

Constitución y Garantías Procesales

*Santo Domingo, República Dominicana
Agosto, 2003*

Presentacion

El PARME es un programa del Gobierno dominicano, financiado con fondos europeos, que tiene tres objetivos específicos: Justicia, Administración Pública y Descentralización. Y un largo, extenso e intenso catálogo de actividades encaminadas a la consecución de los resultados necesarios para alcanzar estos objetivos. Los cuales a su vez, han de coadyuvar al logro del Objetivo General: La reforma y modernización del Estado dominicano.

En el caso de Justicia, cuyo objetivo es el de procurar el incremento de la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los ciudadanos, hay que trabajar desde distintas perspectivas, entrelazadas necesariamente las unas con las otras: garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración; puesta en marcha de instituciones que favorezcan el acceso de los ciudadanos a la justicia; desarrollo de una política penitenciaria rehabilitadora e integradora... En el de Administración Pública, todo el conjunto de resultados gira en torno a la idea central de una Administración moderna, eficiente, basada en principios de legalidad, objetividad y profesionalización. Y en el de Descentralización, los resultados a conseguir ponen el punto de mira en unas entidades descentralizadas, fortalecidas institucionalmente, y progresivamente más próximas al ciudadano al que sirven.

Uno de los aspectos más interesantes del contenido del PARME, tiene que ver con la Capacitación.

En efecto, sólo uno de los seis resultados a los que aspira el Componente Justicia menciona de forma directa y taxativa la capacitación. El Resultado tercero pretende lograr, al final de las actividades, la mejora de la capacitación de los jueces y fiscales. En el Componente Descentralización, hay una referencia a la capacitación, pero no tan directa como la acabada de anunciar, sino algo más tangencial: Se ha definido - dice el Resultado segundo del largo enunciado de Resultados de este Componente- una política nacional de capacitación.

Ahora bien, siendo así las cosas, resulta interesante observar que la ejecución del PARME arroja un resultado distinto: Y es que, cítese o no de forma directa, a la capacitación como instrumento facilitador de la reforma del Estado, ésta aparece de forma casi omnipresente a lo largo y ancho de sus tres Componentes. El PARME, de forma coherente, aspira a capacitar a colectivos tan importantes como los que integran los jueces, o fiscales; pero también, los futuros funcionarios de prisiones; los defensores judiciales; los síndicos o vicesíndicos; o los funcionarios de la administración central o municipal... La capacitación aparece igualmente como elemento que determina y justifica actividades de “dotación de equipamiento”. Tal es el caso del equipamiento de instituciones tan

relevantes como la de la Procuraduría; la de la Escuela del Ministerio Público; o la de la Escuela Nacional de Judicatura. O entrando en el ámbito de la Administración Pública, la del Instituto Nacional de la Administración Pública; o, en el ámbito municipal, la de Liga Municipal Dominicana; o la de la Federación Dominicana de Municipios. En definitiva, pues, en la capacitación puede estar la clave de la reforma y modernización del Estado.

Si el objetivo específico del Componente de Justicia es procurar el incremento de la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los ciudadanos, es evidente que al PARME correspondía atender este importante e incipiente proceso del establecimiento de la defensoría judicial, en la medida de que su génesis, desarrollo y fortalecimiento, garantiza la defensa activa de los derechos y libertades de los ciudadanos. Precisamente, de aquellos ciudadanos que recurren al sistema de la defensoría judicial, por pertenecer a los sectores más desprotegidos.

Así las cosas, y contando con el apoyo y la decisión de la Escuela Nacional de Judicatura, y en coordinación con el Comisionado de Justicia, se inició todo un proceso de identificación de materias a impartir; de consultores nacionales y europeos a identificar; de sistemas a seguir para la coordinación en la preparación de un trabajo colectivo, que ve felizmente culminada su andadura en el contenido de este libro sobre CONSTITUCION Y GARANTIAS PROCESALES.

La importancia del tema constitucional, estamos seguros, hará de este importante libro un material de estudio y reflexión del que no sólo participarán los defensores judiciales, sino cualquier profesional del Derecho interesado en el tema. Desde el PARME nos congratulamos en servir a los defensores judiciales del país un texto que les ayudará en su trabajo, y que enriquecerá sus posicionamientos técnicojurídicos.

No todo vale en nombre de la defensa judicial. Está la ética de los profesionales. Está el respeto a la dignidad del ser humano. Pero lo que carecería de justificación es que el desconocimiento del valor que entraña contar con un texto constitucional, como pieza central del despliegue de una buena defensa judicial, heriría en lo más profundo el respeto de los derechos de los ciudadanos cualquiera fuere su color, su procedencia social, o su perfil económico. Textos como el que se presenta ponen en evidencia la importancia de la materia. Pero el proceso no se puede detener ahí. A los defensores judiciales dominicanos compete ahora recoger el testigo que el PARME y las instituciones citadas ponen en sus manos, en beneficio de los ciudadanos de este país.

Sonia Chirinos Rivera
Directora PARME

Índice

Constitución y Garantías Procesales

Prólogo	15

Tema 1

Constitución y Garantías Procesales	19

1.1 El Concepto del Derecho	21
1.2 El derecho como norma.	22
1.3 El conflicto jurídico.	36
1.4 Aproximaciones a las particularidades del proceso en República	

Tema 2

Los Fines del Derecho	53

2.1 Introducción	55
2.2 La Seguridad Jurídica	55
2.3 La Justicia	63

Tema 3

Evolución Histórica del Constitucionalismo	73

3.1 El Constitucionalismo	75
3.1.1 Modelos constitucionales.	75
3.1.2 Los problemas fundamentales en la historia del constitucionalismo	77
3.2. El Constitucionalismo Dominicano	80
3.2.2 Los caracteres esenciales del Constitucionalismo Dominicano ...	85

Tema 4

La Organización del Poder y la Libertad en la Constitución	73

4.1. La Organización del Poder	105
4.1.1 El principio de la separación de poderes	105
4.1.2 La separación de poderes en República Dominicana	106
4.1.3 Crítica de la teoría de la separación de poderes	111
4.1.4 Hacia una reconceptualización de la organización del poder	113
4.1.5. Las funciones del Estado	116
4.2. La Organización de la Libertad	122
4.2.1 Los Derechos Fundamentales	122
4.2.2 Definición de los derechos fundamentales	123

Tema 5

Los Derechos Humanos en el Mundo	133

5.1. Evolución de los Derechos Humanos.	135
5.1.1. Visión Histórica	135
5.2.3 La Declaración de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948.	139
5.2.4 Los Pactos de New York de 1966.	141

5.3 La Regionalización de los Derechos Humanos	142
5.3.1 El Convenio Europeo de Derechos Humanos	142
5.3.2 El Pacto de San José	143
5.4 La Sectorización de los Derechos Humanos	145
5.4.1 En relación con las Mujeres	145
5.4.2 En relación con la Infancia	147
5.4.3 La OIT	149

Tema 6

La Eficacia de la Constitución	153
6.1 Constitución programática y Constitución de aplicación directa.	155
6.2 La aplicación de la Constitución como norma integrada	159
6.3 La aplicación Constitucional por un órgano “ad hoc”.	161
Alternativas:	161

Tema 7

Teoría General de las Garantías Procesales en las Constituciones ..	173
7.1 Introducción	175
7.2 El Derecho a un Proceso Debido	176
7.3 Tutela Ordinaria y Tutela Constitucional	193
7.4 Tutela de los Derechos Fundamentales y Recursos de Amparo	197
7.5 Tutela de la Libertad y el “Habeas Corpus”	205
7.6 Tutela y Procesos especiales nacidos de la constitución.	208

Tema 8

Acceso a la Jurisdicción y al Recurso	213
8.1 Acceso a la Jurisdicción	215
8.1.1 Consideraciones generales	215
8.1.2 Existencia de un interés legítimo	216
8.2 Derecho al Proceso	221
8.2.1 El proceso como camino necesario para obtener la tutela	221
8.2.2 El reconocimiento de la legitimación	223
8.2.3 La llamada al proceso. La efectividad frente a la formalidad	224
8.3 Régimen de Recursos	227
8.3.1 El acceso al recurso	227
8.3.2 La Reformatio in peius	232

Tema 9

El Desarrollo del Proceso	235
9.1 Concepto y Caracteres de la Indefensión	237

9.1.2 La indefensión en general y la indefensión constitucional	237
9.1.2 Requisitos para la trascendencia constitucional de la indefensión	239
9.1.3 La reparación de la indefensión	241
9.1.4 Alegaciones	241
9.1.5 La amplitud de las alegaciones y la libertad de expresión	242
9.2 La Prueba	244
9.3 La Igualdad en el Proceso	245
9.3.1 Igualdad de armas, igualdad de trato	245
9.3.2 El abogado como exigencia de la igualdad de partes	246
Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana	
Indefensión y mecanismos existentes en la normativa dominicana para su reclamo.	256

Tema 10

La Sentencia	265
10.1 El derecho a obtener una resolución que ponga fin al proceso. Las resoluciones tácitas o implícitas. La resolución ha de ser normalmente de fondo: el principio “pro actione” o el “favor actionis”	267
10.2 El ius “ut procedatur” en materia penal.	274
10.3 Requisitos de la Sentencia	278
10.3.1 La motivación	278
10.3.2 La fundamentación en Derecho	283
10.3.3 La razonabilidad de la resolución	285
Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.	
La razonabilidad necesaria en la sentencia.	293
10.4 La congruencia de la Sentencia como respuesta a las pretensiones de la parte. Incongruencia e indefensión distintas clases de incongruencia ...	298
10.5 La congruencia en el proceso penal: El principio acusatorio	301
10.6 La congruencia en el recurso: La “reformatio in peius”	303

Tema 11

La Ejecución de la Sentencia	305
11.1 Derecho a la ejecución de la Sentencia y posible Indefensión en la misma.	307
11.2 La forma de ejecutar la Sentencia	312
11.3 La Inmodificabilidad de las Sentencia Firmes	314
11.4 El Aseguramiento de la futura Sentencia:	
las Medidas Cautelares	
El Derecho a una Tutela Cautelar	319
11.5 El seguimiento de la ejecución de la Sentencia en materia Penal ..	325

11.6 Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana	330

Tema 12

Manifestaciones concretas de garantías del Proceso I 341

12.1 Derecho al Juez predeterminado por la Ley	343
12.2 La intervención del Abogado	348
12.3 El Derecho a ser informado de la acusación formulada	352
¿Acusado de estar acusado?	352
12.4 Derecho a no declarar contra sí mismo	355

Tema 13

Manifestaciones concretas de garantías del Proceso II 359

13.1 Proceso Público	361
13.1.1 Regulación aplicable	361
13.1.2 Concepto	361
13.1.3 Efectos de la ausencia de publicidad	362
13.1.4 Limitaciones a la publicidad	363
13.1.5 Juicios Paralelos	367
13.2 Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas	367
13.2.1 Concepto	367
13.2.2 La reparación del perjuicio. Las posibilidades de indemnización	370
13.3 Secreto y Proceso Penal	373
13.3.1 Regulación aplicable	373
13.3.2 Concepto	374
13.3.3 Objeto	375
13.3.4 Ámbito	376
13.3.5 Protección jurídica de la investigación preliminar	377

Tema 14

La Presunción de inocencia 381

14.1 Concepto	383
La presunción de inocencia en las constituciones y en las declaraciones universales y regionales de Derechos Humanos	385
Significado de la presunción de inocencia	387
14.2 La Presunción de Inocencia fuera del Derecho Penal	388
14.2.1 Presunción de inocencia y Derecho Laboral	389
14.2.2 Presunción de inocencia y Derecho Administrativo	389
14.2.3 Presunción de inocencia y Derecho Matrimonial	390
14.2.4 Presunción de inocencia y responsabilidad civil.	390

14.3 Presunción de inocencia y medidas cautelares	391
14.4 Prevención de Inocencia y la Prueba	394
14.4.1 Lo probado en el proceso	395
14.4.2 Prueba obtenida con las garantías legales y constitucionales	397
14.4.3 La formación de la convicción del juez sobre la valoración de la prueba y la exteriorización motivada	401
14.5 Presunción de Inocencia y Desición	402
14.5.1 Presunción de inocencia e “in dubio pro reo”	404
14.5.2 La presunción de inocencia como principio general valorativo ..	406
Relación Temas y Autores	409
Bibliografía	413

Prólogo

Un esfuerzo de definición y planificación que se inició en agosto del año pasado es el texto que hoy presentamos y para cuya confección hemos contado con la labor inestimable de compañeros de un lado y otro del Atlántico que nos han aportado su saber, su experiencia y su buen hacer.

A la hora de designar los autores españoles tuvimos en cuenta dos factores.

En primer lugar, que al tratarse de un texto de estudio para profesionales de la defensa, deberíamos aportar una perspectiva científico-teórica que ayude a fijar los conceptos fundamentales del derecho de defensa en la teoría constitucional.

De otro lado, no debemos perder de vista un aspecto eminentemente práctico, ya que íbamos a formar juristas egresados de facultades universitarias y que su deseo, o las circunstancias, les habían encarrilado en el ejercicio del derecho de defensa ante los Tribunales de Justicia, fundamentalmente.

Creemos que cumplimos con ambas finalidades al designar, en su mayoría, profesionales que en su larga experiencia, han compaginado el estudio del derecho y la enseñanza universitaria con el ejercicio de la profesión de abogado. Por ello el enfoque necesariamente teórico, en los

temas a desarrollar, va siempre matizado, en la exposición, con el carácter eminentemente práctico con que dichos principios deben consolidarse a la hora de su alegación ante los Tribunales de Justicia.

Especialmente queremos resaltar el contacto que tuvimos con los abogados dominicanos que, tema a tema, han aportado a esta obra la perspectiva de la realidad del Ordenamiento Jurídico interno de la República Dominicana, con lo que el círculo de conocimientos se cierra desde la perspectiva de una mejor utilización para los profesionales que van a formarse en esta materia constitucional, como defensores públicos.

Es nuestro deseo destacar, amén de su calidad humana, el gran nivel de conocimientos técnicos de los que, sin ningún género de dudas, esta obra se beneficia sobremanera, de igual forma, la oportunidad que tuvimos de aprender de ellos en su momento.

En el programa del texto que hoy presentamos, hemos incluido dos temas previos sobre los conceptos y fines del derecho, fundamentalmente a instancia y sugerencia acertada de nuestros compañeros dominicanos, que consideran que esa formación básica no está contemplada adecuadamente en los planes de estudio de las distintas facultades, y que se necesita partir de ese conocimiento básico para poder entender en profundidad, el sistema de fuentes, la preeminencia constitucional, la finalidad de seguridad y justicia del derecho, el principio de igualdad y un largo etcétera de conceptos fundamentales.

A continuación hay un bloque comparativo de las Constituciones, que se configuran como instrumentos fundamentales de consulta, ya que debe tenerse una cultura de las distintas constituciones y también de forma especial de los diferentes Convenios de derechos humanos, ya sean de carácter internacional, sectorial o regional. Sin perder de vista que en definitiva, la figura de este defensor público tiene su apoyo al más alto nivel, tanto en la propia Constitución de la República Dominicana, como en el Pacto de San José.

A continuación hablamos de la eficacia de la Constitución o mejor, de las distintas eficacias de la Constitución.

