la primacía del Derecho Comunitario

El principio de primacía del derecho comunitario en relación con el derecho nacional es consecuencia lógica del principio de efecto directo, y actúa como garantía de la aplicación del derecho comunitario, ante la carencia de poder de ejecución de la Comunidad.

Fue formulado por primera vez por el TJCE en 1964 en la sentencia recaída en el asunto 6/64, Costa/ENEL (S. de 15 de julio de 1964).

Costa se niega a pagar el recibo de la luz que le presenta el ENEL. Considera que la Ley italiana de 1962 por la que se nacionalizó la industria eléctrica y por la que se creó el ENEL viola los antiguos arts. 37, 53, 92 y 102 del TCEE, y así lo hace valer ante el Giudice conciliatore de Milán. Éste decide suspender el procedimiento en curso y plantea, por un lado, una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJ, y, por otro, una cuestión de constitucionalidad (de la ley) ante la Corte costituzionale.

En su respuesta, el Tribunal puso de manifiesto que “todo juez nacional competente en una materia determinada, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la Ley nacional anterior o posterior a la regla Comunitaria.”

Como vemos, el principio de primacía se formula como una norma dirigida al juez nacional; no son ni el legislador ni el poder constituyente quienes han de establecer este principio a nivel legislativo o constitucional, sino que es el juez nacional quien debe consagrarlo mediante su función a aplicación del derecho comunitario.

En este sentido, cabe señalar que la práctica judicial de los Estados miembros ha contribuido de forma eficaz a la consagración del principio.

Así, entre otros supuestos, cabe referirse al Tribunal de Casación belga, que en su sentencia de 27 de mayo de 1971 (“Le Ski”) señalaba que “Los Tratados que han creado el derecho comunitario han instituido un nuevo orden jurídico, en virtud del cual los Estados miembros tienen limitado el ejercicio de sus poderes soberanos en las materias que estos Tratados determinan. Por lo que, en caso de conflicto entre una norma de dere-

cho nacional y una norma de derecho comunitario, el Juez tiene el deber de rechazar la aplicación de disposiciones de derecho nacional que sean incompatibles a una disposición de un Tratado o de otras normas comunitarias.

Pero el principio de primacía del derecho comunitario no se establece sólo respecto a las normas internas con rango de ley, sino que como muy bien observa el profesor Rodríguez Iglesias, actual Presidente del TJCE, “la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno ha sido proclamada por el TJCE con independencia de que las normas internas que eventualmente sean contradictorias con el derecho comunitario tengan rango constitucional”.

El problema básico que plantea esta afirmación es el de determinar si cabe ejercer un control constitucional de las normas comunitarias. Cuestión que está en el vértice de las relaciones del orden jurídico comunitario con los ordenamientos de los Estados miembros, y de la actividad de aplicación del derecho comunitario por el juez nacional. Es decir, se trata de establecer cómo resolver y por quién el posible conflicto entre una norma comunitaria y un precepto constitucional.

Desde el punto de vista jurídico formal, la cuestión se resuelve en las Constituciones de los Estados miembros mediante la doble vía de admitir expresamente la posibilidad de transferir competencias soberanas a una organización internacional, y de arbitrar un sistema específico de garantía para la celebración de Tratados que supongan una transferencia de competencias, a fin de asegurar su no contradicción con la Constitución. Esto asegura, en principio, la no contradicción entre los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y las respectivas constituciones nacionales, pero no puede prever los contenidos concretos de las normas de derecho derivado, ni en consecuencia, evitar la posibilidad de conflicto entre una norma comunitaria y un precepto constitucional.

De nuevo, la práctica ha dado ocasión a que el tema sea objeto de diversos pronunciamientos tanto por el TJCE como por los Tribunales constitucionales de los Estados miembros. Tanto el Tribunal constitucional italiano, como el Tribunal constitucional alemán, se han pronunciado en el sen-

tido de descartar el control constitucional de los reglamentos comunitarios, por tratarse de actos de un poder público “supranacional”, y de materias sustraídas a la competencia legislativa nacional.

La interpretación que subyace a estos pronunciamientos es, tal como entiende N. Catalano, que no se trata de una cuestión de jerarquía entre ambos ordenamientos, sino de competencias, operándose “la sustitución del derecho nacional por el derecho comunitario, en los ámbitos materiales en que la transferencia de competencias ha sido operada: en estas materias la regla que se aplica es la del derecho comunitario”.

Distinto es el problema que se plantea cuando una norma de derecho comunitario puede contradecir los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución de un Estado miembro. Previendo tal posibilidad, el Tribunal constitucional italiano, señaló ya en su sentencia de 27 de diciembre de 1973 que se reservaba la competencia de pronunciarse si se diera una interpretación aberrante de los Tratados contraria a los derechos fundamentales y a los principios del orden constitucional italiano.

La jurisprudencia comunitaria reafirma en todos casos la aplicación del derecho comunitario, si bien ha ido evolucionando desde la sentencia recaída en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970, en que afirmaba que “la invocación de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución de un Estado miembro... no podrán afectar la validez de un acto de la Comunidad o su efecto sobre el territorio de este Estado”, hasta la posición actual. Actualmente, la jurisprudencia comunitaria, a fin de salvar las posibles contradicciones, ha optado por interpretar que “Los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho”... y que “no podrían ser admitidas en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de los Estados miembros” (sentencia 14-5-1974 (*Nold c. Comisión*); y de 13-12-1979 (*Liselotte Hauer c. Land Rheinland*)). La protección de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito comunitario, a pesar de no aparecer en los Tratados constitutivos se garantiza actualmente a través de la construcción jurisprudencial realizada por el TJCE.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN HONRUBIA, V; VILÁ COSTA, B.
(Dir.). Lecciones de derecho comunitario
europeo, Barcelona: 3ª ed., 1998.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. et.
al. Introducción al derecho de la unión
Europea Madrid: Eurolex, 2ª ed., 1999

CATALANO, N.; SCARPA, R.
Principios de Derecho comunitario.
Traducción de F. Mariño y A. Chueca
Madrid: Tecnos, 1988

ISAAC, G. Manual de Derecho comunitario
general Barcelona: Ariel, 5ª ed., 2000.

LOUIS, J-V.
El ordenamiento jurídico comunitario
Luxemburgo: Oficina de Publicaciones
Oficiales de las Comunidades Europeas, 5ª
ed. corregida y actualizada, 1995.

MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS,
J. Instituciones y derecho de la Unión
Europea Madrid: Tecnos, 3ª ed. (1ª edición
en Ed. Tecnos), 2000.

MANGAS MARTÍN, A. Derecho comunitario
europeo y derecho español Madrid: Tecnos,
2ª ed., 1992

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN
NOGUERAS, J.D. (Dir.) El derecho comu-
nitario europeo y su aplicación judicial

Madrid: Civitas, 1993.

MODULO IX

LA CONCILIACION EN
EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

PARTE I

LA CONCILIACION EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Raquel Alastruey Gracia

Magistrada y Profesora Ordinaria de la
Escuela Judicial



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Introducción

Corresponde al Poder Judicial la importante función de dar protección al ciudadano, ya sea frente a otros individuos que desconocen o contradicen sus derechos e intereses, ya sea frente a las instituciones y poderes del propio Estado; pero un análisis no excesivamente complejo de la situación de los órganos judiciales de cualquier país de nuestro entorno nos llevará a evidenciar que dicha protección de los derechos del ciudadano no siempre se alcanza.

Esta parcial ineficacia del sistema judicial es debida, en primer lugar, a la complejidad de la sociedad en que nos hallamos inmersos, sociedad que avanza y se transforma con un dinamismo no encauzable en estructuras jurídicas clásicas, lo que condiciona no sólo la elaboración de normas que puedan regular las nuevas formas del tráfico jurídico, de las relaciones intersubjetivas y de las concretas entre la Administración y el ciudadano, sino la respuesta que el propio Estado debe dar cuando se le solicita tutela efectiva ante los conflictos que se producen.

En segundo lugar, se apunta hacia la falta de desarrollo de políticas públicas que, partiendo del monopolio jurisdiccional que en última instancia garantiza la Constitución, se dirijan a la creación de suficientes órganos judiciales que puedan dar la respuesta solicitada por los justiciables y a la dotación de instrumentos y medios eficaces para el desarrollo de la función, pero también a la regulación que permita el desarrollo de sistemas alternativos de resolución de conflictos. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en reiterada jurisprudencia al hilo de la aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que dicho precepto "obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal modo que sus Juzgados y Tribunales puedan cumplir cada una de las exigencias del artículo 6.1, especialmente en materia de retraso razonable" (entre otras, Ss.TEDH. Milasi de 25 de junio de 1987 §18; Unión Alimentaria Sanders S.A. de 7 de julio de 1989 § 38; Martins Moreira de 26 de octubre de 1988 § 54, § 60).

El punto de partida para analizar la función judicial y encajar en la misma la función conciliadora debe ser, necesariamente, el derecho fundamental a la tutela efectiva de los ciudadanos que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española. Si el ejercicio de la jurisdicción en los términos definidos por el artículo 117.3 C.E. (" juzgar y ejecutar lo juzgado") no es eficaz para otorgar la tutela judicial efectiva, por tardía, por costosa, por inútil en muchos casos, debemos analizar las posibilidades que los Tribunales tienen a su alcance para lograr la satisfacción de intereses de los ciudadanos, sin llegar a agotar el proceso de enjuiciamiento y el eventual proceso de ejecución.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de enero de 2000, que es el instrumento establecido para que los Tribunales civiles españoles puedan desarrollar su función de forma efectiva, partiendo del principio de autonomía de la voluntad de los interesados, apoyado en el derecho fundamental a la propiedad privada y la economía de mercado, cuya traducción procesal es el principio dispositivo¹, establece no sólo el poder de disposición de los litigantes sobre el objeto del proceso, sino el mandato al Juez para que intente un acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso.