Finalmente, el núcleo básico de este programa está constituido por las garantías procesales: el Derecho Constitucional de Garantías Procesales, que se estructura del siguiente modo:

Una primera lección introductoria que comprende los principios generales de lo que se ha llamado el debido proceso, o la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, cuatro lecciones que se corresponden con los cuatro hitos fundamentales del proceso, es decir, el acceso a la jurisdicción, al

proceso y a los recursos. En tercer lugar el desarrollo del proceso, es decir, las alegaciones y las pruebas, presididas por el principio de igualdad. En cuarto lugar, la sentencia, y los requisitos de congruencia, motivación, respeto del sistema de fuentes y racionalidad, y finalmente la ejecución de la sentencia, incluyendo dentro de la misma, ciertos aspectos de las meLas dos lecciones siguientes se dedican a aspectos concretos de las garantías, tales como el principio de publicidad, el proceso sin dilaciones indebidas, el Juez predeterminado por la Ley, el derecho a no declarar contra sí mismo etc.

Y finalmente concluye el programa con un tema dedicado a la presunción de inocencia, concebido como la garantía fundamental que se manifiesta no ya sólo en la sentencia lo mismo que el “in dubio pro reo” sino también en la adopción de medidas cautelares, especialmente en la prisión antes del juicio y en la prueba y su estimación.

Este libro nace en unos momentos internacionales ciertamente convulsivos. La naturaleza humana parece no aprender de su evolución histórica y, como si una fatalidad le persiguiese, abandona en determinados ciclos el Derecho como elemento de resolución pacífica de los conflictos, acudiendo al uso de las armas cuyos resultados son difícilmente recuperables.

Queremos que al leer y estudiar los temas desarrollados en las siguientes páginas, el jurista pueda extraer la conclusión fundamental de que todo Ordenamiento Jurídico debe tener un nivel garantista, en ejercicio de los derechos, haciendo a todos los ciudadanos afectados, iguales ante la Ley, condenando todo tipo de discriminación cuya quiebra no hace más que degradar el único patrimonio que tenemos, nuestra dignidad humana.

Carlos Suárez González
Fernando Campo Antoñanzas
Abogados
Coordinadores del Libro

Tema 1

Constitución y Garantías Procesales

Autores:

Adriano Miguel Tejada Escobosa

Abogado

Profesor asociado y exDecano

Carlos Suárez González

Abogado

Catedrático de Derecho Civil

Consejero del CGAE

Sumario

1.1 El concepto del derecho y sus Principios Generales

1.2 El derecho como norma.

- Los distintos órdenes normativos.
- Estructura y naturaleza de la norma.
- El Derecho como ordenamiento jurídico.
- Fuentes del Derecho. Tipos de fuentes del Derecho
- Interpretación y aplicación de las normas. La equidad.
- Metodología jurídica.

1.3 El conflicto. El conflicto jurídico.

1.4 Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana

1.1 El Concepto del Derecho

El concepto o definición del Derecho constituye uno de los más ricos y duraderos debates, que tiene una antigüedad de siglos, de manera que los juristas constatan en la actualidad la validez de la frase de Kant que afirmaba que los juristas buscan todavía una definición de su concepto del derecho.

Sería interminable la exposición de las distintas concepciones, y aunque algunas serán objeto de consideración en estas líneas, sí que pueden citarse, casi como curiosidad, muy diversas posiciones así es enormemente sugerente el subtítulo de la obra de LORD DENNIS LLOYD “¿Perversidad represora o necesidad social?”¹, para NORBERTO BOBBIO ha de seguirse un enfoque normativo,² para KELSEN es preciso despojar al Derecho de toda referencia no jurídica,³ y posición en cierto modo semejante encontraremos en el realismo anglosajón o escandinavo (el libro fundamental de KARL OLIVECRONA, tiene como título “El Derecho como Hecho”⁴).

Existe la quasi unanimidad de poner el concepto de Derecho en relación con la sociedad humana, así MARIO LOSANO⁵ nos dirá que el Derecho es la técnica de la convivencia social, DIEZ PICAZO⁶, “ante todo, hay un dato que parece evidente: El Derecho es algo que se produce dentro de la vida social. Más aún: es él mismo la vida social o, por lo menos, una zona o sector de la vida social”. LUMIA⁷ nos dice también que el derecho no es más que un instrumento del control social.

KANTOROVICH publicó un libro (que había de servir de prólogo a futuros trabajos) con el título de “La definición del Derecho”⁸, “considerando, desde un punto de vista amplio, al Derecho como un cuerpo de

1 LORD DENNIS LLOYD, “*La idea del derecho*” Edición española, Madrid, 1.985.

2 BOBBIO, N. “*Teoría General del Derecho*”, Edición Española, Madrid, 1.991, pág. 1: “El enfoque que aquí se sigue para el estudio del Derecho es el normativo ... La experiencia jurídica es una experiencia normativa”.

3 KELSEN, H. “*La teoría pura del Derecho*”, Mexico, 1.979, “Si ella se califica como Teoría “pura” del derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como derecho. Es decir: quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños”.

4 KARL OLIVECRONA, “*El derecho como hecho*” Edición española, Barcelona, 1.980.

5 LOSANO MARIO, G. “*Los grandes sistemas jurídicos*” Edición española, Madrid, 1.982, pág. 32 “El derecho es la técnica de la convivencia social”.

6 DIEZ PICAZO, L., “*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*” Barcelona, 1.975, pág.

7 LUMIA, G. “*Principio de teoría e ideología del Derecho*” Edición española, Madrid, 1.985, pág. 15. “El derecho no es más que un instrumento de control social, una de las muchas técnicas con las que se realiza el control social y quizá no la más importante aunque sí ciertamente la más típica”.

8 KANTOROVICH, H., “*La definición del derecho*”, Madrid, 1.964. Pueden citarse también con semejante denominación, “*La definición del derecho*” LEVY ULLMAN, Edición española, Madrid, 1.925 y VILLEY, M. “*Una definición del derecho*” En anuario de Filosofía del Derecho, 1.959.

normas que ordena la conducta externa, consideradas como justiciables, y entendiendo el término justiciables de modo amplio, como aptas para ser aplicadas por un órgano judicial en un procedimiento determinado”⁹ Como vamos a ver a lo largo de la exposición, defendemos una concepción del derecho basada en los conceptos de norma (sin perjuicio de la referencia al ordenamiento jurídico y conflicto).

1.2 El Derecho como norma.

La mayor parte de los autores citados y otros muchos, coinciden en reconocer que la primera manera de considerar el derecho es la de concebirlo como un conjunto de reglas de comportamiento cuya observancia viene impuesta a los destinatarios (LUMIA¹⁰).

Una concepción normativista del Derecho (ya sea pura o compartida, en los términos que veremos después) conduce inmediatamente al planteamiento de cuestiones básicas, de las cuales hemos de destacar las siguientes:

Los distintos órdenes normativos.

La conducta del hombre se halla regulada, cuando menos, por tres tipos de normas: las normas jurídicas, es decir el Derecho, las normas morales y las denominadas normas o usos sociales, planteándose inmediatamente las relaciones entre esos distintos órdenes normativos, y de forma muy especial, las relaciones entre la moral y el derecho, que constituyen uno de los problemas filosóficos más ampliamente debatidos, incluso en un debate en el que no son ajenas las distintas consideraciones de la moral, concebida por algunos como inmediatamente ligada a la religión, y por otros, desde un punto de vista relativista a la moral del medio, considerando como tal a las convicciones generalizadas en una comunidad.

Pero aún, prescindiendo de la diversidad de concepciones de la moral, el problema se ha planteado respecto de la relación con las normas jurídicas, pues para algunos las normas jurídicas deben ser subsidiarias de las normas morales en el sentido de que no cabe una norma jurídica que no esté no sólo conforme con la norma moral, sino identificada con ésta, ya se trate de la moral de tipo religioso, la moral concebida o identificada con el poder del Estado o de la organización política en sentido amplio, o la moral del medio. Desde una posición eminentemente liberal se propugna la absoluta separación de derecho y moral, considerando que

9 Para un estudio sintético de la etimología de la palabra derecho y equivalentes, V. CERDA JIMENO, J. “Una Introducción al derecho”, RCDI sep-oct 1.995 págs. 630 y ss.

10 LUMIA, G., op. cit., pág. 27.

el derecho pretende una finalidad más modesta, cual es una razonable ordenación de la vida social, quedando reservado a la moral la búsqueda de la perfección o de la santidad.

Para otros, existen zonas comunes y zonas independientes, y así los actos internos del hombre, es decir los calificados como actos “no sociales”, pertenecen exclusivamente al ámbito de la moral, debiendo abstenerse el derecho de intervenir en los mismos, y existiendo normas de pura ordenación de la sociedad que resultan indiferentes a la moral.

Las críticas, e incluso las consecuencias prácticas del desarrollo de alguna de estas teorías, ponen de relieve la imposibilidad de alcanzar una posición absolutamente convincente, pues no resulta fácil la identificación de las normas morales que hayan de servir de principios rectores del ordenamiento jurídico, salvo que se trate de principios de enorme generalidad, que no son útiles para la elaboración de una normativa que produzca el control de la convivencia social en sus diferentes facetas. El acatamiento de la norma emanada del Estado, aún cuando sea injusta, y la sustitución de la moral tradicionalmente considerada por la moral del Estado, ha permitido un soporte filosófico, incluso en nuestro siglo, a normas que repugnan los más íntimos y generalizados sentimientos de justicia.

Camino al que también se puede llegar con la absoluta desaparición de las relaciones entre los dos órdenes normativos, al dejar sin firme asidero la producción normativa, aunque es justo reconocer que ese papel es desempeñado en nuestros días por las Constituciones, surgidas, no sólo de la legitimidad formal de la organización estatal, sino del consenso social.

Desde otro punto de vista, la distinción entre las normas morales y jurídicas se ha centrado en la reacción de la norma ante la actuación contraria a lo previsto en la misma.

Mayor facilidad existe en la distinción entre los usos o normas sociales y las normas jurídicas, susceptibles estas últimas de imposición por la organización política de la comunidad, aún cuando no cabe duda que las normas sociales ejercerán y ejercen su influencia en la interpretación jurisprudencial de una norma jurídica.

Por otro lado, se ha destacado con frecuencia el trasvase de normas jurídicas y normas o usos sociales ¹¹.

11 Para un estudio de las relaciones entre los distintos órdenes normativos, v. entre otros: DIAZ, E., “Sociología y Filosofía del derecho”, Madrid, 1.980; DWORKIN, R. “Los derechos en serio”, Barcelona, 1.994; KANTOROWICZ, H., “La definición del derecho” cit. ; Kelsen, H., “La teoría pura del derecho”, México, 1.979; LATORRE, A., “Introducción al Derecho” Barcelona, 1.991; LEGAZ Y LACAMBRA, L., “Filosofía del Derecho”, Barcelona, 1.979; LARREA PEÑALVA, F., “La ética en la persona y en el derecho privado”, Valencia, 1.983; RAWLS, J., “Teoría de la Justicia” México, 1.979; RECASENS SICHES, L., “Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico”, México, 1.974; RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M. “Derecho y ética”, Madrid, 1.977.

Estructura y naturaleza de la norma.

La segunda de las grandes cuestiones planteadas en torno a la norma es la de su estructura y naturaleza, concebida tradicionalmente como un mandato, concepción que ha sido objeto de críticas por cuanto que resulta imposible la identificación del portador de esa voluntad que constituye la esencia de la orden o mandato, de manera que ha sido sustituido por algunos autores como Olivecrona, por la idea de un mandato o imperativo independiente, según el cual la norma mantiene un evidente carácter imperativo, pero no es una declaración de voluntad, sino una forma de expresión utilizada en forma sugerente para incluir en la conducta de los individuos, cuya eficacia dependen del conjunto de actitudes adoptadas por el grupo ¹².

KELSEN, en su Teoría Pura, nos dice que la ley jurídica dice: Si A es, debe ser B, sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor, es decir, sobre el valor moral o político de esta conexión. El “deber ser” se limita a existir como una categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico. (El propio KELSEN, con posterioridad, ha considerado que las normas más que juicios son imperativos hipotéticos ¹³).

Desde otro punto de vista se ha puesto de relieve la existencia de normas diferentes, ya sean obligatorias, prohibitivas o permisivas, ya sean generales o individuales, abstractas o concretas, existiendo incluso normas puramente declarativas o definitorias, normas primarias o secundarias, pero en último término, lo cierto es que en todas las normas jurídicas, bien por sí solas o bien en colaboración con otras a las que sirven, enuncian un criterio de conducta, en definitiva, como señala DIEZ PICAZO, se trata de un criterio que permite resolver el conflicto de las pretensiones inconciliables sobre una determinada realidad ¹⁴.

De lo anterior se desprende que en último término, toda norma enuncia un “poder-tener derecho” o un “deber-estar obligado”, y habida cuenta de que estas dos posiciones son finalmente dos caras de una misma moneda, sería válido decir con el propio Diez Picazo que toda norma contiene un poder o tener derecho a algo, y si eso es así, quiere decirse que la pretensión del beneficiado con ese poder o derecho, es la pretensión que la norma protege, excluyendo, y desprotegiendo a las demás pretensiones que sean contrarias, con lo cual, la norma, lo que realiza es la elección entre distintas pretensiones para elegir una de ellas, lo que nos acerca, como veremos, a la idea de conflicto, pues se pone en relación los conceptos conflictual y normativo del Derecho.

12 OLIVECRONA, K., op. cit., pág. 127.

13 KELSEN, H., op. cit., pág. 49.

14 DIEZ PICAZO, “Experiencias ...” cit., págs. 86 y ss.

Debemos recordar, para concluir, que en la estructura de la norma, se distinguen dos aspectos: Por un lado, lo que se llama el supuesto de hecho, es decir, esa prefiguración de un suceso futuro, en base a la experiencia pasada. Expresado más castizamente, un trozo hipotético de la vida real; y el segundo aspecto es la consecuencia, o lo que es igual, la respuesta de la norma, ante ese supuesto de la vida real, de modo que al darse el caso previsto, la norma reacciona también en la forma prevista en ella misma para dicho supuesto.

Siendo la concepción más extendida, y la que probablemente surge de forma espontánea, no es la concepción normativista la única, destacándose otras posiciones, si bien es frecuente, la combinación o síntesis de los diversos puntos de vista, y así LUMIA señala que junto a la concepción normativista, el Derecho se concibe también como ordenamiento jurídico y como relación jurídica, de manera que estas tres teorías se integran y completan en una visión más plena y comprensiva de la experiencia jurídica, elaborando una definición del derecho manejando los tres elementos citados, como “un ordenamiento de normas que regulan relaciones intersubjetivas y a cuya violación sigue una reacción institucionalizada ¹⁵”.

El Derecho como Ordenamiento Jurídico.

Como señala BOBBIO ¹⁶, la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa Teoría del Derecho. La materia del segundo título, es decir, la teoría del ordenamiento jurídico, es el conjunto, complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico, ello surge de la comprobación de que en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto y que tienen relaciones particulares; partiendo de ello, define la norma jurídica como aquella cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada (como se ve, en la definición se contienen dos de los tres elementos de la citada definición de LUMIA), la posición institucionalista que identifica el derecho con el ordenamiento de una sociedad estructurada, tiene antecedentes incluso en los representantes más genuinos de una posición normativista (KELSEN), pero su mayor valedor ha sido Santi Romano en su obra llamada, precisamente, “El Ordenamiento Jurídico”.