La determinación de esta función conciliadora como propia del Juez, dentro del proceso jurisdiccional y con el objetivo de que éste no llegue a su finalización típica, no es novedosa en nuestra tradición jurídica, ni se aparta de la línea seguida en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como veremos a continuación.

Por otra parte, la función conciliadora del Juez, cuya eficacia va en función de las tradiciones culturales del grupo o ámbito social en el que se actúe, se ve beneficiada en su aceptación y en su desarrollo actual, por el movimiento jurídico-social que desde la primera mitad del Siglo XX, partiendo de la ineficacia del sistema judicial norteamericano, ha ido elaborando los sistemas de resolución alternativa de conflictos (ADR), que elevan a categoría principal la libertad del individuo para gestionar sus propios intereses.

Así pues, en el ámbito de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, junto al proceso jurisdiccional podemos distinguir los sistemas o métodos de mediación extrajudicial y los sistemas o métodos de mediación judicial, pero en el bien entendido que no se trata de supuestos antagónicos sino que se definen distintamente por el momento conflictual en que se producen y por el sujeto que dirige el procedimiento conciliador.

CAPITULO I

LA EXCESIVA JUDICIALIZACION DE LOS CONFLICTOS.

Las fórmulas directas en que las partes solucionaban por sí mismas sus conflictos, han sido las inicialmente desarrolladas con la finalidad de restablecer la paz social. Ocurre, sin embargo, que la inicial autodefensa, estando basada en la imposición de la decisión de una sola parte frente a la otra, producía situaciones peligrosas pues hacía tambalear la propia estructura del grupo, al quedar siempre subyugado el más débil al más fuerte o poderoso. De ahí que en, un segundo paso, se tratara de buscar la intervención de terceros, fuera el jefe de la tribu, el cabeza de familia, o el representante de la estirpe, a fin de que mediaran y gestionaran las posibilidades de las partes en conflicto para hallar una solución no impuesta por razón de fuerza sino por fuerza de la razón. De estas formas autocompositivas basadas en la mediación o conciliación se dio paso al arbitraje, en tanto se iban reglamentando las formas y modos de seguir el camino conciliador, y con la aparición del Estado, esta reglamentación del proceder en la solución de los conflictos se asume como instrumento estatal por cuanto implica un mínimo de organización política y social, dando paso al proceso.

Será la tradición cultural de un concreto pueblo la que marcará una mayor receptividad hacia la búsqueda de soluciones generadas desde el mismo individuo o por el contrario hacia la búsqueda de soluciones ofertadas desde el poder público pero, en cualquier caso, la situación de crecimiento de la conflictividad derivada de la complejidad social debe llevarnos a reflexionar sobre las posibilidades de que el Estado, y en su seno los Tribunales, a través del proceso jurisdiccional, sean la única solución para los problemas de los ciudadanos.

El análisis de las causas del excesivo recurso a la jurisdicción, nos permitirá diseñar los medios o sistemas más eficaces para evitarlo, dados los nefastos efectos que de ello se derivan. Desde la perspectiva española y siguiendo a Mejías Gómez², el exceso de judicialización de los conflictos es debido fundamentalmente a los siguientes motivos:

a) Ausencia de cultura de la transacción. La vehemencia propia de la idiosincrasia española, tiende a cerrar las puertas a la negociación entre las partes y ante el mínimo conflicto se "amenaza" con ir a los Tribunales. Se ha dicho que éste es un país de elevada querulancia. Posiblemente quepa hallar sus antecedentes en la intensidad de los conflictos sociales, las guerras civiles y los agudos enfrentamientos políticos que demoraron, más que en otros países europeos, el afianzamiento de las estructuras democráticas y, consecuentemente, el mantenimiento del autoritarismo en todas las relaciones sociales generalizándose la idea de que sólo desde el poder podían resolverse todos los conflictos³.

b) Esta tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos, parte de la idea de que sólo los jueces tienen la posibilidad de resolver los conflictos y decidir, en cada caso, lo que es justo o injusto, fomentando una fe ciega en la justicia, al tiempo que una infravaloración de las potencialidades de la propia sociedad para solucionar sus controversias. Puede considerarse una consecuencia del "estado del bienestar" en el que los ciudadanos exigen del poder público la atención a

1) Montero Aroca, J. "Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". Tirant lo blanch. Valencia 2001

2) Mejías Gómez, J. Fco. Sistemas alternativos de resolución de conflictos en "Evitación del Proceso". Cuadernos de Derecho Judicial XXIV. CGPJ, 1997

3) Ortuño Muñoz, P.- La mediación familiar en España.- Rev. "Familia" núm. 24 (Separata), Universidad Pontificia de Salamanca.- Enero 200

todas sus carencias, necesidades y problemas. Ante una controversia entre dos personas éstas asumen que quien debe resolverlo es el Estado. Existe una cultura acomodaticia a abdicar de la propia responsabilidad en un tercero, que siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver los problemas de sus ciudadanos.

c) Complejidad cada vez mayor de la vida social, lo que origina mayor número de conflictos y mayores problemas a la hora de tratar su posible solución, lo que abunda en la laboriosidad y, por ende, en la abdicación de la responsabilidad propia en la decisión de los poderes estatales.

d) Mayor nivel de exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y mayor conciencia de su proyección práctica. Esto es consecuencia de una sociedad más democrática, más libre, más culta y, por ello, más exigente del respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos.

e) Creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del Poder Judicial. Los Jueces y Tribunales han dejado de ser personajes anónimos, desconocidos y de escaso interés social y cada vez son mayores las informaciones judiciales en los medios de comunicación. Ello ha dado lugar a que los ciudadanos hayan redescubierto la existencia e importancia del Poder Judicial y acudan siempre a él para resolver sus conflictos, en lugar de acudir a otras vías diferentes y alternativas, que en muchas ocasiones serían más adecuadas.

f) Excesivo protagonismo del Estado y ausencia de mecanismos jurídicos que inviten a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos. Es característica de los Estados modernos que asuman la necesidad de dar protección a los ciudadanos, se ha afianzado la idea intervencionista del Estado en todo tipo de cuestiones constituyéndose en obligación del poder público dar respuesta a todo tipo de demandas sociales. Esto no es más que otra perspectiva de las consecuencias del "estado del bienestar": si el Estado garantiza la existencia de derechos individuales, también debe arbitrar los sistemas que permitan un servicio prestacional de garantía de dichos derechos. De esta forma se ha magnificado el monopolio jurisdiccional, que debe existir y así lo proclama la Constitución Española al esta-

blecer que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Jueces, pero como "última ratio" y no como primer recurso. Ni el Estado debe asumir ese papel paternalista, por cuanto va reduciendo las posibilidades de libre desarrollo individual de los ciudadanos, ni puede plantearse como única vía posible de solución de conflictos la respuesta que den sus órganos jurisdiccionales, pues precisamente el deseo de convertir en realidad el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, ha llevado al colapso de la Administración de Justicia y con ello a la injusticia de no hallar respuestas pacificadoras en un tiempo razonable. En los últimos años es palpable el deseo de buscar, por parte de los poderes públicos, una mayor eficiencia a través de soluciones de justicia alternativa o complementaria, con miras no sólo a descongestionar los Tribunales sino a alcanzar mayor calidad en la Justicia.

La reflexión que sigue hacia esa búsqueda de una mejor y más eficaz Justicia nos lleva hacia la necesidad de ampliar las vías de resolución de conflictos en un doble sentido: por una parte, hacia el acogimiento como complementarios y no como antagónicos u opuestos a la jurisdicción de los sistemas que se engloban como ADR (Alternative Dispute Resolution), esto es, el arbitraje, la mediación, la conciliación, el mini-trial, etc.; por otra, hacia la necesidad de que los órganos jurisdiccionales asuman la función de posibilitar la solución negociada del conflicto por las propias partes interesadas.

Desde una perspectiva temporal, en relación con el proceso judicial, algunas soluciones alternativas, que en todo caso, deberán ser promocionadas desde el poder público, serán utilizadas directamente por las partes en conflicto y actuarán como sistemas pre-procesales o de desplazamiento de la jurisdicción, mientras que otras se manifestarán una vez planteado judicialmente el conflicto y será la actividad del juez la que permitirá, dentro de la flexibilidad de la norma, que finalmente se encuentre esa solución al margen de su "iuris-dictio"

CAPITULO II

LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

Resulta fundamental la actitud de los sujetos que intervienen en el conflicto para que éste encuentre la solución justa. Esta actitud dependerá en gran medida del conocimiento y aceptación de otras vías de solución distintas de la sentencia judicial, pero que, en todo caso, se alinean en los mismos principios que la Justicia Estatal de ser alternativa a la fuerza, a la coacción, a la imposición de la solución unilateral, o a tomarse la justicia por cuenta propia.

Dicho conocimiento, en tanto no proceda de la herencia cultural, como ocurre por ejemplo con la tradición china, -Confucio ya enseñaba que nada debía perturbar la armonía natural en las relaciones humanas, armonía que se interrumpe por la aparición de los conflictos-⁴, puede adquirirse conforme las sociedades asuman como propia una cultura de paz y no de confrontación, un sistema de valores en el que lo importante no sea ganar o perder sino tomar parte en el proceso de decisión de los propios intereses, asumiendo la responsabilidad de gestionar las conse-

4) Barona Vilar, S.- "Solución extrajudicial de conflictos" Ed. Tirant lo Blanc. Valencia 1999

cuencias de las relaciones libremente establecidas, ya sean en el ámbito puramente privado, comercial, laboral, vecinal o familiar; se trata, en definitiva, de interiorizar el principio de que la responsabilidad es la medida de la libertad, y, desde la perspectiva sociojurídica, a partir del momento en que dicha formación se incluya en los planes docentes de las Universidades y en los cursos de formación continuada de los operadores jurídicos y sociales (jueces, abogados, asistentes sociales, psicólogos, etc.). Es precisamente en la Universidad norteamericana donde se desarrolla el germen del actual movimiento de ADR, que a pesar de recuperar antiguos sistemas autocompositivos de solución de conflictos, no se alcanza por la evolución de ideas jurídicas tradicionales sino que aparece en la segunda mitad del siglo XX, como alternativa necesaria para que todos puedan acceder a la justicia y dada la incapacidad de respuesta del sistema judicial norteamericano que, en palabras de Derek Bok, Rector de la Universidad de Harvard y antiguo Decano de la Facultad de Derecho, -citado por Barona Vilar⁵, era "demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico". Sea como fuere, lo cierto es que debido a la universalización de las ideas y modos de vida los métodos conciliadores, mediadores, o de solución negociada, basados en la primordial importancia de la voluntad individual, en el valor trascendente del acuerdo de voluntades, están tomando fuerza en muchos países, ya pertenezcan a sistemas de common law o a sistemas de civil law. En este sentido la propia Unión Europea está tratando de dirigir un proceso de uniformización de respuestas alternativas al proceso jurisdiccional, en todo caso desde la doble perspectiva de que hay posibilidad de tutelar intereses y derechos en conflicto sin necesidad de acudir a los Tribunales y de que es necesario descargar de trabajo a los órganos judiciales pues, de otra forma, resultan inoperantes. Se trata del "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil", presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 19 de abril de 2002.

Antes de adentrarnos en el análisis de la conciliación judicial se impone un breve repaso a las fórmulas y técnicas de ADR, porque aunque el pro-

5) Barona Vilar, S.- (op. cit.)

ceso judicial sea el prototipo de las vías heterocompositivas, el Juez para llegar a la solución del conflicto de las partes, desempeñará funciones mediadoras que sólo de resultar ineficaces determinarán la imposición de una decisión.

Bajo las siglas ADR se engloban distintas vías o técnicas que vienen siendo utilizadas para resolver las cuestiones que no se pretenden tratar ante los tribunales de justicia. En los últimos tiempos las mencionadas siglas ya no responden a los términos iniciales (Alternative Dispute Resolution) pues se sustituye la mención “alternativa” por la de “adecuada”. En cualquier caso, se trata de vías cuyo punto común es la voluntad de los sujetos del conflicto y la no monopolización de la solución justa por el sistema estatal jurisdiccional.

2.1. | Negociación.

La negociación es el proceso bilateral o multilateral en el que las partes, ya directamente, ya a través de sus representantes, pero sin intervención de tercero neutral, intentan resolver las disputas a través de la comunicación, la discusión, la persuasión, asumiendo que deberán ceder en sus posiciones para llegar a una solución, en definitiva, tienden a hallar, sin la intervención ni ayuda de terceros, una solución transigida.

Se viene distinguiendo entre **a)** una negociación competitiva, y **b)** una negociación en colaboración. En el primer caso se trata de ir ganando terreno al contrario, de manera que mediante mecanismos psicológicos tales como las exageraciones, las amenazas de no continuar, etc., se pretende que el adversario ceda ante las pretensiones mantenidas por la contraria. El segundo tipo de negociación parte de la idea de cesión, de manera que ambas ganan con la negociación porque la continuidad de la relación entre las partes, la credibilidad y la confianza son la base de su filosofía.

La adopción de una u otra táctica negociadora dependerá del vínculo existente entre las partes y la naturaleza de su conflicto: la primera resulta útil, por ejemplo, para negociar la indemnización del daño causado en acci-

dente de tráfico, mientras que la segunda es adecuada en relaciones familiares y en relaciones laborales.

Otros estilos de negociación son los siguientes: **a)** el conciliador: el objetivo es llegar a un compromiso, que acepta soluciones parciales cuando no hay posibilidad de llegar a una solución total, en que las partes asuman que ambas ganan, para ello incitará a la moderación, al regateo, o a que las partes se encuentren a medio camino; **b)** el defensivo o esquivo, en el que la finalidad es evitar perder; resulta útil en negociaciones multilaterales pues desvía hacia los otros el peso de la colaboración en la búsqueda de soluciones útiles pero que, por utilizar estrategias de retraso, de enredarse en cuestiones triviales, puede frustrar la finalidad del proceso negociador; y también se identifica **c)** el estilo complaciente, en el que la negociación parte del sacrificio de ciertos intereses para mantener una buena relación con la otra parte, aun a costa de sus propias necesidades, reconociendo para ello errores, aceptando exigencias de contrario, etc. Es un sistema hábil en materia de relaciones vecinales.

Entre las técnicas que los expertos han ido delimitando para ser utilizadas en la búsqueda de soluciones negociadas se puede hacer referencia a las siguientes:

- 1) *Identificar los intereses, diferenciándolos de las posiciones de las partes.* Muchas veces se piensa por quien tiene el conflicto que la negociación consiste únicamente en la presentación de “su solución”, seguida de la defensa de “su posición” y el ataque a la otra parte. Este esquema propiamente adversarial es el típico de los procesos jurisdiccionales. Sin embargo, el quid de la negociación no radica en las posiciones conflictivas, sino en la identificación de los intereses. Los intereses son las inquietudes, necesidades, expectativas y temores que se encuentran ocultos detrás de las posiciones de las partes, mientras que las posiciones son las exigencias. La identificación de los intereses de cada parte permitirá observar que es posible el intercambio y que hay más intereses compartidos que totalmente opuestos. Así, por ejemplo, si se pretende resolver un contrato de arrendamiento de una persona mayor que vive sola, posiblemente el interés que aflorará será su preocupación no sólo por quedarse sin un techo, sino por la falta de cuidados y de esta forma habrá posibilidad de negociar no desde la perspecti-

va única de una indemnización, sino en la búsqueda de un apartamento tutelado o de una plaza en residencia para personas mayores.

2) Generar soluciones a través del planteamiento de múltiples cuestiones, para evitar que se centren en un único problema o tema de negociación. Cuantas más posibilidades barajen las partes, más alta será la probabilidad de hallar soluciones que satisfagan a ambas y por lo tanto menor será la conciencia de cesión, de imposición de solución por la otra. Por ejemplo, si en un divorcio ambos cónyuges pretenden permanecer en el hogar conyugal, una alternativa podría ser la de proceder a la venta para que los dos tengan la oportunidad de encontrar una nueva vivienda con la parte correspondiente del precio obtenido.

3) Reconocer las propias limitaciones. Las partes a la hora de negociar han de delimitar el terreno dentro del cual podrán llegar a consensuar una solución. No pueden iniciar una negociación en campo abierto, pues las partes se encontrarán perdidas en una inmensidad de posibilidades que las desviarán de la finalidad perseguida que es hallar una solución satisfactoria a un concreto conflicto o relación en crisis.

4) Alentar la búsqueda de una pluralidad de propuestas y que las mismas se formulen con claridad: cuantas más alternativas posibles existan a la situación conflictiva actual, más fácil es alcanzar un acuerdo realista, práctico y viable.

5) Determinar desde el inicio cual será la situación de cada una de las partes que negocian para el caso de que el acuerdo no se alcance; sin que en ningún caso el hecho de haber negociado una posible salida extrajudicial al conflicto pueda determinar una carga, agravio o perjuicio.

2.2. | Mediación.

La mediación no es más, ni menos, que la negociación ayudada o guiada por un tercero ajeno al conflicto o, en términos más descriptivos, es el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona neutral, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuer-

do mutuo que se ajuste a sus necesidades. La bondad del sistema, que de principio sigue siendo de origen voluntario y de resolución autocompositiva, es que en muchas ocasiones las partes o los negociadores que las representan se ven incapaces de identificar intereses y siguen aferradas a sus posiciones, de ahí que resulte de gran ayuda que un tercero extraño les guíe en ese proceso negociador, sobre todo, porque la negociación se inicia desde un clima de desconfianza por ambas partes.

En esta situación serán funciones del mediador:

Crear un clima favorable, a) organizando el proceso en el que las partes tratarán sus disputas, controlando los procedimientos, estableciendo reglas, sentando los parámetros de intervención de los asesores y, en general, proporcionando un sistema de control e imparcialidad, *b)* proporcionando un entorno físico apropiado para resolver la disputa y *c)* asegurando la ausencia de amenazas, agresiones o intimidaciones, creando un clima emocional hospitalario, amable.

Mejorar la comunicación entre las partes, favoreciendo la escucha activa, asegurando la claridad y precisión en la comunicación, formulando cuestiones apropiadas, reformulando y sintetizando lo que las partes han dicho, cambiando el lenguaje negativo a uno positivo y, en general utilizando cuantos elementos de comunicación contribuyan a resolver el problema.

Facilitar las negociaciones para hacerlas más constructivas, eficientes y productivas, asegurándose que las partes en disputa están preparadas para negociar, centrándoles en sus intereses y no en sus posiciones, previniéndoles de efectuar ofertas demasiado prematuras, advirtiéndoles de no negociar en primer lugar los temas más difíciles, ni tampoco que se muevan demasiado rápido hacia las cuestiones de detalle, y trabajar con ellas para idear soluciones creativas que cubran sus respectivas necesidades.

Ejercer una cierta presión para llegar al acuerdo, ayudando a las partes a ser más realistas respecto a sus alternativas, ofreciendo ocasionalmente una opinión objetiva sobre el aspecto positivo de la controversia, efectuando recomendaciones si las partes lo solicitan, imponiendo fechas límite para la negociación y mostrándose firme y convincente.