Para LUMIA ¹⁷, el Ordenamiento Jurídico tiene todas las características de una estructura en sentido técnico, puesto que no es un simple agregado de normas sino un sistema, existiendo entre las normas que lo integran relaciones de coordinación y subordinación. Es un sistema

15 DIEZ PICAZO, “Experiencias ...” cit., págs. 86 y ss.

16 BOBBIO, N. “Teoría General de derecho” cit. pág. 153.

17 LUMIA, G., Principios ... cit. pág. 53.

dinámico, pues existen en el ordenamiento reglas para su propia formación que permiten modificarlo sin que el ordenamiento cambie de identidad. Además está dotado de una capacidad de autorregulación por cuanto que contiene un mecanismo coactivo dirigido a asegurar su eficacia, y finalmente, se presenta como un sistema cerrado, es decir, como un ordenamiento normativo autosuficiente.

Fuentes del Derecho

El punto de vista del Ordenamiento Jurídico permite plantear en su seno una serie de cuestiones de extraordinaria importancia. La primera es la cuestión de las fuentes del derecho, concebidas, según la conocida definición del Profesor De Castro; como las fuerzas sociales con potestad normativa creadora, fijando el propio ordenamiento jurídico cuáles son aquellas fuerzas que son capaces de crear derecho, es decir, de incorporar normas al Ordenamiento Jurídico, y el problema de los requisitos, de forma o procedimiento para la creación de dichas Normas. La segunda cuestión, el problema de la **jerarquía normativa**, y en este sentido la función de las constituciones, sobre todo en el mundo moderno, como norma fundamental.

Las dos cuestiones que plantean las fuentes del Derecho, son la cuestión de su enumeración, y en el supuesto de que se admite que son varias, el de la jerarquía o rango entre las mismas.

Estas dos cuestiones pueden ser abordadas en el plano teórico, y hemos de recordar posiciones doctrinales que junto a una sola fuente “la ley), admiten lo que se llama la multiplicidad indeterminada de las fuentes, corriente que hunde sus raíces en la sociología jurídica.

El aspecto de la jerarquía, dió lugar en el pasado a una de las discusiones jurídicas, de mayor calado y profundidad en Europa, una vieja polémica sobre la valoración de la ley o de la costumbre, que se produce también después en los Estados Unidos, con motivo, casi siempre de intentos de codificación.

Pero, con independencia de esos datos culturales, lo cierto es que ha de acudirse a cada ordenamiento jurídico en concreto, para saber cuales son las fuentes en ese ordenamiento jurídico, o como se ha dicho antes, cuales son las fuerzas sociales que pueden crear derecho en una determinada comunidad.

Dada la escasa importancia de la costumbre en los ordenamientos jurídicos modernos, incluso porque se ha recepcionado en la ley, la cuestión más importante en esta materia es si junto a la ley pueden admitirse otras fuentes del Derecho y en qué medida cabe esta admisión.

Tipos de fuentes de Derecho

La Ley constituye hoy, probablemente, la fuente de derecho más importante.

Es frecuente distinguir la Ley con mayúscula o ley en sentido estricto, como aquella que emana de los Parlamentos, Congresos, etc. es decir, de los órganos que encarnan el poder legislativo.

E incluso junto con esta ley en sentido estricto se admite también una ley en sentido amplio, referida a aquellas normas escritas, que emanan no del poder legislativo, sino del poder ejecutivo, en el desempeño también de su poder reglamentario.

En esta concepción, se respeta la división de poderes. Y se afirma, lo que es muy importante, la primacía de la ley parlamentaria o ley en sentido estricto, frente a otras disposiciones escritas, que emanan del poder ejecutivo.

Asimismo, es frecuente que dentro de la ley en sentido estricto, se produzca también una jerarquía, jerarquía que preside la Constitución, que es la norma primera, no sólo por su contenido, ya que en ella se contienen la regulación de la organización del Estado y de los distintos poderes que lo integran, y los derechos y libertades de los ciudadanos, incluso decisiones del más alto nivel sobre el sistema económico, etc.

Pero también por cuanto que la modificación o derogación de una Constitución, exige una serie de requisitos específicos, más intensos que la modificación de otras leyes. Por consiguiente, ninguna ley puede ir en contra de la Constitución, ni puede afectarla o modificarla, protegiéndose normalmente a través de un órgano llámese Tribunal Constitucional, Tribunal de Garantías Constitucionales, o incluso atribuyendo al órgano supremo de la jurisdicción de un Estado, esa función protectora de la Constitución.

Dentro de la ley en sentido estricto o ley parlamentaria, pueden distinguirse, y es frecuente en los sistemas modernos, a su vez dos clases de leyes; leyes ordinarias o comunes, decir, aquellas que se aprueban en el Parlamento con arreglo a las reglas generales; y leyes de mayor rango, las cuales tienen la doble característica de la materia que tratan, y referida a las grandes cuestiones, por ejemplo, el sistema o las normas electorales, y que por consiguiente tienen también unos requisitos de aprobación o modificación, específicos, lo que las sitúa en una posición jerárquica superior a las de las leyes comunes y ordinarias.

Fundamentalmente, son dos las fuentes que vienen manejándose junto a la ley, una que tiene su origen en las épocas de la codificación, que son LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, (con ésta o con parecidas denominaciones), y que se configuran como los grandes principios básicos de un determinado ordenamiento jurídico, extraídos de su tradición jurídica, del

derecho científico, de los principios políticos recogidos normalmente en las constituciones, e incluso en ideas de tipo general o abstracto, como el derecho natural, la justicia, o las convicciones generalizadas en una determinada comunidad. No existe grave inconveniente en admitir una cierta función a estos principios generales, en la medida en que son guías del ordenamiento jurídico, y que por tanto, el ordenamiento jurídico debe seguir, por cuanto que pueden tener alguna finalidad supletoria o complementaria de la ley como tal.

Mayores cuestiones plantea la JURISPRUDENCIA, ya que al admitir la jurisprudencia como fuentes de derecho, tropieza con la extendida concepción de la división de poderes, de manera que la ley, con mayúscula o ley en sentido estricto, es aquella que emana del poder legislativo, los Parlamentos, los Congresos, etc.

Pero la cuestión, como señalábamos, más discutida es la del valor atribuible a la jurisprudencia, como fuente de derecho. Para despejar esta cuestión y ofrecer nuestra opinión, es bueno distinguir como previo el concepto de jurisprudencia, que en un sentido muy amplio, equivaldría al criterio de cualquier tribunal, al aplicar las fuentes del derecho y de forma especial, según hemos visto mas arriba, al aplicar la ley.

A veces, este concepto de jurisprudencia, se limita más. Y se reserva un especial valor al criterio que emana de la Corte o Tribunal Supremo de un país (ello tiene su origen en el recurso de casación francés).

Resulta innegable, que el Juez, al aplicar la ley, no lo hace como veremos, como un autómatas, sino que inevitablemente la recrea y anima la letra muerta contenida en las leyes. Por ello es muy difícil prescindir en la práctica de juzgar y como aplicación pura y simple, o aplicación animada de la ley. Y recreando la ley en su aplicación al caso concreto, lo cierto es que aunque sea de forma indirecta, se genera una actividad, propia de una fuente de derecho.

Es sabido que en este punto, existen dos corrientes fundamentales, la idea anglosajona del precedente judicial vinculante, que supone una extraordinaria importancia de la jurisprudencia, en definitiva del precedente a cualquier nivel, y el sistema del respeto o vinculación a la ley, no al precedente. El sistema preferido del derecho continental europeo.

Hay que reconocer que teóricamente son modelos distintos, y aun hoy en la realidad hay rasgos distintivos. Pero no hemos de cerrar los ojos a la realidad de su acercamiento real, ya que el juez anglosajón, en ocasiones para escapar de la dependencia excesiva del precedente y para atenerse a la ley que da una mayor seguridad, busca aislar los elementos diferenciados del caso que contempla, para poder decidir desde la libertad, anhelando que el caso contemplado en el precedente no es el mismo. Y el juez continental, con perjuicio de su dependencia de la ley, no puede prescindir

del estado de opinión creado por los precedentes anteriores, especialmente por los Tribunales Superiores, que corregirán su desvío sino sigue la línea marcada por estos, por su deber moral de que los ciudadanos sean tratados no sólo en la ley, sino en la aplicación de la ley con igualdad.

Interpretación y aplicación de las normas.

Hay una aplicación del derecho no consciente, pero que es la más importante y es aquella aplicación que podemos llamar normal o pacífica, donde no hay conflicto, porque el conflicto se resuelve de la mejor manera posible, esto es, no planteándose, porque el Derecho desempeña así su labor de aplicación con carácter previo o preventivo.

Junto a esta aplicación, hay una aplicación más técnica, que emana de expertos, pero no necesariamente del Juez, se trata de la aplicación preventiva o mediadora, de abogados, notarios, encargados de las distintas instituciones registrales, etc.

Sin embargo la aplicación más espectacular del Derecho es la aplicación judicial, cuando el juez resuelve el conflicto, eligiendo, como veremos de entre las diversas pretensiones contrapuestas, una de ellas.

No se acepta hoy la llamada “teoría de la subsunción según la cual la aplicación del derecho sería la de un silogismo, cuya premisa mayor es la norma, cuya premisa menor es el supuesto de hecho, y la sentencia sería la consecuencia, y ello no se admite, porque es necesario que el Juez realice funciones mucho más complejas para determinar en el supuesto de hecho, cuales son aquellos aspectos relevantes, y para elegir, entre las diversas normas, cual es la aplicación a este supuesto, debiendo para ello interpretarla, corregirla e integrarla en su caso, la teoría conecta con la escuela exegética francesa.

Son varias las funciones que el juez ha de realizar para la aplicación de una norma al caso concreto.

En primer lugar hemos de cuestionarnos si el Juez, puede corregir la norma tal como está en su publicación oficial, porque la misma contiene errores o porque la misma es contraria a la Constitución.

En general, y para evitar que el Juez pueda usurpar el papel del legislador, no se admiten correcciones, salvo aquellas que no requieran un especial razonamiento por su evidencia, y sin perjuicio de la aplicación directa de la Constitución y de su primacía, a la que nos hemos referido y este Programa se refiere en un tema en concreto, en términos generales, la determinación de la inconstitucionalidad pertenece no a todos los tribunales sino a aquel que tiene encomendada esa función, sin perjuicio de que se arbitren sistemas a través de los cuales el Juez pueda consultar en caso de duda, sobre la adecuación o no de una norma con la Constitución.

En segundo lugar, el problema de la **interpretación** de las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico, tanto la interpretación en sentido estricto como la interpretación correctora, y las posibilidades de utilización de la equidad en el marco del ordenamiento jurídico y junto a ello el problema de la **plenitud** del ordenamiento jurídico, y por consiguiente de la predicada inexistencia de las lagunas del ordenamiento jurídico como tales en la medida en que el propio ordenamiento dispone de los mecanismos necesarios para integrar las lagunas y la constatación de la existencia de lagunas normativas concretas, que precisamente se integran con los sistemas establecidos en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente a través de la técnica de la analogía.

El juez tiene que realizar una labor interpretativa, pues tiene que averiguar cuál es el sentido de la norma, y ello, ha de hacerlo siempre, de manera que no es en rigor cierto, que las normas claras no deban ser objeto de interpretación, pues la afirmación sobre su claridad, constituye ya una interpretación; cosa diferente es que esa interpretación sea más sencilla o más compleja.

Se trata de averiguar el sentido de la ley, lo que se ha llamado la “mens legis”, y debiendo tenerse en cuenta siempre, que en caso de contradicción entre la letra y el espíritu en la interpretación, debe buscarse el espíritu, con lo que la letra de la ley habrá de restringirse o expandirse hasta coincidir con el espíritu de la norma.

Y para lograr esa interpretación el juez se sirve de una serie de criterios de interpretación. El elemento literal, del significado de las palabras. El elemento gramatical, no hemos de olvidar lo importante que es la puntuación, un cambio de una coma, determina el cambio absoluto de sentido de una norma. El elemento lógico, huyendo de interpretaciones absurdas, el elemento sistemático, es decir, la introducción de la norma en el contexto general del ordenamiento jurídico y de cada artículo en su propia ley. El elemento histórico, ya sea histórico en términos generales como también la historia de la elaboración de la propia norma, los trabajos preparatorios, etc. y no ha de olvidarse que la norma se aplica en un momento histórico concreto, y por consiguiente el entorno social en el que la norma ha de sea aplicada, debe constituirse también en un dato interpretativo, como elemento de progreso de las normas.

La Equidad

A veces, y en este sentido la antigua idea de la equidad “epiqueya”, que determina la necesidad de no aplicar una norma que es justa en la mayoría de los casos, cuando en un supuesto concreto por las

circunstancias concurrentes, podría producir un resultado injusto, en este caso la equidad se configura como la justicia del caso concreto y da lugar a una corrección de la norma para ese caso concreto.

El gran problema de la equidad es el de los límites, pues ha de establecerse alguna garantía para evitar que por ese camino el juez pueda usurpar la figura del legislador. Por consiguiente la equidad admisible por ejemplo en el arbitraje, no puede ser el único fundamento de una sentencia so pena que en ese caso el Juez de espaldas a la ley, y por lo tanto, legislando para el caso concreto invada una esfera que no le es propia.

Finalmente lo que se ha llamado la investigación integradora, es decir, la actividad de integrar las lagunas o huecos de la ley, esto es, los casos no previstos en las normas, por la aplicación de normas que van dirigidas a resolver otros casos, siempre que entre el caso huérfano y el caso regulado, exista semejanza jurídica fundamental. Esta es la aplicación de la analogía, que debemos tener muy en cuenta, no es posible en las disposiciones sancionadoras, porque las disposiciones sancionadoras, exigen el principio de tipicidad, esto es, que la conducta que determina la sanción, esté perfectamente descrita en la norma, y solo esa conducta perfectamente descrita, puede sancionarse y no otra conducta, aunque sea semejante.

Cosa diferente es la aplicación analógica de aspectos favorables al reo, como por ejemplo la aplicación analógica de las atenuantes.

Finalmente en la aplicación ha de tenerse en cuenta el comienzo y fin de las normas, y el efecto retroactivo. En cuanto al comienzo de las normas debemos recordar que es una exigencia básica la publicación y por lo tanto, es a partir de la publicación cuando las normas pueden entrar en vigor, ya sea inmediatamente o ya sea tras el transcurso de un plazo que recibe el nombre de “vacatio legis”.

Por lo que respecta al fin o a la cesación del vigor de las normas, hemos de recordar la derogación, que no es sino la sustitución de una norma por otra, debiendo tenerse en cuenta tres principios fundamentales:

- 1°).- Que toda norma es derogable, con mayores o menores requisitos.
- 2°).- Que toda ley posterior deroga a la ley anterior.
- 3°).- Que en la derogación rige el principio de jerarquía normativa, de manera que una ley puede derogar a otra ley anterior en la medida en que esa sea de igual o inferior rango.

Finalmente debemos recordar la posibilidad del efecto retroactivo de las normas, y en este sentido, hay que destacar que la retroactividad no es admisible en las disposiciones sancionadoras o en aquellas disposiciones que supongan una restricción o limitación a los derechos fundamentales.

Indudablemente la referencia a las disposiciones sancionadoras, tiene parecida justificación a lo comentado antes respecto de la analogía, y es que nadie puede ser condenado sin que exista antes una ley que prevea esa conducta como merecedora de la sanción, por consiguiente, quien incurre en la acción u omisión cuando todavía no se ha legislado, no puede ser sancionado por una disposición posterior. Pero ha de puntualizarse que esa limitación afecta sólo a las normas no favorables, de manera, que por el contrario, cuando aparece una disposición sancionadora favorable, o lo que es igual, en la que disminuye la intensidad de la sanción o incluso desaparece dicha sanción, debe aplicarse retroactivamente ese beneficio, en la medida en que sea posible, (porque no se ha cumplido la totalidad de la pena), no se ha satisfecho la multa, etc.