Se ha dicho que las ventajas de la mediación frente a los procesos jurisdiccionales radican en la confidencialidad; la flexibilidad del procedimiento en función del tipo de conflicto; la libertad de las partes para iniciar, mantenerse o terminar el proceso de mediación; la rapidez pues, dependiendo del conflicto, la mediación puede durar días o meses pero, en todo caso, menos que un proceso judicial; produce acuerdos creativos sin que sea un tribunal el que decide quien gana y quien pierde y la solución no se limita a los estrechos márgenes legales sino que permite soluciones de "sentido común", que sean satisfactorias para ambas partes.

2.3. | Conciliación.

Inicialmente era sinónimo de mediación y como señala L.R. Singer⁶ mientras en USA se ha impuesto el término mediación, en países como Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Austria se utiliza el término conciliación, para indicar el mismo procedimiento. La diferencia podría situarse en el grado de intensidad de la participación del tercero neutral, que se estima más intervencionista que la del mediador.

2.4. | Arbitraje.

El arbitraje es el método heterocompositivo realmente equivalente al proceso jurisdiccional (STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 5). Será un tercero imparcial quien imponga una decisión a las partes, resolviendo el conflicto planteado, pero sin negociar con ellas. Se trata, en definitiva, de la justicia privada, en la que destacan frente a la justicia pública o estatal, que el proceso es igualmente de confrontación o adversarial, que se pretende una decisión de tercero, pero que se sustenta en la voluntariedad de las partes de someter la cuestión a arbitraje y que el árbitro no actúa válidamente por razón de su "potestas" sino por razón de su "auctoritas".

El arbitraje es el origen del proceso judicial y en nuestro país tuvo justificación constitucional antes que el propio derecho a la tutela judicial. Así,

la Constitución de 1812, y debido a la desconfianza que en los políticos del momento producía un colectivo de jueces procedentes del Antiguo Régimen, regula ampliamente la que podríamos llamar tutela arbitral efectiva (arts. 280 y ss.), la establece como necesaria y previa al planteamiento de pleito alguno (art. 284) y la residencia en los alcaldes de los pueblos asistidos de dos hombres buenos, mientras que omite cualquier referencia a la tutela judicial.

Actualmente, el arbitraje está regulado por la Ley de 5 de diciembre de 1988 que proclama el derecho de los individuos para solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición (art. 1), mediante el convenio arbitral que desplazará a la jurisdicción, salvo que llegado el momento en que pudieran actuar arbitrariamente por propia voluntad se posicionaran en el proceso jurisdiccional, entendiéndose que renuncian al arbitraje (art. 11), se trata de garantizar la igualdad contractual de las partes, se regula un sistema de independencia e imparcialidad de los árbitros y se establece el procedimiento arbitral de mayor flexibilidad que el proceso jurisdiccional pero con absoluto respeto a los principios fundamentales de igualdad, audiencia y contradicción, se exige que la decisión (laudo) sea motivada y se comunique a los interesados y se regula las relaciones complementarias entre el sistema arbitral y el jurisdiccional en materias tales como las medidas cautelares, la recurribilidad del laudo y la ejecución del mismo, que seguirá los trámites de la ejecución de sentencias firmes.

Esta ley, como expresa su exposición de motivos, pretendió ser la respuesta a la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales que incitaba a los Gobiernos a adoptar las disposiciones adecuadas para que "en los casos que se presenten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial" y su regulación debe servir de norma complementaria a otras leyes que crean instancias arbitrales, como existen en materia de seguros (art. 61 Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), de propiedad intelectual (art. 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, de Propiedad Intelectual), de transportes terrestres (Ley 16/1987 de 30 de

6) Singer, L.R. "Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal". Piados, Buenos Aires, 1996

julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres), de consumo (art. 34 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios), de arrendamientos urbanos (art. 39 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos), en el ámbito cooperativo (art. 163.1 de la Ley General de Cooperativas), etc.

Sin embargo, la institución arbitral no está suficientemente afianzada entre los ciudadanos y el recurso al arbitraje prácticamente se limita a conflictos empresariales de gran trascendencia económica, aunque cada vez es mayor el esfuerzo de las instituciones (Cámaras de comercio, Colegios profesionales, organizaciones de consumidores...) para informar y formar a la sociedad en las bondades del sistema arbitral que, a pesar de ser adversarial, se basa en la voluntad de los propios interesados y permite obtener una respuesta más pronta, sin menoscabar los derechos fundamentales de las partes a ser oídas en situación de igualdad y de contradicción. La línea de trabajo ha de conseguir equilibrar la eficacia en tiempo de la respuesta arbitral con su coste, pues precisamente la carestía del sistema, en conflictos puramente privados, es uno de sus inconvenientes.

CAPITULO II

LA FUNCION CONCILIADORA DEL JUEZ. SU ENCAJE

Analizadas hasta aquí las alternativas de solución no jurisdiccional de las controversias, debemos referirnos ahora a las posibilidades constitucionales y legales de que dichas soluciones sean desarrolladas por el Juez, al que le es planteada procesalmente la controversia.

3.1. | La solución negociada como tutela efectiva de los derechos.

La Constitución Española garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos (art. 24), pero ni de su texto podemos concluir que exista un monopolio judicial en la resolución de conflictos, esto es, que sea la única vía constitucionalmente posible, ni que los jueces deban asumir como única función la de decidir en derecho y a través de la sentencia, las controversias que se les planteen.

Ciertamente el texto constitucional establece que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo

ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan" (art. 117.3 C.E.), pero también indica y con categoría de fundamental que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (art. 24.1 C.E.). La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas se constituye, por tanto, en el deber fundamental de los jueces y tribunales y ello no puede reducirse al enjuiciamiento final, a la sentencia sobre el fondo. Como señala De la Oliva "ha de rechazarse, como entendimiento superficial, interesado y regresivo, una "interpretación" del concepto "juzgar", en el art. 117.3 CE, que lo reduzca al enjuiciamiento final del proceso, relativo a su objeto, a la cuestión de fondo, a la res in iudicio deducta...⁷

La exclusividad viene referida a la potestad jurisdiccional que no corresponde a nadie más que a los jueces y tribunales, pero ello no significa que otras personas carezcan de la capacidad para resolver conflictos intersubjetivos, sino que no la ejercerán en virtud de un poder público porque, como hemos visto anteriormente, será en virtud de la libre voluntad del sujeto que sufre el conflicto. Del artículo 117.3 de la Constitución Española no podemos concluir, por tanto, que la Jurisdicción ostente el monopolio de la resolución de conflictos.

Lo que sí se deriva de nuestra Carta Magna, y en concreto de su artículo 24.1 es que la vía judicial es la última ratio, el último recurso al que pueden acceder los ciudadanos para salvaguardar sus derechos e intereses legítimos y precisamente planteada la controversia en vía jurisdiccional corresponde al Juez comprobar que efectivamente existe una confrontación real y presente entre las partes, no bastando con que así lo expresen los escritos iniciadores del proceso y desarrollará su actividad para lograr la mejor tutela de los derechos e intereses planteados, que en muchos casos no será la decisión en sentencia.

7) DE LA OLIVA SANTOS, Antonio. Derecho Procesal. Introducción. Madrid 1999, pag. 39

Si entendemos la jurisdicción, no desde la perspectiva del poder, de la potestad, sino desde la perspectiva de la actividad, como un seguimiento de actos racionales dirigidos al discernimiento lógico del conflicto que, a través de una tarea deductiva y de un esfuerzo inductivo, permite establecer una serie de hipótesis de solución para alcanzar la más razonable,⁸ no cabe duda de que la función jurisdiccional comprende la función conciliadora, es decir aquella que procurará que los propios litigantes lleguen a un acuerdo, pues será mejor solución la asumida que la impuesta y, en definitiva, se satisfará plenamente el interés de las partes en cuanto ellas hayan podido decidir poner fin al proceso evitando su prosecución. Se trata de dar el paso desde una perspectiva decisionista de la actividad judicial a una justicia "solucionadora de conflictos"⁹ en tanto seamos capaces de hallar los espacios que para ello nos permiten las leyes de procedimiento.

Como se deduce de lo dicho hasta ahora, la función conciliadora no es otra actividad que se encomienda a los Jueces, al margen de la función jurisdiccional, como puede ser el control del proceso electoral o la llevanza del Registro Civil, que quedan englobadas en la mención del artículo 117.4 de la Constitución Española, sino que forma parte de la actividad que les es propia: la de otorgar tutela efectiva a los ciudadanos.

3.2. | La conciliación en el derecho histórico reciente.

Pero, además, nuestras leyes procesales vienen determinando espacios de conciliación judicial ya desde antiguo. Así la Novísima Recopilación (S. XVIII), recogiendo la Instrucción de Corregidores de 15 de mayo de 1788 dada por Carlos III, ordenaba a los jueces ordinarios que "*evitarán en quanto puedan los pleytos, procurando que las partes se compongan amistosa y voluntariamente, excusando procesos en todo lo que no sea grave, siempre que pueda verificarse sin perjudicar los legítimos derechos de las partes; para lo qual se valdrán de la persuasion, y de todos los medios que les dictare su prudencia, hacién-*

8) Pérez Morate, Jesús. "La comparecencia en el juicio de menor cuantía y su significado", en El objeto del proceso civil -Cuadernos de Derecho Judicial XXIII. 1996.

9) ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. Revista Poder judicial núm. 37 (pag. 207)

doles ver el interes que á ellas mismas les resulta, y los perjuicios y dispendios inseparables de los litigios, aun quando se ganen".

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se reguló la conciliación, como procedimiento judicial, pero no jurisdiccional, con la clara finalidad de evitar el litigio y se estableció su carácter necesario, pues no era posible acudir al proceso jurisdiccional si no se había intentado previamente la conciliación (art. 460), dotándole de efectividad práctica más allá del simple convenio interpartes, ya que lo convenido podía ser ejecutado como si de sentencia firme se tratara, si el objeto de dicho convenio era de la competencia del Juez conciliador (art. 476). En la regulación inicial de la conciliación, el Juez tenía una clara función mediadora: pues ante él las partes no sólo hacían una exposición inicial de sus reclamaciones y argumentos, sino que tras ello se abrían espacios de réplica y contrarréplica, y se preveía la posibilidad de iniciar lo que hoy calificaríamos de negociación, razón por la que se exigía a las partes que acudieran asistidas de dos hombres buenos, que tratarían de negociar cuando las partes no pudieran o supieran hacerlo por sí mismas, correspondiéndole al Juez el procurar avenirlos (art. 471).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se había hecho eco de la finalidad eliminadora del conflicto y de la actividad del Juez como tercero neutral ante quien se ventila la reclamación, pero que no decide (SsTS 25-2-66, 5-11-76, 5-10-84), que "*independientemente de su naturaleza procesal, la conciliación supone o constituye, como ya dijo esta Sala, entre otras, en Sentencia de 5 de noviembre de 1976, un negocio jurídico particular, semejante en cuanto a sus efectos a la transacción*" (STS 31-10-89) y que cuando ésta no alcanza la avenencia, las manifestaciones efectuadas por las partes tienen encaje en "la doctrina de los actos propios contenida en las Sentencias de este Tribunal de 16 octubre 1990, 20 abril 1967, 16 octubre 1987, 10 octubre 1988 y 15 junio 1989, conforme a las cuales «*las declaraciones realizadas en actos de conciliación celebrados sin avenencia son meramente provisionales y carecen del carácter de confesión, sin que por otra parte pueda decirse de los mismos que haya allanamiento*» (STS de 26-4-95).

Sin embargo, en la práctica la conciliación pasó de tener un objetivo de avenimiento de posiciones enfrentadas a ser considerado un obstáculo

para el ejercicio de los derechos ante los Tribunales. A ello quizá contribuyó el poco interés mostrado por los propios jueces que, en tanto no se correspondía con la función decisoria, jurisdiccional, empezaron a considerarlo un tema de segundo orden, una actividad delegable en el personal del Juzgado, y quizá también los propios Abogados, poco formados en la cultura pacificadora y más en la de la defensa contradictoria. Por otra parte un largo, complejo y tedioso proceso escrito como el proceso civil del momento, se veía lastrado con otro requisito previo: la conciliación. De esta forma se fue desnaturalizando la actividad conciliadora para considerarse un medio útil para hacer notificaciones, con trascendencia incluso en procedimientos administrativos (STS de 27-3-2001), y requerimientos fehacientes (STS 9-6-1992) y a efectos de interrumpir la prescripción extintiva (SsTS 29-9-1983, 20-9-1984, y 8-6-1987).

Mediante ley de 6 de agosto de 1984 se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y se suprime la obligatoriedad de intentar la conciliación previamente al planteamiento del proceso, introduciéndose una conciliación intraprocesal, únicamente en un tipo de proceso, el juicio de menor cuantía. El intento de conciliación se producía, en una comparecencia ante el Juez, una vez demandante y demandado ya habían efectuado sus alegaciones escritas en demanda y contestación y antes de depurar el procedimiento de posibles obstáculos o de perfilar las pretensiones y concretar los hechos litigiosos. El Juez debía "exhortar a las partes para llegar a un acuerdo" (art. 692)

La situación no dejó de provocar reacciones diversas. Frente a jueces que, quizá recordando el viejo dicho popular de "más vale un mal acuerdo que un buen pleito", asumieron, con más voluntad que técnica y estudio, como función propia la de tratar de proporcionar un marco adecuado a las partes para que llegaran a una solución no impuesta, otros se limitaban a la mera pregunta retórica de "¿existe alguna posibilidad de acuerdo entre las partes?". Entre la doctrina científica la reacción fue mayoritariamente crítica, (Serra, Vázquez Sotelo, Bonet, Almagro, Miguel Angel Fernández ...) manifestando sus temores a que retrasara la solución del proceso, a que creara prejuicios en quien debe decidir, o ciertas dudas sobre la preparación específica del Juez, aunque también se destacó a

favor la voz de Víctor Fairén Guillén, quien ya desde 1950 se manifestaba firme partidario de la introducción de una comparecencia saneadora y delimitadora del litigio, al modo de la ZPO austríaca gestada por Franz Klein.

A los críticos no les faltaba razón, pues seguía la falta de cultura conciliadora de los jueces y abogados, lastrada por la escritura del proceso; aunque quizá la causa más importante de ineficacia de la conciliación intraprocesal deba situarse en la posibilidad de celebrar la comparecencia con la presencia de personas que no tuvieran poder alguno para renunciar, transigir, en definitiva para convenir sobre el objeto del litigio y, aun en el caso de que comparecieran los propios litigantes o un representante suficientemente apoderado para ello, la asistencia de los abogados no era preceptiva, lo que limitaba el acuerdo al no poder contrastar las posibilidades beneficiosas del mismo. En tales condiciones era totalmente imposible intentar una avenencia.

3.3. | La mediación judicial en el proceso civil actual.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero) ha supuesto un avance en cuanto a las posibilidades procedimentales para la conciliación intraprocesal, ámbito en el que los tratadistas no se han mostrado muy entusiastas, aunque en muchos casos las críticas carecen de fundamento alguno y más parecen protestas ante el vértigo que produce lo desconocido¹⁰. El legislador ha regulado unos nuevos procesos exigiendo la inmediatez y oralidad para el Juez y el ejercicio responsable de los principios de aportación de parte y dispositivo para las partes, reduciendo los trámites con la clara voluntad de que el proceso sea más transparente y comprensible por los propios interesados y mucho más ágil y eficaz.

¹⁰ Juan Damián Moreno en los Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, dirigidos por Antonio María Lorca Navarrete, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, (pág. 2116) dice que "no sabemos si fruto de la ingenuidad o como consecuencia de un deliberado optimismo pero lo cierto es que esta ley ha tratado de fomentar por todos los medios esta función conciliatoria"

¹¹ "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil". Editorial Aranzadi. Navarra 2001 (pág. 1389)

Para ello, como señala Isabel Tapia Fernández,¹¹ ha querido potenciar el trámite de la audiencia previa para evitar la insatisfacción que produjo la comparecencia del juicio de menor cuantía, implantado un modelo de proceso en el que el órgano jurisdiccional ha de tomar contacto con los autos desde el inicio del mismo y las partes asumir sus responsabilidades procesales con seriedad, por ello se impone un cambio de mentalidad y de comportamiento de los sujetos procesales. El Juez debe estudiar el litigio desde el principio y las partes deben jugar con todas las cartas sobre la mesa, ello se advierte por las consecuencias que la Ley prevé en el caso de mala fe procesal, por la necesidad de aportar todos los documentos y dictámenes con la demanda y la contestación, por la regulación impeditiva de las dilaciones provocadas por las propias partes, etc.

Pero más allá del restringido ámbito de la audiencia previa, la LEC regula con carácter general el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones (arts. 19 a 22). Dichos preceptos tienen distintos puntos de interés; por una parte a) extienden las posibilidades de constatar si hay canales de negociación aptos para satisfacer la cuestión litigiosa a otros momentos distintos de la audiencia previa, prevista sólo para el juicio ordinario; por otra b), vehiculizan la forma de que trascienda al proceso interrumpiéndolo pues "las partes podrán solicitar la suspensión del procedimiento, que será acordado mediante auto, por el Tribunal, siempre que no perjudique el interés general o a tercero..."; y además c) delimitan un margen temporal suficiente para que la negociación interpartes pueda dar resultado satisfactorio o, en otro caso, no suponga una dilatación gravosa del proceso, al prever "que el plazo de suspensión no supere los sesenta días".

También merece destacarse que además de la regulación, clásica en nuestro ordenamiento, de las figuras procesales a través de las que se encausa la finalización del conflicto por voluntad de las partes (transacción, renuncia, allanamiento y desistimiento), se ha introducido una nueva figura que regula el artículo 22: la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto que se identifica con los supuestos en que dejare de haber, por cualquier causa, interés legítimo en obtener la

tutela judicial pretendida, en cuyo caso se decretará, mediante auto, la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas. De alguna manera establece el abandono del proceso judicial sin que el Juez deba conocer ni contrastar la razón determinante de ello, ni por lo tanto deba homologar los términos en que las partes han cedido o transigido, o han dispuesto del derecho controvertido. Se trata de una especie de desistimiento bilateral, en el que el Juez sólo analizará la subsistencia de interés legítimo cuando una parte negare motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, para lo cual convocará una comparecencia al sólo objeto de constatar si subsiste el objeto del litigio. La previsión del legislador a fin de evitar nuevos planteamientos de la cuestión es loable, pues establece que "el auto de terminación del proceso tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme". Esta vía puede resultar muy útil para preservar la confidencialidad de los tratos y de las negociaciones de las partes.

Este precepto permite entender los márgenes dentro de los cuales el Juez puede realizar su actividad mediadora, que especialmente regulan los artículos 414, 415 y 428 LEC, relativos al contenido de la audiencia previa en el juicio ordinario, y permite extenderla al resto de procesos o juicios, tanto de declaración como de ejecución, es decir, dentro de los márgenes delimitados por planteamientos procesales de las partes, a la vista de sus datos y justificaciones documentales, el Juez debe comprobar sobre qué cuestiones hay verdadera discusión y sobre cuáles no la hay, hasta poder verificar que ha desaparecido el conflicto o el interés legítimo en continuar el proceso.