Metodología jurídica

De acuerdo con la etimología, método es camino o vía y a su vez todo camino tiene un destino o término, de manera que la metodología jurídica es aquella ciencia que se ocupa del método jurídico, entendido como la investigación dirigida al fin deseado (BOBBIO ¹⁸) o en definitiva una serie de operaciones para la obtención de un camino. Es decisivo por consiguiente conocer cuál es el destino que ha de ser alcanzado, y ese destino supone ya en sí mismo, como señala GARCIA AMADO ¹⁹ , la primera fuente de desacuerdo, pues sólo es posible mantener el acuerdo si se da un elevado nivel de abstracción, lo que supone un vaciamiento del propio concepto, lo que permite señalar que no solamente existen diversas proposiciones de la metodología jurídica, sino en cierto modo varias metodologías jurídicas, sin embargo parece existir un acuerdo generalizado en que el objetivo final consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad o corrección de la misma.

Podemos, siguiendo a Larenz ²⁰ , recoger una visión de las distintas teorías metodológicas.

* En primer término la doctrina exegética francesa, basada en el apego a la letra de la ley y al máximo respeto a la voluntad del legislador, (Aubry y Rau “Curso de derecho civil francés, 1938”, además Laurent, Baudri-Lacantinerie, Bonnetcase).

18 BOBBIO, N. “Teoría de la Ciencia Jurídica”. 1950, p. 12.

19 GARCIA AMADO, J.A. “Teorías de la tópic jurídica”. Madrid, 1980, p. 290 - 291.

20 LARENZ, K. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona, 1980.

A continuación Savigny, por un lado con la concepción historicista que le ha dado mayor fama y en segundo lugar, iniciando una concepción sistemática o científica del Derecho, que precede a la llamada jurisprudencia de conceptos, (Puchta Windscheid, Binding,²¹ Partiendo de determinados conceptos, por abstracción, ascendiendo los escalones de la pirámide, hasta conceptos más generales, descubriendo la lógica interna de los conceptos, que nos da la ciencia del derecho.

* Frente a esta dirección, se alzan tres direcciones positivistas, por un lado la teoría psicológica de Berling “Juristische prinzipien lehre” 1894, la jurisprudencia de intereses representada por Geck.²² Y en tercer lugar la dirección sociológica representada por Ehrlich²³

* También la Escuela denominada del Derecho Libre, representada por Kantorowicz “La lucha en torno a la Ciencia Jurídica”, que concibe el derecho como creación del juez.

* La figura de Kelsen y su teoría pura del derecho, constituye un hito del pensamiento y la metodología jurídica en la que trata de despojar al derecho de toda relación con otras ciencias, como la psicología, teología, etc. teoría pura, exclusivamente normativa, que tiene por objeto el deber ser y no el ser, partiendo de la superación de los dualismos derecho-estado, derecho subjetivo-derecho objetivo, derecho estatal y derecho internacional, y sobre todo la distinción entre creación y aplicación del derecho, porque salvo en el vértice de la pirámide kelseniana donde solo hay creación y en la base de donde solo hay aplicación, en el resto de los escalones intermedios, hay a la vez, creación y aplicación del derecho.

* Con posterioridad a la segunda Guerra Mundial se produce una reacción, especialmente en Alemania, y como consecuencia de la crisis que supuso el régimen hitleriano, en pro del ius naturalismo en muy diversas formas, no desde el punto de vista tomista, sino en un sentido muy amplio, tal como ha recogido Karl Engisch en su “Introducción al pensamiento jurídico” cuya tradición española se publicó en 1964.

* Es imprescindible la referencia a una corriente realista en Estados Unidos, en la que destaca la obra del juez Holmes “The path of the law”. 1897, que prescindiendo de los sistemas lógicos, se dedican al análisis

21 PUCHTA, Lectura sobre el derecho romano actual. 1862. WINDSCHEID, Estudio de las pandectas. 1962.

del funcionamiento real de los tribunales y de los factores que influyen en sus decisiones, incluso factores extrajurídicos, como la educación de los jueces, o incluso tu estado de salud.

* En una línea semejante el realismo escandinavo (Olivecrona) “El Derecho como hecho”, concentrándose no solo en la actuación de los tribunales sino también en la propia ley y en el sistema jurídico en su conjunto.

* Quizá por reacción a estas posiciones, hay un movimiento en el que se vuelve a considerar la razonabilidad frente a la utilización del sentimiento a través de la de argumentación y en ese sentido destaca la tópica (Viehweg “Tópica y jurisprudencia” Traducción española. Madrid 1964).

En base a los criterios dialécticos conocidos en Grecia y Roma, se propone la utilización de un método no deductivo, sino de la utilización de los tópicos como puntos de vista de probabilidad y de fuerza de convicción, de tal manera que la función de aplicación del derecho, se asemeja a una operación de tanteo, de encaje en base a estas ideas entre los hechos y el derecho. El tanteo, no es algo acientífico, sino que por el contrario, la ciencia moderna utiliza mucho el tanteo, y no otra cosa, son las hipótesis de trabajo que guían la ciencia mas sofisticada.

* También desde el punto de vista del lenguaje, ya sea una adecuada utilización del lenguaje natural, o la creación de un lenguaje especial que sirva para delimitar claramente los conceptos jurídicos y su utilización (Morris Charles “La semiótica o ciencia de los signos” en “Signos, lenguaje y conducta”. Buenos Aires. 1962 o Bobio, Norberto “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”. Rivista trimestrale de diritto e procedure civile. 1952.

* Muchos autores han puesto de relieve la incidencia de la electrónica, y el uso de los ordenadores o computadoras, algunos de una forma ingenua, como Hans Baadee “La jurimetría”. Nueva York. Londres. 1933.

Para una aplicación automática de la ley, pero más modernamente en las direcciones modelistas, para obtener modelos formalizados, pero junto a ello, también mediante la obtención a través de la cibernética de un volumen de información enorme aunque, con el riesgo de que la uniformización de tal información, haga menos selectiva y personal la labor de juzgar.

Finalmente, es insoslayable la referencia al “Análisis económico del derecho”, tanto en la creación del derecho como en la aplicación del mismo.

Tres libros son fundamentales: Uno, “Los costos sociales”, Ronald Coase; otro, en 1962, el coste de los accidentes, de Guido Calabrese, y en 1968, la publicación de Gary Becker sobre el “Análisis económico del delito”

El análisis económico del derecho, es particularmente útil en determinados campos, donde se trata de combinar no sólo aspectos éticos, sino también las ventajas prácticas de una regulación diferente que busca el bienestar social y la más económica solución del conflicto interindividual.

El rápido recorrido por las distintas posiciones metodológicas, pone de manifiesto inmediatamente la diversidad, algunas veces radical de las distintas posiciones, de modo que, con razón puede señalarse que resulta difícil hablar de una metodología común, y más bien de distintas metodologías, incluso respecto a su objeto o fin.

Quizá pueda ser útil establecer una modesta sistematización de tales discrepancias.

En primer término el objeto de estudio metodológico para algunos debe ser aplicación del derecho, y de forma más particularizada la actividad de aplicación por parte del juez, tratando de poner de manifiesto cual son los parámetros o criterios de dicha actividad, destacándose por algunos que esa debe ser exclusiva finalidad metodológica por cuanto que eso es lo que importa.

Para otros no se trata tanto o por lo menos, no sólo de la actividad de aplicación judicial, sino que debe extenderse más allá, afectando también a la propia creación del derecho, con independencia de la actividad judicial.

Otros por el contrario pretenden construir una ciencia jurídica a través de un método jurídico anterior a la propia aplicación del mismo.

Desde otro punto de vista, el método debe desligar la ciencia del derecho de las demás ciencias, evitándose así cualquier contaminación, todo ello sin perjuicio de que otros estudios diferentes puedan interrelacionar las distintas ciencias.

Frente a esta posición, están los que consideran que no es posible esta independización, y por el contrario el método jurídico debe ir íntimamente ligado a otras ciencias, ya sea la psicología, la sociología, la economía o incluso aspirando a una consideración generalizada e interrelacionada de todas las ciencias.

Otras posiciones metodológicas consideran que la clave del método jurídico debe estar en la lógica, si bien para algunos se trataría de la lógica conceptual, para otros de la lógica simbólica, y finalmente, de la lógica adaptada a la cibernética, frente a esta posición, algunos abandonan este camino por entender que no es posible utilizar la lógica como herramienta, ya que de lo que se trata es de la constatación de motivaciones distintas y ajenas a la misma.

Para algunos, es necesario utilizar otras formas de razonamiento y argumentación, ligadas a los conceptos de la dialéctica y la retórica, como un razonamiento diferente, que consiste en manejar tanteando diversas posibilidades que han de encajar en el problema concreto que se plantea, reivindicando, para esta actitud el adjetivo de científica, de manera que, así como las ciencias experimentales utilizan las “hipótesis de trabajo”, es decir supuestos que en sí mismos no pueden conocerse “a priori” como ciertos, pero que sirven de guía para la investigación perfectamente científica, y que en ocasiones se verán confirmadas o alteradas en todo o en parte como consecuencia de la propia investigación científica. En este sentido, se manejan distintas argumentaciones, recreando los hechos y las normas, y tratando de comparar unas con otras hasta lograr en esta actividad de tanteo, el encaje perfecto, que puede o no coincidir con una posición de principio, pero que constituyen el camino adecuado para la determinación de una ciencia experimental.

Se contraponen también las ideas de concepto frente a la idea de interés, o a la idea de valoración de los conceptos e intereses.

Ha estado y está siempre presente la dualidad iusnaturalismo-positivismo, con sus distintos matices pero teniendo siempre a la vista, por un lado la tremenda dificultad de aislar e identificar los principios suprapositivos, y por otro lado el riesgo de quedar inerme sin un asidero o medida que pueda legitimar el derecho establecido en cada momento con independencia de su legitimidad formal.

Pese a la reconocida diversidad, es forzoso reconocer la profundidad de tales estudios, y con ello su utilidad, que debe encontrarse si no es posible en la adecuada síntesis de las distintas posiciones sí en la extracción de los mismos de todos aquellos aspectos extraordinariamente necesarios y casi imprescindibles para el desarrollo del derecho en general.

Es preciso destacar la importancia de todas aquellas posiciones metodológicas que aspiran a encontrar más allá del derecho las claves necesarias para evitar que se configure como un conjunto de normas inconexas que resuelvan los conflictos sin previsión posible, ya sea en la construcción de los conceptos, en la utilización de la lógica, en la utilización de nuevas formas de razonamiento y argumentación, en la relación con otras disciplinas, incluso en la reflexión del derecho en sí mismo, que permitan la evolución de la ciencia y con ello, el perfeccionamiento del derecho en su aplicación práctica en la resolución de los conflictos interindividuales.

1.3 El conflicto jurídico.

Pero como hemos visto, no se agotan aquí las posibilidades de enfoques diferentes, y así, LUMIA señala como una tercera visión, la considera-

ción del Derecho como relaciones intersubjetivas; el autor citado pone de relieve a continuación los cuatro conceptos a menudo equivalentes y siempre conexos, de alteridad, exterioridad, bilateralidad y reciprocidad ²².

Con el primero se indica la intersubjetividad propia del Derecho, es decir, el Derecho supone una pluralidad de sujetos que entran en relaciones entre sí y actúa regulando tales relaciones, excluyendo los deseos e intenciones que se agotan en el interior del yo, es decir la exterioridad, subrayando que al poder de uno corresponde un deber en el otro (bilateralidad), y que uno no puede actuar respecto del otro de una determinada manera sin legitimar en las mismas condiciones un comportamiento análogo en el otro respecto a él (reciprocidad).

Como ha puesto de relieve DIEZ PICAZO, es inherente al concepto de Derecho la idea del conflicto, concebido como la concurrencia de pretensiones, (es decir, la facultad de instar la tutela por parte del ordenamiento jurídico en caso de violación de su derecho), inconciliables sobre una determinada realidad, de tal trascendencia que la comunidad ha considerado oportuno regularlos a través del Ordenamiento Jurídico en lugar de dejarlos a la libre y espontánea resolución (conflicto jurídico - conflicto económico o no jurídico ²³).

Propiamente, en el caso del conflicto jurídico, y esa resolución se realiza mediante la aplicación de la norma, lo que pone de manifiesto la complementariedad de los dos conceptos, pudiéndose definir el Derecho como el conjunto de normas dirigido a la resolución de conflictos interindividuales, o de forma intercambiada, como la forma de resolver los conflictos interindividuales mediante la aplicación de normas integradas en el Ordenamiento Jurídico.

Esta combinación permite superar uno de los inconvenientes tradicionales de una concepción normativista, cual es la propensión a entender el Derecho como algo excesivamente fosilizado, dotándole de una visión más problemática, sin perjuicio del logro de la seguridad jurídica como uno de los fines fundamentales del Derecho.

La referencia a la relación jurídica permite contener en su seno el análisis del **derecho subjetivo**, y dentro del mismo la idea de la persona como titular de tales derechos, y eje fundamental del ordenamiento jurídico, así como el objeto de los derechos, es decir, las cosas en sentido jurídico.

En íntima conexión con lo anterior, el destacar dentro del concepto de Derecho la idea del derecho subjetivo, nos conduce a la especial consideración de los denominados derechos fundamentales de la persona,

22 LUMIA, G., Principios ... cit. pág. 92.

23 DIEZ PICAZO, L., Experiencias ... cit. págs. 12 y ss.

que constituyen uno de los logros más importantes de nuestra civilización, y del que son realidades esperanzadoras, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, así como otras Declaraciones oficiales o privadas en determinadas regiones o sectores (la Regionalización y Sectorialización de los Derechos Humanos ²⁴).

Indudablemente que la primera forma de resolución del conflicto es la fuerza, ya que cuando existan pretensiones contrapuestas e inconciliables, en ausencia absoluta del derecho, se impone la ley del más fuerte, que puede llegar a eliminar físicamente al competidor, o cuando menos a infundirle el miedo necesario para que desista de su pretensión contradictoria.

No cabe duda que una decisión o solución amistosa, supone una innegable ventaja respecto del sistema anterior, sin perjuicio de reflexionar en el sentido de que con el recurso de la fuerza el conflicto queda resuelto, aunque de forma completamente insatisfactoria.

Inicialmente, la forma más sencilla de resolver de forma no violenta una controversia o conflicto, es el acuerdo, es decir, que aquéllos que están en conflicto, deciden por sí solos resolver la situación conflictiva con toda probabilidad, cediendo cada uno una parte de su pretensión, lo que da lugar a la transacción, es decir, al acuerdo que implica un sacrificio recíproco de las pretensiones para la resolución del conflicto planteado.

En ocasiones, no es suficiente ese intento de acuerdo por parte de los interesados y es razonable (incluso históricamente ha sido así, que los que están en el conflicto y desean, en principio, resolverlo, de la mejor manera posible, acudan a un tercero, a alguien ajeno al conflicto y soliciten su mediación. La mediación no implica para el mediador facultad decisoria alguna, sino exclusivamente un mandato o un encargo, de relacionarse con las partes en conflicto, tanto de forma separada como conjunta, haciéndoles ver las ventajas de un determinado acuerdo y las desventajas de no alcanzarlo, con objeto de convencerles y llevarles con su intermediación a una solución pacífica del conflicto.

En definitiva, no se trata de algo esencialmente distinto de lo anterior en cuanto a lo que se busca, que es la solución pactada, pero el dato es que en este caso se busca a una persona que pueda aportar puntos de vista diferentes y desde luego, de mayor frialdad y neutralidad, que los puntos de vista que tienen y defienden las partes en conflicto.

24 CASSESE, A. "Los derechos humanos en el mundo contemporáneo", Barcelona, 1.991.

Podemos concebir que pese a que el mediador ha fracasado en sus intentos de acercamiento, los interesados en el conflicto, desean agotar sus posibilidades de arreglo amistoso, y para ello, convienen en que ese mediador al que tiene por persona recta y de confianza, no se limite a intentar convencerles o acercar sus posturas, sino que decida la controversia que entre ellos tienen planteada, ese es el concepto básico del arbitraje, esto es, encomendar a un tercero la resolución del conflicto.

Ese tercero, tiene facultades decisorias, y su decisión obliga a las partes, y ello en virtud del deseo de las propias partes, y consiguientemente del compromiso que asumen de respetar, acatar y cumplir la decisión del arbitro, respecto del conflicto que tienen planteado.

Con ello, aparecen dos características fundamentales, y es que el árbitro no conoce en general, sino conoce exclusivamente de aquellos conflictos en los que las partes han decidido someterse a su decisión, y consiguientemente, la fuerza de obligar de su decisión, nace de la voluntad de los interesados.

Finalmente, la jurisdicción aparece frente al arbitraje, caracterizada por las dos circunstancias citadas, por cuanto que no se trata de decidir en un caso concreto, sino que la jurisdicción tiene la vocación de constituirse en el servicio de Administración de Justicia, esto es la resolución de todos los conflictos que se produzcan, salvo que se optara, siendo posible, por una solución alternativa y su fuerza de obligar, no nace de la voluntad de los particulares, sino del poder político de la comunidad de que se trata, que lo impone.

Aunque podamos considerar desde un punto de vista histórico la mediación y el arbitraje, no ha de entenderse que desempeñan el papel de meros antecedentes de la jurisdicción, sino que conviven con ella, y aún hoy, puede decirse que asistimos a un importante renacimiento, porque dada la acumulación de asuntos en la Administración de Justicia, que hace preciso potenciar formulas alternativas para la resolución de los conflictos, entre las que destacan la mediación y el arbitraje.

Y no se diga que estas fórmulas solamente tienen su aplicación en el derecho privado, y desde luego, no en el derecho penal, porque lo que es cierto es que las posibilidades de acuerdo son cada vez más frecuentes, en el ámbito del derecho penal, donde a veces la función puramente punitiva cede ante la eficacia de la justicia y ante el fin de reinserción, y porque aspectos relativos a responsabilidad civil, protección de las víctimas, etc. pueden admitir fórmulas alternativas de resolución, antes reservadas sólo al derecho privado.

En este examen rápido de los aspectos conflictuales, es preciso señalar que **la solución tiene que ser socialmente satisfactoria.**

En efecto, en todos estos casos, hay una solución del conflicto, pero mientras en la solución que se entrega a la pura violencia, se genera una insatisfacción permanente, pues la solución de un conflicto, genera nuevos y más importantes conflictos, lo que produce siempre el efecto espiral en el peor sentido de la palabra.

La solución satisfactoria es la solución pacífica, que pasa necesariamente por la aplicación del derecho y esa aplicación debe ser no sólo para resolver el conflicto como tal, sino para resolverlo de forma socialmente satisfactoria (que no hay que confundir con la satisfacción de ambas partes que resulta imposible), en el sentido de que tal resolución, aparezca a la generalidad de los ciudadanos como justa, y además esa justicia y el camino lógico de la resolución, se explicita en dicha resolución, con lo que la motivación, como se verá en otro punto de este programa, se configura como un elemento decisivo en la resolución de los conflictos.

1.4 Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.

A pesar de que España gobernó la Parte Este de la isla Española por más de 400 años, su derecho prácticamente no dejó huella en el accionar jurídico de la colonia ni de la luego independiente República Dominicana. Con excepción del régimen de la propiedad de la tierra, abrogado más tarde por una decisión de otra potencia interventora, los Estados Unidos, el modelo hispánico de derecho siempre fue visto por la población y por los abogados como engorroso, costoso y lento.²⁵

Resulta paradójico que la legislación francesa que se adaptó tan fácilmente al temperamento de los dominicanos llegara por vía de un país que declaró su independencia negando todo lo que fuera francés y en dura lucha contra los ejércitos galos. La dominación a que fue sometida la Parte Este de la isla Española por parte de los haitianos por veintidós años (1821-1844), dotó a los dominicanos de un conjunto de reglas jurídicas que fueron acogidas inmediatamente como lógicas y racionales. El procedimiento francés, oral y contradictorio, probó ser muy útil en un pueblo con alto grado de analfabetismo y las adaptaciones realizadas por adecuar algunas de sus instituciones a las peculiaridades de estos pueblos, como la eliminación de los juicios por jurados, resultaron felices.²⁶

25 VEGA, W. "Historia del Derecho Dominicano", Santo Domingo, 2002, Pág. 276. También nos quedó la nociva práctica social de acatar la ley pero no cumplirla, con que las elites coloniales dictaron lo que sería luego el *modus operandi* de las oligarquías criollas.

26 Sobre algunas de las dificultades sobrevenidas con la adopción de los códigos al momento de la independencia, Cf. VEGA, W. Op. Cit. Pág. 216 ss

Al ser tan poderosa la fuerza conceptual del derecho francés y su aceptación tan amplia, la discusión sobre algunos de los temas relevantes de las ciencias jurídicas pasó a un segundo plano. No era solamente que carecíamos de la formación apropiada para enfrascarnos en profundas disquisiciones sobre las teorías generales del derecho, sino que la fuerza de la doctrina francesa, el vigor de una jurisprudencia que parecía estar siempre al día y la intensa actividad legislativa de los años post-revolucionarios, prácticamente hacía innecesaria otra cuestión como no fuera el conocimiento de los precedentes galos.

De ahí que los estudios del derecho en la República Dominicana durante el primer siglo de vida republicana, lejos de fomentar la búsqueda de fórmulas autóctonas, se concentraran en encontrar la solución dada por los franceses a una situación determinada y en aceptar como si fueran pozuelos mágicos los principios acuñados en la nación madre de la legislación sin ahondar en las causas sociales, políticas y económicas que dieron origen a determinadas instituciones.

Del mismo modo, fueron adoptados capítulos enteros de los códigos franceses a pesar de que no fueron asimilados por la práctica de tantos años, como fue el caso del régimen de la tierra. El vicio se mantiene hasta nuestros días, como veremos más adelante.

La circunstancia de que los estudios del derecho en la República Dominicana se concentraran en el análisis de la doctrina francesa motivó a que la gran mayoría de los textos fuera de origen francés. A partir de la primera mitad del siglo pasado, los apuntes de cátedra de eminentes profesores dominicanos vinieron a suplir las deficiencias de los estudiantes en el conocimiento del idioma de Víctor Hugo y la escasez de libros, costosos por demás. Sin embargo, la traducción al español en países sudamericanos de importantes tratados de derecho francés, hizo posible que estos textos se convirtieran en los libros de consulta más usuales en el país. Así, la monumental obra de los hermanos Henri, Jean y Léon Mazeaud, **Lecciones de Derecho Civil**, se convirtió en el libro de texto de casi todas las universidades dominicanas. Otras utilizaban la obra de Louis Josserand y los **Précis** de la editorial Dalloz, especialmente los de los hermanos De la Morandiere, en el campo del derecho civil. Los ejemplos pueden ampliarse al derecho constitucional, comercial, laboral, entre otros. De hecho, no existe oficina de abogados que se respete en nuestro país que no disponga de las colecciones **Dalloz** de jurisprudencia y no es difícil encontrar colecciones de **Sirey** y de la **Gazette du Palais**, para solo citar algunas de las más conocidas.

De ahí, que los conceptos que han manejado los juristas y abogados en la República Dominicana provengan casi en su totalidad, de la doctrina

francesa. Con muy limitadas excepciones, los diferentes conceptos de derecho, sus principios generales y la viabilidad de ciertas instituciones jurídicas, no se han planteado nunca como una cuestión peculiar del sistema jurídico del país, enemigo de las abstracciones, sino como parte de la sólida herencia de una familia jurídica que, sin embargo, en nuestro caso, ha estado abierta a las invasiones del pensamiento y las instituciones de otros sistemas de derecho.

Dos aportes considerables provinieron de los Estados Unidos y de los exiliados ibéricos llegados al país huyendo a las tribulaciones de la guerra civil española. Durante la Ocupación Militar Norteamericana de 1916 a 1924, se cambió radicalmente la legislación inmobiliaria adoptándose el denominado sistema Torrens y se dotó a la nación de un cuerpo legislativo que incluía novedades como las sociedades que no perseguían fines pecuniarios. Los exiliados españoles trajeron ideas frescas y el reto de las publicaciones. Hasta la llegada del contingente ibero, son escasos los trabajos de juristas dominicanos. La presencia entre nosotros de un Constancio Bernaldo de Quiroz, por ejemplo, constituyó un acicate formidable para la publicación de trabajos de investigación sobre las ciencias jurídicas y para la discusión de conceptos teóricos que enriquecieron la formación universitaria de su tiempo, hasta nuestros días.

En nuestro país, hasta el día de hoy, no hay dificultad alguna en aceptar un concepto de derecho basado en la norma, que ordena la conducta externa de los individuos, y puede ser aplicada por un órgano judicial en un procedimiento determinado, parafraseando a KANTOROVICH.²⁷

Mayor discusión se ha dado con referencia a los diferentes órdenes normativos, en parte puesto que la toma de decisiones en materia de política pública en nuestro país ha estado sesgada por mucho tiempo por la fuerte presencia de la religión católica y sus preceptos, a pesar de que la Constitución garantiza la libertad de conciencia y de cultos.²⁸

La discusión sobre numerosas disposiciones legales ha estado imbuida de la difícil separación entre las reglas de la moral y de los dogmas cristianos y el derecho común. Ese ha sido el caso de los debates sobre los asuntos relativos al aborto en la Ley General de Salud, de los métodos anticonceptivos, de la pena de muerte, cuya prohibición es precepto constitucional, y hasta de cuestiones netamente civiles como el estado civil y la herencia.

Del mismo modo ha existido cierta tensión a nivel legislativo y de opinión pública, a la hora de tomar decisiones de política pública que

27 Cf. KANTOROVICH, H., Op. Cit.

28 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DOMINICANA. Art. 8, 8.

envuelven aspectos individuales y que chocan con aspiraciones sociales, como son los temas relativos a la banca, a los alquileres de casas, las tasas de interés, para solo citar algunos.

La tensión se manifiesta también cuando se trata de definir el objeto de la norma. Los liberales sostienen de manera general, que el propósito de la norma es garantizar objetivos individuales, mientras que las corrientes socialistas, en su variedad de opciones, insisten en que no se deben dejar al albur de la “mano invisible” los intereses de la colectividad.

No obstante, la opinión generalizada entre los juristas es que la regla de derecho, por más imperfecta que se pruebe, debe perseguir un ideal de justicia. Como ha escrito ROUBIER, “los hombres poseen una fe ardiente en la existencia de la justicia, y su corazón no se resignará jamás a un divorcio entre lo que es justo y aquello que es jurídico”.²⁹

Es por ello, que un abogado postulante debe siempre recordar, como ha estudiado McCLOSKEY, que los derechos garantizados en un sistema jurídico, “no son pretensiones *contra* alguien, sino derechos (títulos) *a* algo. Mi derecho a la vida –dice McCloskey- “es esencialmente un derecho mío, no una lista infinita de pretensiones, hipotéticas y reales, contra un número infinito de seres humanos reales, potenciales o todavía no existentes”.³⁰

Fuentes del Derecho en la República Dominicana

La cuestión de las fuentes de derecho ha adquirido una importancia notable en estos tiempos de amplias relaciones internacionales. De antaño, en que todos los sistemas jurídicos eran esencialmente cerrados, la discusión se centraba en el número y la jerarquía de las fuentes en el ámbito local. Hoy, esos problemas también incluyen normas concebidas en organizaciones internacionales para contextos más amplios y que al ser adoptadas por los métodos regulares en nuestros países, se convierten en legislación de aplicación nacional.

Así, la Constitución dominicana, en su artículo 3, afirma que “*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...*”³¹ No obstante, y a pesar de numerosas decisiones recientes de la Suprema Corte de Justicia, particularmente la tomada por el Pleno de nuestro alto tribunal el 24 de febrero de 1999, que fija el procedimiento a seguir,³² algunos jueces todavía se muestran renuentes a aplicar derechos pactados por

29 ROUBIER, J. “Théorie General du Droit, pág. 178, citado por MAZEAUD.

30 McCLOSKEY Pág. 118

31 CONSTITUCION RD, Art. 3

32 BOLETIN JUDICIAL 1059, Págs. 84-85.

nuestro país en convenciones internacionales, como el de amparo, ante la ausencia de una legislación autóctona sobre el tema.³³

Es de justicia admitir que en los últimos tiempos se ha elevado notablemente lo que Lowenstein llama “el sentimiento constitucional” y que los jueces, y en mayor número, los abogados, están acogiendo los argumentos constitucionales con gran consistencia. Esa no era la situación del pasado. La República Dominicana era un verdadero “país de derecho civil”, pues tanto abogados como jueces, casi siempre se limitaban al análisis de los aspectos legales del problema haciendo caso omiso a los constitucionales, que dejaban a los tribunales de alzada.

Es por ello, que numerosas disposiciones legales nacidas en la dictadura y que chocan frontalmente con normas constitucionales se han mantenido en nuestras leyes y códigos y aún subsisten en proyectos de reforma presentados al Congreso Nacional. Así, por ejemplo, el juramento decisorio, previsto en los artículos 1357 y siguientes del Código Civil, de carácter netamente inconstitucional, porque “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, pervive en el proyecto de reforma del Código Civil que cursa en el Congreso Nacional.³⁴

En nuestro país siempre se ha reconocido a la ley como la principal fuente de derecho, aunque, de hecho, no se reconocen diferencias entre los distintos tipos de leyes al establecer la Constitución un único mecanismo de aprobación.

En otros países, los códigos, las llamadas leyes orgánicas y algunas leyes especiales, se aprueban con quórum y mayoría diferentes de las leyes ordinarias, o son reconocidos como tales por la legislación vigente. En nuestro país, solamente las leyes que se refieren a la moneda, la banca y la transferencia de fondos del presupuesto de la Nación, requieren de una mayoría calificada para su aprobación cuando no han sido presentadas por el Poder Ejecutivo.³⁵

Una jerarquía de las fuentes del derecho dominicano quedaría como sigue:

1. La Constitución
2. Los tratados internacionales debidamente ratificados por el Congreso Nacional
3. Las leyes del Congreso³⁶

33 Honra señalar el avance en este campo y que el amparo aparece en nuestra legislación electoral de 1962.

34 Cf. Arts. 1358 y ss del Proyecto de Código Civil.

35 CONSTITUCION RD. Art. 112 y ss.

36 No se señalan los decretos-leyes que hemos tenido en mandatos políticos como el del Consejo de Estado de 1962-63 y el Triunvirato 1963-65, y el gobierno provisional del Dr. Héctor García Godoy de 1965-1966, por tratarse de situaciones históricas.