Realmente el legislador ha diseñado la audiencia previa del juicio ordinario como una pieza clave para la efectividad del procedimiento y de la tutela judicial, dedicándole veintiún artículos y estableciendo sus distintas finalidades: llegar a un acuerdo entre las partes que ponga fin al proceso, depurar el procedimiento de obstáculos procesales, fijar definitivamente el objeto del proceso, determinar los extremos, de hecho y de derecho, sobre los que exista controversia y, en el caso de que la controversia de las partes se refiera a los hechos, proponer la prueba sobre estos extremos, finalmente, admitir la prueba útil y pertinente, a los efectos de fijar

los hechos controvertidos por las partes.

En referencia a la conciliación intraprocésal, cabe destacar las graves consecuencias que anuda a la falta de asistencia de las partes en condiciones de poder renunciar, allanarse o transigir, de tal forma que deben acudir los propios litigantes o sus procuradores con poder especial para tales actos dispositivos y los abogados respectivos, pues, de no ser así, se les tendrá por no comparecidos (art. 414), produciéndose el sobreseimiento y archivo del proceso si faltan las dos partes, o cuando sólo falte el demandante y el demandado no manifiesta su interés en continuar. Con esta medida se quiere reforzar la función conciliadora, evitando las frustrantes situaciones a que daba lugar la anterior regulación.

El artículo 415 se refiere a la primera finalidad de la audiencia cual es que el proceso concluya por acuerdo entre las partes. Dice dicho precepto:

1) *Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.*

Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.

En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.

2) *El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.*

3) *Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.*

Aun cuando algunos comentaristas critican que se intente la conciliación por el propio Juez que, en su caso, deberá decidir, pues constituye un

peligro para su imparcialidad, debe resaltarse que en este primer momento la actividad conciliadora del Juez es pasiva pues debe sólo constatar si las partes continúan en sus diferencias jurídicas tal como se plasmaron en los respectivos escritos alegatorios.

Este será el momento oportuno para preguntar a las partes si han negociado antes sobre la controversia o ésta se ha planteado directamente en sede judicial, pues aunque la mayoría de abogados afirman que siempre dialogan con el contrario antes de interponer la demanda, la experiencia indica que no es tan habitual como se dice y que son muchas las ocasiones en que "el diálogo" o la negociación no pasan de ser la mera advertencia del planteamiento judicial del litigio.

Posiblemente también será útil recordar a las partes, en ese primer momento de la audiencia previa, que ellas tienen el poder de disposición sobre el objeto del litigio, y que pueden hacer uso del mecanismo previsto en el artículo 19.4 LEC (suspensión del proceso), manifestándoles los beneficios de las soluciones mediadas y no impuestas; es conveniente, en este primer momento, que el Juez muestre una verdadera escucha activa, abriendo un turno de palabras a las partes para que se manifiesten sobre su predisposición hacia el acuerdo, porque la comprobación que debe efectuar el Juez recae no sólo sobre el acuerdo ya concluido sino también sobre el que pueda adoptarse que, no necesariamente debe ser total; así si el litigio subsistiera sólo en parte por haberse convenido sobre alguna de las pretensiones ejercitadas, el procedimiento continuará con un objeto reducido y la decisión final únicamente abarcará las pretensiones no transigidas.

Aunque la ley en el artículo 415 establece como consecuencias posibles de la conciliación inicial, la transacción o el desistimiento, aquella sólo se producirá cuando las partes se presenten a la audiencia con un acuerdo negociado extraprocesalmente al que quieran dotar de eficacia ejecutiva, lo que sólo conseguirán a través de la homologación de la transacción, o se formulará el desistimiento por el actor si las partes así lo han acordado también de forma extraprocesal, pero si la solución negociada todavía no se ha alcanzado y se está en ello, las partes solicitarán la suspensión al amparo del artículo 19 y las vías de terminación del proceso en tal caso abarcarán también la posible satisfacción extraprocesal o desaparición

del objeto del proceso a que se refiere el artículo 22.

Pero la verdadera actividad conciliadora no la desempeñará el Juez hasta el final de la audiencia, una vez que se haya depurado el proceso de "cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo" (art. 416), después de que las partes hayan formulado sus alegaciones complementarias y aclaratorias (art. 426), se hayan posicionado sobre los documentos y dictámenes presentados de contrario (427) y hayan fijado los hechos sobre los que existe conformidad o disconformidad entre ellas (art. 428.1). En este momento final de la audiencia previa, la actividad conciliadora del Juez se manifestará activamente, cuando ya se haya aclarado qué es lo discutido y en qué hechos se sustenta la pretensión.

La actividad judicial de concreción del objeto de la controversia y delimitación de la discusión es de máxima importancia pues permitirá a) advertir si existe controversia; b) si de existir, ésta ha quedado reducida; c) determinar si se trata de una discrepancia fáctica o d) por el contrario si ésta es jurídica.

En el caso de que se mantenga alguna cuestión controvertida y no sea simplemente jurídica, el Juez intentará de nuevo que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al proceso. Señala Julio Banacloche Palao¹² que la situación no es la misma en este segundo momento de la audiencia que en el inicial, pues es posible que el tribunal tenga una visión distinta del asunto y eso le permite exhortar a las partes y a sus abogados a que negocien y lleguen a un acuerdo razonable. Ahora las partes podrán ponderar sus expectativas en función de los hechos que falten por probar, de la previsible relevancia de los elementos de prueba que aún no se han incorporado al proceso (los documentos y dictámenes ya constarán presentados), y sobre todo, lo dudoso del asunto y las posibilidades de que finalmente el proceso finalice con una sentencia no totalmente estimatoria.

El límite de la actividad conciliatoria estará exclusivamente en la imparcialidad y en la neutralidad, características que cabe predicar del Juez,

¹²) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Civitas. Madrid 2001 (pag. 722)

tanto en su papel de mediador como en su papel de jurisconsulto, ya que nunca debe llegar a coaccionar para que se finalice el pleito sin sentencia ni puede adelantar el contenido de su decisión, cuando aún falta prueba que la conforme, decantándose por un concreto resultado que beneficiará las posiciones de una parte frente a las de la otra.

Podríamos decir en el primer momento de la audiencia previa el Juez realiza la mediación facilitativa, pues conduce el inicio del proceso negociador, facilitándolo y en el segundo, en cuanto proporciona algunos criterios objetivos de evaluación del conflicto, que se derivan de la fijación de los hechos y la delimitación de la controversia, realiza una función conciliatoria o de mediación evaluativa.

La legislación española actual está en línea con la de otros países europeos, de corte continental, que incluyen la conciliación judicial intraprocesal y en este sentido la ZPO Alemana (§ 278 y § 279), el Code de Procédure Civile francés (arts. 21, 127 a 131 y 1108 a 1113) o el Codice di Procedura Civile italiano (art. 185). Pero también lo está respecto de las Civil Procedure Rules 1998, vigentes para Inglaterra y Gales, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999. Todos estos ordenamientos, sean de civil law o de common law, a través de las comparecencias previas en las que el Juez media, sanea el proceso y delimita lo que es realmente objeto del debate tratan de hallar soluciones a los problemas de lentitud y excesiva carga de trabajo en sus tribunales.

LA MEDIACION EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES.

Los conflictos familiares tienen una vertiente personal, emocional y un factor temporal que excede de los marcos puramente legales, estructurados para dirimir conflictos privados patrimoniales. De ahí que las instituciones no sólo busquen la facilitación de las soluciones amistosas para descargar a los órganos judiciales (Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa), sino que insistan en el favorecimiento y promoción de la mediación familiar, desde el proceso, pero para ser desarrollada por mediadores externos (Recomendación 1/98).

Es conveniente destacar, siguiendo a Mercedes Caso¹³, que en los conflictos familiares junto a los aspectos legales se dan muchos otros que

nada tienen que ver con el derecho, la ley o la justicia:

- 1) serán los intereses y deseos de las partes referidos a lo cotidiano, a lo normal de sus vidas;
- 2) que en estos casos junto al conflicto manifestado, puede haber un conjunto de conflictos en distintos niveles, así puede aparecer un conflicto contingente que sólo dependerá de circunstancias fáciles de cambiar, un conflicto desplazado pues se argumenta en base al que no es el conflicto real que permanece encubierto, o un conflicto mal atribuido en el que el enfrentamiento se proyecta desde un tercero y no desde las propias partes, o incluso un conflicto falso que carece de base objetiva y es generado frecuentemente por malas interpretaciones y falta de diálogo;
- 3) además las relaciones entre las partes en litigio se extienden en el tiempo y evolucionan, alterándose sus iniciales posicionamientos, lo que determina la inutilidad del sistema procesal típico, pensado para conflictos patrimoniales, que partiendo de una estructura estática con sus fases de alegaciones, prueba y conclusiones, se adecua mal a la necesaria respuesta a una realidad que no es la misma cuando se presenta la demanda que cuando se debe resolver;
- 4) se trata de conflictos en los que los mitos iniciales sobre las posibilidades de victoria o la claridad con que la parte advierte su postura procesal se desvanecen cuando el ciudadano que se ve inmerso en ellos y advierte la complejidad procesal y la dificultad de justificar sus posiciones.

Por todas estas razones y porque en definitiva las partes quieren una solución que armonice sus dificultades y no una sentencia que cristalice sus discordias, en este tipo de procesos es mucho más necesario que el Juez asuma dentro de sus funciones la de intentar acercar a las partes en la búsqueda de soluciones satisfactorias para ambas, pues la sentencia, en cuanto decisión final de un proceso de confrontación, nunca podrá alcanzarlas, pero también por las implicaciones emocionales y personales, los sujetos en conflicto se manifestarán reacios a abrir una negociación si no es dirigida por un tercero y dada la posible duración del procedimiento negociador y los diversos intereses que pueden aflorar y que

¹³ Mercedes Caso, "El rol del mediador en los conflictos familiares", en *Revista de Psicología Jurídica y Psicológica*, vol. 10, no. 1, pp. 1-10, 2000. Universidad de Sevilla. Diciembre 2000

exceden del planteamiento procesal de la cuestión, deberá realizarse por profesionales mediadores externos. Ello no quiere decir que el Juez deba inhibirse de la búsqueda de soluciones mediadas, al contrario, su principal función será la de promover la mediación, valorando tanto objetiva como subjetivamente esta posibilidad.