4. Las resoluciones del Congreso Nacional
5. Las resoluciones de organismos reguladores autónomos con capacidad reglamentaria otorgada por la Constitución y las leyes, en el ámbito de sus atribuciones
6. Los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo
7. Los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo
8. Las resoluciones tomadas por los ayuntamientos municipales en el ámbito de sus atribuciones
9. Las resoluciones tomadas por organismos reguladores no autónomos en el ámbito de sus atribuciones
10. Los principios generales del derecho
11. La costumbre

1. **La Constitución**

Sin dudas es la fuente principal y de la que derivan su legitimidad las demás fuentes, con excepción de la costumbre. Su supremacía está garantizada por lo dispuesto en el artículo 46, que establece que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrario a esta Constitución”.³⁷

A su vez, la carta magna da rango constitucional a lo dispuesto por el artículo 6 del código civil, cuando dice, en el artículo 48 que “las leyes relativas al orden público, la policía, la seguridad y las buenas costumbres, obligan a todos los habitantes del territorio y no pueden ser derogadas por convenciones particulares”.³⁸

En caso de cualquier conflicto de ley, primará la letra de la Constitución. Sin embargo, en el caso de tratados debidamente ratificados por el país que colindan con la letra de la Constitución, la mejor doctrina está conteste en que debe primar el tratado a menos que sea denunciado por una de las partes, en cuyo caso, el asunto pasaría a convertirse en una litis de derecho internacional.

2. **Los Tratados Internacionales**

Los tratados internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales obligan a los países firmantes en virtud del principio de derecho internacional *Pacta sunt servanda*, y se imponen sobre la legislación interna por el carácter peculiar de ser una obligación asumida por el Estado frente a otro u otros estados.

37 CONSTITUCION RD. Art. 46

38 El artículo 6 del código civil dice: “Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares”.

El requisito esencial para la aplicación de un tratado dentro del ámbito del sistema jurídico local es que sea ratificado de acuerdo a lo que disponen los artículos 3 y 37, acápite 14, de la Constitución de la República.

3. **Las Leyes**

Las leyes aprobadas por el Congreso Nacional y debidamente promulgadas y publicadas son obligatorias para los habitantes de la República. Sin embargo, se reconoce la existencia de leyes *imperativas*, las cuales todos estamos obligados a cumplir, y las *supletorias*, que son aquéllas que sólo cuando las aceptamos se nos imponen. En el primer caso, estamos hablando de leyes de orden público. En el segundo, de disposiciones que toman lugar solamente cuando las adoptamos, como por ejemplo, cuando se pacta un régimen matrimonial distinto del de derecho común.

Las leyes sólo pueden ser atacadas por el vicio de *inconstitucionalidad*. Las demás normas que están debajo de las leyes en la jerarquía, pueden ser atacadas por el vicio de *ilegalidad*. Numerosas decisiones de nuestro más alto tribunal definen los campos de ambas figuras.³⁹

4. **Las resoluciones del Congreso Nacional**

Un método muy utilizado por el Congreso Nacional para la ratificación de tratados y contratos es el de las resoluciones, que para todos los fines prácticos tienen el carácter de una ley aunque los requisitos de aprobación no sean tan rigurosos como los del *iter* legislativo para las normas generales.

5. **Las resoluciones de organismos reguladores autónomos con capacidad reglamentaria otorgada por la Constitución y las leyes, en el ámbito de sus atribuciones**

Un problema totalmente diferente plantean las resoluciones de organismos reguladores autónomos con capacidad reglamentaria otorgada por la Constitución, como es el caso de la Junta Monetaria del Banco Central de la República, o las leyes, como sería el caso del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), por ejemplo.

En el caso de la Junta Monetaria, nuestra Suprema Corte de Justicia ha fallado que las resoluciones de este órgano no son susceptibles de recurso alguno, dado que la Constitución y las leyes han dotado al órgano superior del Banco Central “de la más completa autonomía”.⁴⁰

39 Cf. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, “Una muestra jurisprudencial de 5 años”, Santo Domingo, 2 tomos. 2002.

40 Cámara de Tierras, Laboral y Contencioso-Administrativo y Contencioso-Tributario, 2 de septiembre de 1998. B. J. 1054, Pág. 333

En diferente situación se encuentran aquellos organismos con capacidad regulatoria otorgada por la ley de su creación o por una legislación posterior, cuyas decisiones generalmente son susceptibles de recurso de reconsideración ante el órgano mismo y ante los tribunales del orden judicial.

6. **Los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo**

En numerosas ocasiones, por mandato de la misma ley, el Poder Ejecutivo expide reglamentos. Esta facultad, establecida en el acápite 2 del artículo 55 de la Constitución, sin embargo puede prestarse a todo tipo de cuestiones.

La primera tiene que ver con el alcance de la delegación, pues aunque se reconoce que el legislador no está en capacidad técnica de prever todas las situaciones o modalidades que se den en su aplicación y que es deber del Ejecutivo, en su condición de ente ejecutor de la ley, colaborar en su complementación, no es menos cierto que muchas veces el reglamento puede extralimitarse (*praeter legem*) o ir contra (*contra legem*) la norma superior.

En segundo término se señala que muchas veces las leyes ofrecen un campo tan amplio a los reglamentos que, he hecho, traspasan su poder normativo al Ejecutivo. Se ha dado el caso de reglamento que modifican impuestos y crean tasas porque la ley que los creó “autoriza” al Poder Ejecutivo a tomar esas decisiones. En este caso, se trataría de una delegación de funciones, situación que está expresamente prohibida por la Constitución en el párrafo del artículo 4.⁴¹

En todos los casos, los reglamentos, como fuente de derecho, están sometidos al control de su legalidad.

7. **Los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo**

El decreto es el modo natural de actuación de la función ejecutiva en nuestro sistema de derecho. La mayoría de las actuaciones del Poder Ejecutivo se realizan por medio de estas disposiciones, aunque también la Constitución reconoce en el mencionado acápite 2 del artículo 55, la capacidad de emitir instrucciones administrativas. En todo caso, los decretos y las instrucciones están sometidos al control de la legalidad y en muy raras ocasiones al de la constitucionalidad.⁴²

41 CONSTITUCION RD, Art. 4: “Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones...”

42 Cuando el Poder Ejecutivo se arroga derechos que corresponden a otro poder del Estado, por ejemplo, se admite el recurso de inconstitucionalidad. Cf. SCJ Pleno, 19 de mayo de 1999; B.J. 1062, Pág. 64, sobre la inconstitucionalidad de un decreto que creó un impuesto de salida del país.

8. Las resoluciones tomadas por los ayuntamientos municipales en el ámbito de sus atribuciones

Los ayuntamientos municipales tienen la facultad de adoptar resoluciones en el ámbito de los municipios. Sin embargo, esa capacidad está limitada por la propia Constitución que en la parte *in fine* del artículo 85 determina que “los Ayuntamientos podrán, con la aprobación que la ley requiera, establecer arbitrios, siempre que éstos no colindan con los impuestos nacionales, con el comercio Inter-municipal o de exportación, ni con la Constitución o las leyes”.

Sin embargo, numerosos conflictos de jurisdicción y de competencia se presentan entre los ayuntamientos y otros organismos que accionan en los municipios realizando labores de policía o prestando servicios públicos.

9. Las resoluciones tomadas por organismos reguladores no autónomos en el ámbito de sus atribuciones

Se trata de organismos nacionales especializados, no autónomos, que emiten reglamentos dentro del ámbito de su competencia. Por ejemplo: la Comisión Nacional de Lidia de Gallos, dependiente de la Secretaría de Estado de Deportes y Recreación.

10. Los principios generales del derecho

Este conjunto de disposiciones que generalmente se reconocen como principios generales se expresan en forma de máximas y frases que la experiencia jurídica ha ido decantando como válidas en cualquier tipo de relación y situación social. Son reglas que se refieren a principios de justicia y equidad que cubren las decisiones lógicas sobre un asunto en particular.⁴³

Sin embargo, su aceptación como fuente del derecho es muy relativa, y nuestra Suprema Corte, en una sentencia de 1999, ha rechazado la posibilidad de aceptar estas máximas y principios, bajo los criterios siguientes:

“Considerando, que aún cuando se le reconoce a la Suprema Corte de Justicia como Corte de Casación en uso del poder creador del derecho que se le atribuye, considerar como pertenecientes al derecho positivo, algunas máximas y principios, esto es sólo posible, si esas máximas y principios, están contenidos explícita o implícitamente en algún texto de ley... Que de aceptarse la violación de principios generales y máximas como medio de casación, sin el soporte de la ley, la Corte de Casación transgrediría la prohibición hecha al juez por el artículo 5 del Código Civil de estatuir por vía general y reglamentaria...”⁴⁴

43 Cf. Pág. 13 del trabajo del Dr. Suárez González

44 SCJ CAMARA CIVIL, 6 de octubre de 1999; B.J. 1067. Pág. 176.

11. *La Costumbre*

“La costumbre es una regla que emana directamente del pueblo, general y permanente, y que está reconocida como obligatoria por la autoridad”.⁴⁵ Así definen los hermanos Mazeaud esta fuente que tuvo gran importancia en el pasado en Europa y otros países, pero que en la República Dominicana no ha tenido gran arraigo por diversas razones, entre las que destaca la de ser un pueblo joven en materia jurídica.

Las fuentes de interpretación.

Los franceses distinguen entre las fuentes *directas*, que ya hemos mencionado, verdaderamente creadoras de derecho, y las *fuentes de interpretación*, entre las cuales incluyen, *la jurisprudencia, la doctrina y la práctica*.

La Jurisprudencia

Ciertamente, el juez dominicano, cuando está conociendo un caso, está obligado por la disposición del artículo 4 del Código Civil que establece que “el juez que rehusare juzgar, pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”.⁴⁶ De ahí la obligación del juez de “crear” derecho ante la insuficiencia de las normas existentes. Por supuesto, en materia penal, el juez prevaricaría si condena a un acusado sin existir ley previa que incrimine el hecho por el cual se le acusa, en virtud del principio de *Nullum delictum, nulla pena sine previa lege*.

Es por tanto evidente el poder creador de reglas de derecho del juez que debe siempre interpretar los textos para adecuarlos a las realidades de los hechos presentados ante él por las partes en el proceso.

Sin embargo, la capacidad de la jurisprudencia para producir reglas de derecho se ve limitada por la disposición del artículo 5 del Código Civil que prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria.⁴⁷ Este argumento ha sido utilizado también por un distinguido jurista dominicano ya fallecido, el licenciado Federico C. Álvarez, para negar la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia pueda, en funciones de Corte de Casación, establecer y mantener la unidad de la jurisprudencia nacional, como establece el artículo 2 de la Ley No. 3726, sobre Procedimiento de Casación.⁴⁸

45 MAZEAUD, Op. Cit. Pág. 135.

46 CODIGO CIVIL RD, Art. 4

47 Cf. CODIGO CIVIL RD. Art. 5

48 Cf. ALVAREZ, FEDERICO C., “Finalidad del Recurso de Casación, Santo Domingo, 1967.

El licenciado Álvarez sostiene en un argumentación, que la unidad de la jurisprudencia nacional se mantiene por “la estructura lógica del proceso judicial... y de la existencia de un tribunal único de jurisdicción nacional”, y que la limitación de los envíos tiene como fundamento lógico la finalización de la litis que de otra manera, se prolongaría indefinidamente. *“Conviene hacer notar, dice Álvarez, que al no atribuir carácter de obligatoriedad al precedente judicial, el legislador no ha hecho más que ajustarse a los principios generales que rigen la administración de justicia, según los cuales lo único que tiene fuerza de verdad legal en las resoluciones judiciales es la cosa juzgada y que la interpretación de la ley que hace el juez solo vale a título de explicación y de justificación del fallo, sin poder producir ningún efecto respecto de otro asunto, en virtud del principio que consagra el artículo 5 del código civil, que prohíbe al juez juzgar por vía de disposición general y reglamentaria... La interpretación de la ley que estableciera jurisprudencia por vía de autoridad sería una ley, y es un axioma que los jueces no pueden legislar”*.⁴⁹

Aunque esta disposición de que “los jueces no pueden legislar” fue tomada por los revolucionarios franceses como una protección para evitar que la aristocracia creara un poder legislativo paralelo por medio de la función judicial, y para muchos sólo tiene un valor histórico, sin embargo encuentra su explicación jurídica actual en las disposiciones constitucionales de la separación de los poderes, en las cuales la labor de la Corte de Casación de fijar una interpretación de carácter obligatorio para un caso determinado determina que la labor técnica del juez, es decir, aplicar la ley, se haga correctamente, y que los tribunales sirvan de garantía para el respeto a la jerarquía legal y la seguridad jurídica en el país. Por tanto, no se trata de una disposición de carácter histórico que pudo haber perdido su razón de ser. Es un concepto vivo, de gran valor práctico y de notable eficacia jurídica.

La Doctrina

La doctrina no tiene sino un papel indirecto en la creación de derecho. La opinión de un autor no se impone a los tribunales ni al legislador, pero su influencia puede ser determinante en la creación del clima necesario para la aprobación de una ley o para una nueva orientación de la jurisprudencia.

La Práctica

A través del uso extendido de ciertas fórmulas, la práctica tanto en los bufetes de abogados como postulando en los tribunales, o en las

49 Ibid. Cf. REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS No. 15, noviembre 1985, donde aparece un resumen del trabajo del licenciado Álvarez.

instituciones al aplicar la ley, pueden crear fórmulas que sirven de guía para aclarar orientaciones de la regla de derecho que se convierten en reglas en sí mismas y, por tanto, crean derecho.

Así, por ejemplo, ciertas prácticas institucionales han ido ganando precisión y son respetadas a pesar de no constar en texto legal alguno. Entre ellas se puede citar la costumbre de escoger como legislador, cuando se ha producido una vacante definitiva, al que aparezca primero en la lista sometida por el partido político correspondiente.⁵⁰ Nada, sin embargo, impide que se varíe la práctica.

Asimismo, en materia penal, aunque el Código Penal diferencia claramente los elementos constitutivos de la tentativa de homicidio y de las heridas, resulta muy difícil lograr que un tribunal, ante un prevenido que ha herido a una persona, lo juzgue por tentativa de homicidio, aunque la puñalada o el balazo le hayan sido infligidos a una pulgada del corazón.⁵¹

El Conflicto Jurídico

En “The Nature and Value of Rights”, el distinguido filósofo del derecho Joel Feinberg, invita a imaginar un mundo, “Nowheresville”, en el cual no hay derechos.⁵² En ese mundo, nadie podría pretender la propiedad de nada, tener la seguridad de algo y su compromiso de hacer o no hacer no conlleva obligación ni penalización alguna. Por supuesto, no hay acuerdo sobre nada porque no hay reglas que cumplir ni qué obedecer. No hay demandas ni sanciones, ni se puede aspirar al reconocimiento de nada. Una sociedad así no tiene conflictos pero vive en un caos permanente.

Paradójicamente, el conflicto jurídico surge cuando, al ceder parte de esa libertad absoluta, aceptamos unas reglas que crean unas pretensiones que, a su vez, originan unas demandas. Estas reglas, por su parte, pueden crear inmunidades, potestades, libertades, y sirven de base a la validez de las pretensiones. La solución del conflicto jurídico puede lograrse de varias maneras en cualquier sistema, aunque en los tiempos modernos, los sistemas organizados reconocen una serie de soluciones de carácter institucional u orgánico que se consideran las más apropiadas para el encausamiento ordenado de las demandas.

El ordenamiento jurídico nuestro reconoce varias soluciones institucionales al conflicto, como son la solución negociada, el arbitraje y

50 La Constitución establece el procedimiento de sustitución en los artículos 19 y 20, pero no estatuye a quién debe elegirse de la terna presentada y la práctica ha señalado al primero de la terna.