Para determinar qué casos y respecto de qué cuestiones de las que se plantean puede ser eficaz la mediación se han señalado los siguientes indicadores:

pleitos de larga duración, con antecedentes de intentos de acuerdo;

casos en los que desde el principio se detecten puntos de acuerdo emergentes;

casos en los que los hijos presentan necesidades de atención física o psicológicas especiales;

aquellos en el que el nivel de conflicto sea moderado;

en los que se mantenga un cierto grado de comunicación entre las partes y, finalmente,

en los que se perciba motivaciones externas para alcanzar un acuerdo;

mientras que se barajan como criterios de exclusión del procedimiento de mediación los supuestos en que existan antecedentes de violencia entre la pareja o respecto de los hijos, cuando subyazca una situación de consumo abusivo de drogas o alcohol y cuando se manifiesten unas posturas totalmente enconadas en el proceso judicial.

Desde el punto de vista subjetivo el Juez debe asumir que la mediación no será eficaz si se impone contra la voluntad de las partes, pues precisamente el resultado satisfactorio depende de que sea voluntariamente asumido el proceso de formación negociada del acuerdo y el contenido del acuerdo mismo. De ahí que, antes de remitir el caso a mediación externa, deberá dar audiencia a las partes y concederles un breve plazo para que valoren las posibilidades y beneficios que se puedan derivar de ello.

En cuanto al momento temporal, a diferencia de lo que ocurre en el juicio ordinario, no existe previsión legal de un momento o trámite concreto del proceso de familia en el que efectuar esa promoción de la solución negociada. Creo que la primera comparecencia, aquella en la que se solicitan medidas provisionales, es el momento más eficaz, pues aflorarán con naturalidad los intereses ocultos y el Juez tendrá elementos de valoración que parten desde la franqueza de las manifestaciones de los interesados; no obstante, debe tenerse presente que también es el momento emocionalmente más delicado por lo que el Juez deberá controlar especialmente el lenguaje y los juicios de valor que efectúen las partes y sus abogados, evitando las descalificaciones y los ataques verbales porque pueden perjudicar un futuro camino hacia la avenencia y al mismo tiempo deberá transmitir a las partes que, a pesar de estar dispuesto a escucharles y a conocer su organización familiar en el pasado y sus previsiones organizativas de futuro, no necesita ni es conveniente analizar la historia de su convivencia, porque no se trata de castigar por lo ocurrido sino de solucionar un conflicto regulando el futuro.

Desde luego que la mediación será especialmente útil en los conflictos que se mantienen en ejecución de sentencia, ya sea porque la situación económica, laboral y personal de las partes que contempla la sentencia ha variado; ya porque la sentencia no hizo sino enquistar los conflictos personales y eso trasciende especialmente en el cumplimiento de un sistema de visitas y relación de los hijos con el progenitor no custodio; ya porque se plantean decisiones propias de la potestad sobre los hijos que derivan en conflictivas por el propio conflicto de los padres: desde la elección del centro escolar, el sometimiento a determinados tratamientos médicos, la práctica de un culto religioso, los gastos extraordinarios, y muchas otras cuestiones de la misma índole. En todos estos casos, más que nunca, la mediación está indicada en tanto devuelve al entorno familiar el protagonismo en la toma de decisiones.

Aunque a nivel estatal no se ha elaborado una ley de mediación, las distintas comunidades autónomas si han empezado a legislar en este ámbito y, desde instancias privadas o públicas, se están implantando servicios de mediación (Ley de Mediación Familiar de Cataluña de 15 de marzo de

2001, Ley de Mediación Familiar de Galicia de 31 de mayo de 2001, Ley de Mediación Familiar de Valencia de 26 de noviembre de 2001)

A MODO DE CONCLUSION: HABILIDADES Y TECNICAS

En este último apartado se tratará de sintetizar aquellas máximas o principios de la mediación judicial, que de ser asumidas por el Juez podrá trasladarlas como mensajes útiles de cara a incentivar a los litigantes en la negociación.

1) *Los protagonistas son los propios litigantes.*

Los dueños de los derechos en conflicto son las propias partes, luego también son los dueños de la solución. En la búsqueda de una solución el Juez no es el sujeto importante: el Juez sólo puede seguir el cauce por el que se debe desarrollar el proceso y llegado el final impondrá a las partes una decisión, pero eso es tanto como dejar que sea el poder público quien decida lo que interesa a cada particular. Quienes conocen perfectamente sus intereses, y pueden llegar a ponderar todos los que hay en juego, son los propios sujetos que sufren el conflicto. Sólo se les debe ayudar a que encuentren un camino hábil para poner paz en su relación conflictiva. El protagonismo de los propios sujetos, además, se verá reforzado en la medida en que sean capaces de cooperar entre sí para lograr la solución, que por proceder de ellos mismos y haber sido consensuada, será, sin duda la mejor solución.

2) *Desmitificar la solución judicial.*

Ganar el proceso judicial no significa resolver el conflicto: dada su estructura de confrontación, en la que una parte lucha contra la otra, a través del expediente, para vencer, consiguiendo ver estimadas sus pretensiones, como si de un combate se tratara, lo que sin duda consigue es que ambas terminen “golpeadas”. Precisamente, el planteamiento judicial del conflicto escapa a los propios litigantes, pues son sus abogados quienes redactan y exponen lo que pretenden conseguir, basándose en una estrategia puramente legal, la situación conflictual se “viste” de legalidad con la finalidad de obtener el pronunciamiento beneficioso para el cliente, y normalmente, se desatiende a los perjuicios que ocasionará al propio litigante, a sus futuras relaciones con la otra parte y a otros terceros afecta-

dos. La sentencia que pueda dictarse estimará o desestimará la demanda, dará vencedores y vencidos, dará la solución legal, pero no pondrá paz entre las partes.

3) *Moderar las expectativas de triunfo.*

En muchas ocasiones los litigantes llegan al pleito informados por sus asesores jurídicos de que tienen las de ganar, pero también en la mayoría de los casos desconocen los gravámenes que acarrea el proceso judicial:

Todo conflicto genera reacciones en forma de inconvenientes físicos y psíquicos a las personas inmersas en él y el conflicto podrá quedar cerrado con una sentencia pero las reacciones negativas perdurarán y sobre ellas el Juez no puede accionar.

El proceso judicial, incluso el regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, es largo, pues no hay capacidad para que los órganos judiciales puedan dirimir en un tiempo mínimo los múltiples procesos planteados ante ellos. Cuanto más dure el proceso de enfrentamiento entre partes más se agudizan las reacciones emocionales, el stress, la depresión, etc. El proceso judicial es costoso. Los litigantes no sólo deben soportar los costes indirectos derivados de no tener la solución ya, sino los directos de pagos de profesionales que actúen y representen a los litigantes ante el Tribunal.

La decisión judicial, al ser impuesta, posiblemente no será aceptada por la parte perdedora lo que provocará subsiguientes procesos judiciales, ya sea vía recurso, ya sea forzando la ejecución y dando lugar a múltiples incidentes que retrasen la efectividad de lo sentenciado, lo que a su vez genera mayores costes, mayores dilaciones y mayores problemas personales.

4) *Evidenciar las posibilidades de soluciones creativas.*

Una de las limitaciones de la decisión judicial es que no podrá resolver el conflicto más que dentro de los límites encorsetados en que haya sido planteado, mientras que las propias partes en conflicto podrán relacionar distintas cuestiones, poner unas concretas soluciones en función de otras, establecer marcos de actuación mucho más flexibles que los derivados estrictamente de la norma. Por poner un ejemplo, frente a una

reclamación de cantidad por incumplimiento de contrato, el Juez podrá condenar al incumplidor a pagar pero no podrá fijar plazos, ni condiciones, ni participaciones en otros proyectos futuros y comunes, etc. Es necesario, por tanto, que el Juez haga ver a las partes las posibilidades de soluciones imaginativas que sólo ellas pueden conseguir y que resultarán mucho más beneficiosas para todos. Son los participantes en la mediación quienes poseen autoridad para diseñar y aprobar la solución que les parezca más idónea a sus necesidades, expectativas e intereses, pero es necesario que el Juez les ayude en esa búsqueda. En este estadio de la conciliación es en el que el Juez puede, alentando la creatividad de las propias partes, apuntar vías de solución o sugerir opciones que necesariamente han de quedar al margen de su decisión legal.

5) *La importancia del factor ambiente y del factor tiempo.*

A pesar de desarrollarse la mediación en el ámbito de una comparecencia formal ante el Tribunal, éste debe crear un ambiente amable, expresar empatía, especialmente hacia los particulares litigantes, para que puedan percibir su protagonismo inicialmente limitado por las formas, las vestimentas tales, la disposición del estrado o de las mesas, el lenguaje forense, ... Pero además el Juez ha de saber transmitir su disposición para lograr un resultado voluntariamente convenido, al que puede dedicar el tiempo que las partes consideren necesario, indicándoles las posibilidades que la ley permite para abrir espacios de negociación, en especial la suspensión del procedimiento. Desde la perspectiva judicial, el factor tiempo es muy importante, sobre todo por los beneficios que puede reportar la función mediadora. Dedicar quince minutos, media hora, cuarenta minutos, a identificar los temas conflictivos, a escuchar atentamente los argumentos de las partes, a tratar de deslindar las cuestiones importantes de las accesorias o de detalle, a determinar un espacio o área en la que el acuerdo sería posible, y posibilitar el replanteamiento de las posiciones y la reflexión de posibles soluciones, dándoles un tiempo durante el cual quedará en suspenso el procedimiento, es posiblemente el tiempo mejor empleado, pues en la mayoría de los casos, esa suspensión ya no dará lugar a su continuación: las partes habrán conseguido solucionar sus controversias definitivamente, evitándose el juicio, los recursos y la ejecución.