51 Cf. CODIGO PENAL RD. Art. 2, para la tentativa de homicidio y 304 para las heridas intencionales.

52 Cf. FEINBERG, JOEL. “Rights, Justice, and the Bounds of Liberty”, Princeton Series of Collected Essays. New Jersey. 1980

el fallo judicial. En el primer caso, las partes se ponen de acuerdo sobre los puntos en conflicto y generalmente, redactan un documento con el contenido del mismo. En el arbitraje, acuden a un árbitro bajo la premisa de la aceptación del laudo arbitral que debe ser homologado por un tribunal.⁵³

En el caso de la litis judicial, queda implícito que al aceptar las partes la jurisdicción de un juez, han decidido dejar en manos de un poder organizado de acuerdo a las reglas del Estado, el destino de sus pretensiones.

Sin embargo, en nuestro país, la eficacia del arbitraje se ha visto afectada por una característica de nuestro sistema judicial: su lentitud. En esa virtud, la parte que no desea cumplir con sus obligaciones contractuales acude al sistema judicial para darle largas al asunto, a sabiendas de que, ante una causa perdida, la celeridad del arbitraje lo obligaría a cumplir en un plazo corto.

La jurisdicción de juicio, por su lado, ha visto entorpecida su labor al carecer de instrumentos legales en forma de códigos y leyes, modernos y con procedimientos ágiles. Los jueces quedan al albur de la propia realidad social en que se desenvuelve su labor un sistema de justicia lleno de carencias.

No obstante, el juez debe ver siempre el conflicto jurídico como uno de *lege ferenda*, es decir, un problema cuya solución reside en el equilibrio entre el interés individual y el interés social. Ahí está la justicia.

53 Las Cámaras de Comercio y Producción de Santo Domingo y Santiago han creado sendos Consejos de Conciliación y Arbitraje, con reglamentación propia, que funcionan adecuadamente. Cada día es mayor el número de contratos que incluyen una cláusula de conciliación y arbitraje.

Tema 2

Los Fines del Derecho

Autores:

Enrique Domínguez Suárez

Abogado

Profesor de Derecho mercantil

José Javier Irureta Fonseca

Abogado

Profesor de Derecho Civil

Sumario

2.1 Introducción.

2.2 La seguridad jurídica:

- El ciudadano frente al Derecho y frente al Estado.
- El Estado de Derecho.
- La división de poderes.
- Los derechos fundamentales.
- La Seguridad Social.
- La Constitución receptora y garante.
- La seguridad del tráfico jurídico.

2.3 La justicia:

La igualdad y la proporcionalidad como manifestaciones de la justicia y su recepción en las constituciones.

Lo ‘justo’ en abstracto y en relación con el tiempo y el espacio.

Los Principios Fundamentales del Derecho en las Constituciones.

2.1 Introducción

La primera cuestión que se plantea es la de si el Derecho tiene fines específicos, y en un sentido negativo se abren dos direcciones.

Los que consideran que el Derecho no constituye sino un aparato coactivo carente de valor ético y político, ya que su valor depende del fin trascendente al Derecho, debida a Kelsen¹ y aquéllos que consideran que el Derecho puede utilizarse para una gran cantidad de fines, constituyéndose en un arma en manos del legislador que le permite buscar distintos propósitos, por lo que no hay fines específicos del Derecho, que se configura como un instrumento de control social, e incluso como un instrumento que regula las condiciones de legitimidad del uso de la fuerza.²

En principio, la finalidad o la misión del Derecho es la resolución de los conflictos interindividuales. Y evidentemente, con ello lo que se busca es el bien común, de ahí que algunos autores sitúan al bien común como uno de los fines del Derecho.

No es que no sea cierto; sin embargo, no se trata de un fin específico del Derecho, de manera que no parece una finalidad característica, sin perjuicio de que efectivamente, el bien común se obtiene como consecuencia de la resolución pacífica de los conflictos.

Por ello, la mayor parte de quienes se han acercado a este tema señalan a la Justicia y la seguridad como fines del Derecho³.

Por consiguiente, lo que podemos afirmar es que el Derecho tiene como finalidad la resolución de los conflictos; pero ello debe hacerse bajo la idea de obtener en la solución de tales conflictos una respuesta satisfactoria que ofrezca seguridad y que se haga en el sentido de la justicia.

2.2 La Seguridad Jurídica

Como señala HAHTTENHAUER⁴, Kant elaboró para el Derecho la metafísica de la libertad, desplazando la teoría de los deberes, de manera que el Derecho sería el conjunto de condiciones que hacen posible conciliar una ley general de la libertad, el libre arbitrio del uno con el libre arbitrio del otro. En este sentido continúa señalando el profesor de Kiel, que el volumen de libertad civil en una determinada cultura se deduce de su grado de seguridad jurídica. Si cualquier persona puede recurrir al Juez y

1 Kelsen, H. "La Teoría Pura del Derecho". Madrid. 1933.

2 Lumia G. "Principios de Teoría e Ideología del Derecho". Madrid

3 Latorre A. "Introducción al Derecho". Barcelona. Ariel. 1991. pág. 33 y ss.

4 Hahntenhauer, H., "Conceptos fundamentales..." cit., pág. 200.

prever como probable un juicio público basado en la ley vigente, entonces se ha alcanzado el ideal de libertad.

Si es así, debe admitirse también la idea de seguridad, que considerada como uno de los fines del Derecho, se apoya en el postulado de la libertad, en este sentido ANGEL LATORRE⁵ se refiere a las distintas manifestaciones de la seguridad como uno de los fines del Derecho, desde la simple paz social, es decir, la existencia del Derecho como criterio (conjunto de normas) que permiten resolver los conflictos sociales sin recurrir a la violencia; supone ya el principio de seguridad como uno de los nortes o integrantes del propio concepto del Derecho.

El ciudadano frente al Derecho y frente al Estado.

El Derecho debe ofrecer a los ciudadanos seguridad, pero en ocasiones, si no cumple determinados requisitos, el Derecho puede convertirse en sí mismo en una fuente de inseguridad, y para evitarlo, es necesario que reúna una serie de requisitos o características.

En primer término, el ciudadano tiene el indudable Derecho de conocer las normas. Esta es una vieja aspiración, porque ligado el Derecho y la función de juzgar en los tiempos primitivos a aspectos religiosos, sólo una clase de ciudadanos pueden conocer las normas, e, indudablemente, el resto, queda inmerso en la enorme inseguridad de desconocer los criterios con los que han de resolverse los conflictos de pretensiones existentes.

Por ello, la aparición de códigos y la posibilidad de su conocimiento, han constituido una lucha de la humanidad frente a determinados grupos sociales, y quizás el ejemplo que conocemos mejor sea la publicación en Roma de las Doce Tablas; que supone para la plebe el conocimiento de las normas hasta entonces en manos de los pontífices o de los patricios.

Pero incluso hoy, debe hacerse hincapié en la exigencia de publicación de las normas, pues aunque constituya la regla general, tenemos ejemplos, desgraciadamente no muy lejanos en el tiempo, en el que aparecen normas secretas, que recuerdan a aquellas antiguas normas “in pectore”, especialmente en regímenes dictatoriales o totalitarios.

Una ley que no se publica, no sólo es un atentado a la seguridad, sino que pone de manifiesto que el legislador tiene vergüenza de dar a conocer las normas o criterios que rigen una comunidad.

Incluso hoy, observamos en la maraña legislativa que resulta de una excesiva actividad no ya solo por los Parlamentos, sino especialmente en

5 Latorre, A. “Introducción al Derecho”, cit. págs. 34 y ss.

normas con rango inferior a Ley escrita que emanan del Ejecutivo; que precisamente por su número, o en ocasiones por alguna negligencia, no llegan a publicarse, y se aplican, sin dicha publicación.

Es obvio que las Constituciones, afortunadamente vienen recogiendo la publicación como requisito fundamental de las normas.

Algunos han puesto de manifiesto que no basta con que las normas se publiquen - con ser una exigencia fundamental- sino que es necesario que se hagan de manera que puedan ser conocidas. En este sentido, existen numerosos países, en África, en los que no se corresponden los idiomas de publicación de las normas con los distintos dialectos tribales, que se hablan, especialmente, en zonas más recónditas, y se hace necesaria una labor de traducción, e incluso de explicación del contenido de esas normas.

Más difícil será calibrar la exigencia de la redacción clara de las normas, pues los conceptos de claro y oscuro, e incluso el estilo literario, son altamente opinables, y no ha de olvidarse que la norma jurídica puede, en ocasiones, no ser clara para quien no conozca o esté familiarizado con la terminología jurídica; pero una exigencia de precisión hace imprescindible utilizar conceptos jurídicos, que recogen matices que una redacción aparentemente más clara no podría recoger.

En torno a la publicación de las normas, respecto de la seguridad jurídica suele mencionarse un aspecto de enorme importancia y es en relación con las leyes o disposiciones sancionadoras, la exigencia de la tipificación. No es sólo la exigencia de que no pueda imponerse sanción sin que exista una disposición sancionadora previa (“nulum crimen, nula pena, sine previa lege”) sino que las conductas por acción u omisión que dan lugar a la imposición de la sanción, aparezcan perfectamente descritas en la norma, de tal manera que resulta impugnable y combatible aquella norma que vulnerando el principio de tipicidad recoja expresiones genéricas, en la descripción de tales conductas, pues con ello el ciudadano se ve inmerso en la enorme inseguridad jurídica que supone, aun conociendo la norma, ignorar si su conducta está comprendida en ese marco amplísimo que permite cumplir la exigencia de existencia de una norma antes de la sanción, sólo formalmente, cuando la garantía que ha de buscarse no es solamente formal, sino de especificación concreta. De ahí se deriva el principio fundamental de que no puede aplicarse en el Derecho sancionador no favorable la analogía pues sólo se sancionan las conductas concretamente descritas, y no otras aunque sean semejantes.

Cuestión muchas veces aludida en materia de seguridad jurídica respecto de la eficacia de las leyes, es la de la retroactividad.

En el fondo de la cuestión de la retroactividad, está siempre la idea de seguridad jurídica para que el ciudadano no pueda verse sorprendido por un castigo que surja de una ley posterior a su acción, y por otro lado, la necesidad de sustituir las viejas leyes por las nuevas, que, por hipótesis, se suponen mejores, y por consiguiente no parece tener sentido aplicar las antiguas, que, como decimos “[por pura hipótesis, pues de otro modo no se hubiera producido el cambio], se consideran mejores; y en cierto modo detrás de esta discusión está, como se ha apuntado reiteradamente, una cierta tensión entre posiciones más conservadoras o progresistas.

La cuestión debe resolverse de dos maneras: estableciendo que todo aquello que pueda ser perjudicial no puede ser retroactivo, y por consiguiente, no cabe en razón de la seguridad jurídica admitir la retroactividad cuando se trata de aquellas disposiciones que pueden limitar los Derechos adquiridos, pero también, cuando se trata de disposiciones sancionadoras, negativas (en el caso de las llamadas disposiciones sancionadoras favorables que implican una menor pena o la desaparición de la sanción, debe aplicarse la norma retroactivamente, por evidentes razones de justicia, y de tratamiento igualitario.

Pero también el Derecho, debe desempeñar una función de seguridad del *individuo frente al Estado*, tomando aquí la palabra Estado en un amplísimo sentido que comprenda las diversas formas de organización política en la historia, y naturalmente las distintas formas de organización del Estado en nuestro días, porque cuando aludíamos a las consideraciones negativas sobre los distintos fines del Derecho, parece claro que, [y éste es uno de los frutos de la reflexión sobre los fines del Derecho], éste debe suponer el freno al Estado, que convierta a los súbditos en ciudadanos.

Dentro de esta rúbrica general, destacaríamos tres aspectos, cuales son; la concepción del Estado de Derecho, la división de poderes, y los derechos fundamentales, los tres como manifestaciones de la seguridad jurídica como fin del Derecho frente al Estado.

El Estado de Derecho.

Con esta certera expresión se designa una realidad que hoy nos parece incontestable y casi en el ser de las cosas, y es que el Estado, el poder político, está también sometido al Derecho. El Derecho emana y es creado y es elaborado por el Estado, pero eso no impide que el propio Estado esté sometido al Derecho.

Pero esa formulación, como señalábamos, sencilla, se nos ofrece con todo su vigor si contemplamos las situaciones anteriores, por ejemplo la situación del Estado feudal, en la que el señor feudal; que ostenta el poder político de una determinada comunidad, está más allá del Derecho.

Desgraciadamente también en nuestros días cuando algún dirigente manifiesta que sus únicos jueces son Dios y la Historia, están olvidando el principio fundamental del Estado de Derecho⁶.

Aun cuando esta formulación del Estado de Derecho haya merecido algunas críticas, especialmente desde el punto de vista dogmático, en este sentido Kelsen, “como ser metajurídico, como especie de ‘macroanthropos’ omnipotente o de organismo social, es el Estado supuesto del Derecho, y, a la vez, un sujeto jurídico que supone al Derecho en tanto a éste sometido y por éste obligado y facultado. Tal vez la afamada teoría de ‘Las dos caras y de la auto-obligación del Estado’, que se mantiene con tenacidad sin ejemplo, a pesar de las palmarias contradicciones que cada vez más se le enrostran.

La negación del Estado de Derecho, así concebido, conduce a una superlegitimación del despotismo, y si bien es cierto que el Derecho no sólo se legitima por suponer un elemento de seguridad frente al Estado, sino por exigirse que a su vez el Derecho que crea el Estado y al que se somete, se legitime por la justicia como después veremos.

La división de poderes.

El principio filosófico y también organizativo de la división de poderes, es lugar común en la organización del Estado Moderno, y encuentra su reflejo doctrinal en la formulación de Montesquieu, con muy diversos antecedentes en los que por su proximidad, tanto cronológica como de formulación destaca la del inglés Locke.

Es perfectamente conocida la división en los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que por su extensión ha sido tal; que en muchas ocasiones no encontramos la formulación expresada en los textos constitucionales, pero en su propia estructura, se distinguen capítulos o partes separadas dedicadas a la regulación de los tres citados poderes, por un lado, como queda dicho, el poder legislativo que reside en la Cámaras con distintos nombres, y que ejercen la potestad legislativa y además controlan tanto ‘a priori’, mediante la aprobación de los presupuestos como ‘a posteriori’ la acción del gobierno.

6 Kelsen. “Teoría pura del Derecho”, pág. 155 y ss. Méjico. 1979. “El sometimiento del Estado al Derecho es perfectamente compatible con los principios de inviolabilidad con las opiniones manifestadas en el ejercicio de las funciones, la inmunidad de los congresistas, o del jefe del Estado, ya que tales principios, tiene como finalidad la salvaguarda de la independencia en su gestión, pero no supone estar extramuros del Derecho, de manera que pueden ser juzgados, si bien con arreglo a determinados requisitos condicionantes”.

El poder ejecutivo representado por el gobierno que es quien dirige la política interior y exterior y desarrolla la administración; ejerciendo la función ejecutiva y también lo que se ha definido como potestad reglamentaria, es decir, la elaboración de normas jurídicas escritas con destinatario general, pero de rango inferior a la ley, en sentido estricto, que emana de los parlamentos, es decir, del poder legislativo, y en tercer lugar, el poder judicial es el encargado de juzgar y llevar a efecto lo juzgado.

El origen y justificación de la división de poderes,[y de ahí que lo mencionemos al hablar de la seguridad del ciudadano frente al Estado] está en evitar la concentración de poder, con objeto de precaver la posibilidad de abuso de poder por parte del Estado, procurando así, que unos poderes controlen a los otros, estableciéndose un sistema de contrapesos y balances, que redunde en beneficio del mayor control, y en último término, en favor de una mayor libertad de los ciudadanos, alejando el riesgo de despotismo.