6) *Generar y aprovechar la confianza.*

El Juez goza de un principio de confianza. Cuando cualquier ciudadano tiene un conflicto y acude a la Justicia, está depositando en la institución que el Juez representa su confianza en hallar una solución. Es conveniente que el Juez, a la hora de conciliar, aproveche ese principio de confianza pues precisamente la mediación se sustenta en ella. El Juez como mediador debe ser consciente de su "auctoritas" y de las posibilidades que le brinda para que las partes en conflicto se sientan seguras en el camino de hallar una solución conveniente para ambas, pero debe aparcar su "potestas", porque cualquier posibilidad conciliatoria depende de que las partes la asuman como la mejor alternativa posible a su problema y no porque el Juez la imponga. Por ello, el Juez debe, ante todo, transmitir a las partes las bondades del proceso conciliatorio, pero no debe presionar, ni coaccionar para que se llegue a una solución extrajudicial.

7) *El proceso mediador se basa en los intereses, no en las posiciones.*

El proceso judicial se basa en las posiciones de las partes. La mediación tiene como función, entre otras, conseguir que los participantes se centren en sus intereses y no en sus posiciones. Centrarse en los intereses facilita la solución creativa a los problemas. Ahora bien, el Juez a la hora de mediar, no siempre podrá ni deberá descubrir totalmente los intereses ocultos de las partes. En muchas ocasiones los planteamientos judiciales se formulan como posturas intransigentes; será bueno que el Juez transmita a las partes que lo importante no es quien gane o quien pierda sino que ambas establezcan una solución práctica que les pueda satisfacer sus intereses, sus necesidades. Pero al propio tiempo el Juez debe evitar que el conocimiento de dichos intereses o expectativas, si no han quedado indicados en sus alegaciones procesales, pueda mediatizar la hipotética resolución que deberá dictar si el proceso mediador no alcanza una solución convenida. Es por ello que, advertida la disposición a negociar e identificados los temas o cuestiones sobre las que debe recaer la negociación, ofrecerá la posibilidad de efectuarla fuera de su presencia, ya sea directamente por las partes y sus asesores, ya sea, si el desarrollo de las instituciones lo permite, mediante la remisión a mediadores externos.

8) *La mediación no es útil en todos los casos.*

Es necesario que el Juez conozca que no todos los supuestos conflictuales son negociables. La mediación es particularmente eficaz cuando se lleve a cabo entre personas o empresas entre las que existe o ha existido algún tipo de relación, sean lazos de tipo personal, como en los casos de familia, en los supuestos de herencias, en los de gestión de sociedades familiares; de tipo comercial, entre empresas que seguirán en el mismo ámbito mercantil y podrán continuar sus vínculos de negocio; o de relación social, como las cuestiones laborales, las disputas entre vecinos, temas relacionados con la construcción, los conflictos de consumo. También resulta eficaz la mediación entre víctima y autor del daño. Desde luego, no habrá posibilidad alguna de mediación cuando el conflicto entre las partes sea simplemente de interpretación jurídica; o cuando no exista ningún interés común. Al margen de las valoraciones objetivas del caso, tampoco será posible mediar cuando las partes en el conflicto no mantengan posibilidades de equilibrio o, lo que es lo mismo, no pueda llegarse a encontrar equilibrios de poder entre las partes, -por ejemplo, en los supuestos de evidente desigualdad social-, en todos aquellos supuestos en que la solución convenida no sea reconocida como la mejor solución posible, o cuando la controversia sea de orden público o estén en juego derechos fundamentales.

9) *Identificar el momento en que la solución acordada no es posible.*

El Juez debe poder constatar en que momento la mediación ya no puede avanzar más. Serán las propias partes, como dueñas de su solución, quienes podrán de manifiesto que no hay posibilidad de llegar a un completo acuerdo, pero en todo caso, la actividad mediadora del juez habrá sido exitosa, pues en la mayoría de los casos se habrán despejado muchas dudas, muchas cuestiones inicialmente conflictivas ya no lo serán, se habrán clarificado las posturas y posiblemente se habrá reducido el conflicto necesitado de decisión judicial. Básicamente debe atenderse:

a la incapacidad de las partes para convenir, ya porque no tenga la disposición sobre lo que es el objeto del proceso, ya porque no se halle en condiciones de negociar más,

a la intransigencia en las posturas,

al abuso de la confianza,

al transcurso de un tiempo razonable

10) *La mediación es la medicina no invasiva.*

Si los conflictos intersubjetivos son las enfermedades de la vida social, la decisión jurisdiccional es la intervención quirúrgica. "El Juez es como un cirujano. Su trabajo de quirófano tiene un límite. Por más que multipliquemos a los médicos y los quirófanos, si no atacamos la "enfermedad" que nos conduce a la cirugía va a llegar un momento en el cual los pacientes mueran por imposibilidad de atención". En un país como el nuestro, de cierta querulancia, el proceso judicial se utiliza en muchas ocasiones como medio de "venganza", unos a otros se amenazan con ir al Juez. Es hora de que los jueces retomemos nuestra función de pacificación de conflictos y sepamos transmitir nuestra función no como una amenaza de males desconocidos (la sentencia) sino como una posibilidad de satisfacción de intereses, inicialmente, enfrentados.

BIBLIOGRAFÍA

- DE LA OLIVA SANTOS, Antonio. Derecho Procesal. Introducción. Madrid 1999
- Varios autores.- Arbitraje, Mediación, Conciliación.- Cuadernos de Derecho Judicial XXVII.- CGPJ 1995
- PÉREZ MORATE, Jesús.- "La comparecencia en el juicio de menor cuantía y su significado", en El objeto del Proceso Civil.- Cuadernos de Derecho Judicial XXIII.- CGPJ 1996
- MEJIAS GÓMEZ, Juan Francisco.- "Sistemas alternativos de resolución de conflictos" en Evitación del proceso.- Cuadernos de Derecho Judicial XXIV.- CGPJ 1997
- BARONA VILAR, Silvia.- Solución extrajudicial de conflictos.- Ed. Tirant Lo Blanc.- Valencia 1999
- CARULLA, Pedro.- "LA MEDIACION: UNA ALTERNATIVA EFICAZ PARA RESOLVER CONFLICTOS EMPRESARIALES".- Anuario Justicia Alternativa, núm. 1. Año 2001
- ALVAREZ TRONGE, Manuel.- "UNA NUEVA FORMA DE RESOLVER LOS CONFLICTOS".- Anuario Justicia Alternativa, núm. 2. Año 2001
- NAZZINI, Renato.- "MODELLI CONCILIATIVI INTERNI AL PROCESSO".- Rivista de Diritto Processuale, núm. 3. Año 2001
- CERES MONTES, Juan Francisco.- "LA REVITALIZACION DEL PROCESO CIVIL: LOS PROCESOS INGLÉS Y ESPAÑOL TRAS SUS RECIENTES LEYES DE REFORMA".- Diario La Ley, núm. 5600. Madrid 2002 (www.laley.net)
- Pascual ORTUÑO MUÑOZ.- "LA MEDIACION FAMILIAR EN ESPAÑA".- Revista "Familia", núm. 24 (separata), enero 2002. Instituto Superior de Ciencias de la Familia. Universidad Pontificia de Salamanca.
- CASO, Mercedes.- "Mediación: reflexiones desde una toga". Revista Apuntes de psicología. Vol. 18, Colegio Oficial de psicólogos. Universidad de Sevilla. Dic. 2000
- L.R. SINGER.- Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal. Paidós, Buenos Aires, 1996
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Director). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Editorial Civitas. Madrid 2001
- Cordón Moreno, Faustino (Coord.) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Editorial Aranzadi. Navarra 2001
- LORCA NAVARRETE, Antonio M. (Director) Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Lex Nova, Valladolid 2000

El presente curso virtual sobre “Constitucionalización del Proceso civil” se inserta en el Proyecto de “Fortalecimiento del Poder Judicial” para la República Dominicana, que cuenta, para ello, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional.

En dicho curso virtual han colaborado autores dominicanos y españoles, la mayoría magistrados, pero también letrados y profesores de universidad, especialistas en la materia, que han dedicado varios años a la investigación y elaboración de los temas que integran el curso que tenemos el honor, como coordinadores, de presentar.

A lo largo de estos años de trabajo, los autores han podido colaborar y conocer, en profundidad, el impacto constitucional en el proceso civil dominicano y español. La elaboración previa así como la selección de los módulos del curso virtual, su lectura por los distintos especialistas y el intercambio de pareceres sobre dos realidades jurídicas, con similitudes y diferencias, ha constituido el camino para alcanzar un curso monográfico que plantea la necesidad de reformas que mejoren la regulación del proceso civil de ambos países.

Las materias objeto de tratamiento no sólo se han ceñido a lo que, genéricamente, podría denominarse “fundamentos constitucionales del proceso”, sino a aspectos concretos que persiguen la más efectiva formación y capacitación de los jueces en derecho procesal nacional e internacional. Para la realización de este proyecto, hoy hecho realidad, los autores han contado, en todo momento, con la colaboración y asistencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana y del Consejo General del Poder Judicial. La elaboración de los materiales y la discusión de los temas ha tenido lugar en los seminarios de estudio desarrollados en la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana y en la Escuela Judicial del Reino de España.

Este curso es, por tanto, una aportación seria y rigurosa que, elaborada por teóricos y prácticos del Derecho, con la voluntad vocacional en la formación de verdaderos jueces profesionales, pretende constituir el primer paso de un, esperemos, largo camino de colaboración.

Hermógenes Acosta

José Machado