Sin embargo, esta formulación que tiene su reflejo práctico en las Constituciones, como apuntábamos más arriba tiene también reflejo práctico en la aplicación diaria del Derecho.

En primer lugar, porque plantea el problema de la jerarquía normativa, de manera que las normas emanadas del poder ejecutivo tienen rango inferior a las que emanan del poder legislativo, y por consiguiente, no puede el Gobierno bajo la disculpa de ejercitar su acción reglamentaria contradecir las normas contenidas en las leyes ordinarias; y mucho más en las leyes especialmente consideradas por razón de su contenido y, naturalmente, en la Constitución.⁷

También en esta cuestión subyacen temas de tanta importancia como el valor de la Jurisprudencia, y las posibilidades de los jueces en la aplicación de la ley, y como corolario de lo anterior, el establecimiento de un específico recurso, para evitar que cada uno de los distintos jueces y tribunales puedan convertirse en legislador ;especialmente a partir de la creación, precisamente en Francia del Tribunal de Casación, y del recurso que lleva ese nombre. El tema es importante porque debe recordarse que en los textos internacionales de derechos humanos y con relación al derecho penal, se exige el principio de la doble instancia, es decir el del recurso, y no debe confundirse el recurso como tal,[es decir, la idea de revisar una resolución condenatoria recaída en materia penal permitiendo al tribunal volver a tomar en cuenta todos los

7 “La técnica legislativa permite en ocasiones ya sea por razones de urgencia o de complejidad que con el control anterior o posterior de los parlamentos el ejecutivo pueda dictar normas con rango de ley ordinaria, pero ello es excepcional, y siempre, como queda dicho, bajo el control del poder legislativo.”

elementos del caso] con la existencia de un recurso con finalidad unificadora o de protección de la división de poderes, porque en tal caso, no se trata de un recurso para volver a examinar un determinado supuesto sino para evitar disfunciones, lo que determina, como en el caso del tradicional recurso de casación, limitaciones de conocimiento, en razón de esa finalidad. Por eso son muchos quienes opinan que no se cumple el principio de la doble instancia en Derecho Penal cuando el segundo recurso es un recurso de unificación y no un recurso en sentido estricto.

Los derechos fundamentales

Es importante señalar que existe una variada terminología, pues junto a la expresión ‘derechos fundamentales’, encontramos otras como ‘libertades públicas’, y en los convenios internacionales es más frecuente hablar de derechos humanos. Cada una de estas denominaciones tiene sus evidentes ventajas: en la expresión derechos fundamentales, destaca su consideración como elemento básico del ordenamiento jurídico, y por tanto, conviene más a una perspectiva interna de tales derechos. La expresión derechos humanos, conviene más a su carácter ecuménico, y a la idea de consustancialidad con la persona.

En cualquier caso, es necesaria una delimitación en los derechos fundamentales especialmente referidos a su inclusión en las Constituciones, porque junto a tales derechos, que los son en sentido subjetivo y estricto; existen también una serie de principios fundamentales, que pese a su carácter básico, no otorgan al individuo ninguna facultad, y por ello, no pueden ser considerados como ‘derechos’.

Afortunadamente, la historia de estos derechos fundamentales es la historia de su crecimiento, así, JELLINEK, señalaba que en una primera fase hay una serie de derechos para el individuo que abandona su condición de súbdito para contar con un ámbito de libertad, y así aparecen el derecho a la libertad personal, el derecho a la vida, el derecho a la intimidad, etc... En un segundo estadio el individuo puede exigir del estado el respeto a sus derechos como ciudadano, configurándose así los derechos civiles entre los que destacan las garantías procesales, y en un tercer estadio, se convierte el ciudadano en partícipe de la actuación del estado, y se incluyen los derechos de participación, sufragio, etc...

De igual manera, el fenómeno de la internacionalización y regionalización de los derechos humanos⁸, revela también ese aumento de la lista o elenco de tales fundamentos.

8 CASESE, Antonio. «Los derechos humanos en mundo contemporáneo». Ariel. Barcelona 1991

Sin embargo, es forzoso reconocer que no se trata de un avance en una sola dirección pues en ocasiones, se observan retrocesos, crisis, y paralizaciones de esta evolución; aunque el salto de los últimos siglos es claramente beneficioso, y la incorporación a las constituciones y a las declaraciones universales o regionales constituyen en si misma un avance de la civilización. Uno de tales derechos fundamentales es el de la igualdad o no discriminación, que puede ser contemplado y así lo haremos en este trabajo, desde el punto de vista de la justicia. En ese elenco de derechos fundamentales podemos citar los siguientes:

El derecho a la vida y a la integridad física y personal, el derecho al honor, a la intimidad, personal y familiar, y el derecho a la propia imagen; el derecho de libertad ideológica y religiosa; la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia y otras comunicaciones, incluso de medios audiovisuales o de comunicación modernos; la libertad de residencia y el derecho de desplazamiento, y una serie de derechos de libertad, que atañen a la detención, la pérdida de la libertad; en virtud de decisiones relativas a las actuaciones procesales y preprocesales penales, la prisión preventiva, etc...

La libertad de expresión e información, incluyendo la prohibición de censura previa, la libertad de producción y creación literaria, artística, científica, y técnica, el derecho a recibir información, y los derechos constitucionales de los periodistas; tanto el secreto profesional de las fuentes, como la cláusula de conciencia.

Junto a ellos los derechos denominados políticos, especialmente los derechos de reunión y asociación, los derechos de sufragio activo y pasivo y el derecho de petición.

Los derechos relativos a la educación, tales como el derecho a la educación, la libertad de cátedra, o la libertad de creación de centros de estudios.

Los derechos relativos al mundo laboral, entre los que destacan la libertad sindical, y el derecho de asociación empresarial, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga.

Los derechos de ámbito económico y social, la protección de la propiedad privada, y la garantía de expropiación, el derecho de libertad de empresa.

La tutela judicial efectiva.

La existencia y reconocimientos de estos derechos fundamentales, en una norma jurídica, constituyen también manifestación por tanto, de la seguridad jurídica del ciudadano frente al propio Estado, pero eso no

quiere decir que tales derechos sean ilimitados, puesto que tiene límites intrínsecos y extrínsecos, como todos los derechos subjetivos, y particularmente entre los últimos, los derivados de la existencia de otros derechos fundamentales con los cuales puede existir colisión.

Y por último, también, las posibilidades de limitación de estos derechos, cuyas limitaciones deben atenerse al procedimiento legalmente establecido y con observancia de las garantías que tiene también carácter fundamental.

La Seguridad Social.

El Estado de derecho tiene un sentido en cierto modo negativo, se trata de evitar que se mantenga el absolutismo existente hasta ese momento, y se trata de proteger la libertad de los individuos frente a la opresión.

Sin embargo, una vez conseguida esta fase, a lo largo del siglo XX, los ciudadanos deciden sustituir el denominado estado liberal por el estado de prestaciones, exigiendo al Estado, no sólo la neutralidad, su actuación como árbitro, y el respecto al derecho de los ciudadanos, sino prestaciones para éstos, (según la célebre frase “desde la cuna hasta el sepulcro»); especialmente en aquellas situaciones de particular infortunio, cuando ha disminuido por razón de la edad la capacidad laboral, o cuando tal disminución se produce como consecuencia de deficiencias físicas derivadas de perturbaciones internas o agresiones externas, o cuando algún miembro de la familia [que ha asumido particularmente la obligación del sustento] pierde la vida; dejando en desamparo a los demás miembros de la familia dependientes económicamente de él ; o cuando se ha perdido el puesto de trabajo, que permite sufragar el mantenimiento de la persona y de quienes de ella dependen; situaciones todas ellas que darán lugar a las prestaciones de jubilación, incapacidad, viudedad, orfandad, desempleo, etc... Pero también se trata de proveer a los ciudadanos de una serie de prestaciones de las cuales destacan tres, por encima de todo: la prestación de la asistencia médica, la prestación de la asistencia educativa y la prestación del servicio de la administración de justicia.

Pues bien, toda esa actividad de prestación, o una gran parte de la misma tiene una regulación jurídica que suele denominarse precisamente derecho de la Seguridad Social, es decir, una vez más la manifestación de la seguridad como fin que el derecho persigue, a favor de los ciudadanos

La Constitución receptora y garante.

Como hemos dicho ya, las Constituciones modernas se diferencian de las constituciones más antiguas porque el elenco de derechos

fundamentales y el compromiso de atención, de seguridad, y de prestaciones a los ciudadanos es mayor. En las Constituciones modernas encontraremos la referencia al Estado de Derecho ya sea una referencia expresa o ya sea una referencia tácita por cuanto con separación se regulan los poderes del estado y la parcela de actuación que cada uno de ellos corresponden, y además los sistemas para resolver los problemas de competencia que pueden darse entre tales distintos poderes.

Se regulan también los derechos fundamentales a los que JELLINEK se refería, y los que aparecen después de él, que se refieren al ya aludido ‘Estado de prestaciones’.

Y la Constitución no solo representa por tanto, la recepción en el texto jurídico del mayor nivel de cada comunidad de todo este conjunto de manifestaciones de la seguridad del ciudadano frente al Estado, sino que el propio texto legal garantiza la efectividad jurídica y de hecho, de tales manifestaciones, y a su vez determina que el Estado garantiza dichas manifestaciones.

La seguridad en el tráfico jurídico.

El Derecho debe, en la función que le es propia de resolución de los conflictos, ofrecer certeza y seguridad en las relaciones jurídicas; nada tan perturbador para el tráfico jurídico como la inseguridad y falta de certeza en las relaciones.

Es verdad que en algún caso, esta seguridad del tráfico jurídico o seguridad en las relaciones jurídicas puede estar en cierta oposición con la justicia en la medida en que se produce un sacrificio para el titular de un derecho, en beneficio de otras personas, lo que puede aparecer en primer término como injusto.

Manifestaciones de esa seguridad del tráfico jurídico son la prescripción tanto en su forma adquisitiva o usurpación como en forma extintiva, ya que en este caso, el transcurso del tiempo unido a otras circunstancias, determinará que una persona adquiera un derecho que no tiene o se extinga aquél que ya poseía.

Lo que se busca aquí, es que exista certeza en las relaciones jurídicas y que una situación de incertidumbre de quien es titular del derecho que otro detenta, o de quien es titular de un derecho en el que transcurren ciertos plazos sin ejercicio, no se perpetúen en el tiempo, quedando consolidados los aspectos legítimos de apariencia, para que los ciudadanos puedan saber a qué atenerse.

De igual manera, las denominadas adquisiciones ‘a non domino’, es decir los excepcionales supuestos en que se admite que alguien pueda

transferir lo que no tiene, quedando ese adquirente, siempre que sea de buena fe, es decir, ignorante del vicio de su adquisición, protegido en tal adquisición, quedando privado de ella el anterior propietario.

El funcionamiento en algunos casos, de un sistema registral (por ejemplo, el Registro de la Propiedad) puede dar lugar a situaciones parecidas, pero el no adoptar tales decisiones, sumiría al tráfico jurídico en el caos de la incertidumbre.

2.3 La Justicia.

No puede hablarse de la justicia sin citar a John Rawls, especialmente, debemos recordarle en este momento, ya que ha fallecido el día 24 de Noviembre de 2002.⁹

Es cierto que desde una posición positivista tradicional, la justicia, tanto si la consideramos como un fin del derecho como si no, es algo extraño al concepto de derecho, e incluso con parcial influencia kelseniana, BOBBIO¹⁰ distingue entre ciencia jurídica, correspondiendo a ésta el estudio de la justicia, pero manteniéndose la autonomía de la ciencia jurídica, y considerando que la justicia no es un elemento de la definición del Derecho, aunque esta posición ha sido criticada por otros, (DWORKIN¹¹.) Lo cierto es que la referencia a la justicia es de rancio abolengo, y así Celso, en el Siglo II definía el derecho como ‘ars boni et aequi’, debiendo entenderse la referencia a la equidad como sinónimo de la justicia, y la introducción del Corpus Iuris Civilis se efectúa con una referencia a la Justicia. Como señala Lord LLOYD¹², ‘existe un fin más general cuya realización apunta el derecho en todas partes, al que debería apuntar, y que es la “justicia”. Incluso un representante genuino del positivismo como es Kelsen, se despide como miembro activo de la Universidad de California con una conferencia cuyo título es “¿Qué es la Justicia?”¹³, y concluye su exposición con una defensa de la tolerancia

9 En 1971, Rawls, en su celeberrimo libro “Teoría de la Justicia”, que constituye uno de los fundamentales libros jurídicos del Siglo XX, con una concepción profundamente igualitaria, partiendo de la constatación de las diferencias naturales entre las personas, critica al sistema institucional que en lugar de contrarrestar esos hechos del destino, transforma las ventajas o desventajas de origen en ventajas o desventajas sociales, y clamó siempre contra las teorías utilitaristas que justifican el sacrificio de personas o grupos para obtener ventajas futuras que habrían de afectar a otras personas gracias a dichos actos.

10 BOBBIO, N. Teoría...cit., págs. 33 y ss.

11 DWORKIN, R. “Los derechos en serio.”, especialmente págs. 234 y ss. comentando la tesis de John Rawls, expuesta en la “Teoría de la justicia”, ya citada.

12 LLOYD, D. “La idea del Derecho”, cit. pág. 127 y ss.

13 KELSEN, H. “¿Qué es la Justicia?”. Edición española, Barcelona, 1.993, pág. 63.

que nos recuerda a las mejores páginas jurídicas de VOLTAIRE: “Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia.”

GIUSEPPE LUMIA¹⁴ ha recogido en una clasificación muy completa las teorías sobre la justicia, distinguiendo previamente dos clases de indagaciones respecto de la justicia, la primera tendente a acreditar los criterios con arreglo a los cuales deben valorarse la bondad o justeza de las acciones humanas, es decir, el criterio adecuado de las normas para resolver los conflictos.

El segundo tipo de actividad está dirigido a buscar el fundamento y justificación de tales criterios, indagación que designa con el nombre de ‘metaética’.

Las teorías metaéticas a su vez se dividen en dos grandes categorías, el primer grupo que integra las teorías cognoscitivas tendría en común la idea de que los valores son cualidades inherentes a las cosas o a las acciones y que, como tales, pueden ser conocidos.

Las no cognoscitivas, son aquéllas que consideran que los valores son expresión de estados de ánimo subjetivos o de elecciones preferenciales realizadas por la voluntad.

A su vez, las teorías cognoscitivas son divididas por Lumia en naturalistas, racionalistas e intuicionistas; y las no cognoscitivas se dividen en voluntaristas y emotivistas.

Las doctrinas **naturalistas** consideran que la justicia es una cualidad que pertenece a las normas o a las acciones y puede ser objeto como cualidad de comprobación empírica.

Una primera forma del naturalismo jurídico es el utilitarismo, sobre todo con la figura de BENTHAM, enunciándose la distinción entre utilitarismo de la acción y utilitarismo de la regla, el primero se refiere al principio de utilidad de la acción, el segundo al principio de utilidad de la norma que aparece inspirada en la acción, de manera que están valoradas como buenas las acciones conformes con aquellas reglas que conducen al máximo desarrollo de las satisfacciones.

Otra forma de naturalismo es el **iusnaturalismo** en la escuela clásica del derecho natural representada por GROCIO, considerando como justas las acciones y normas necesarias para promover una convivencia ordenada

14 LUMIA, G. “Principios...” cit. pág. 113 y ss.

entre los hombres, en base a la tendencia instintiva del hombre a la sociabilidad.

El segundo grupo **racionalista**, coincide con los anteriores en cuanto a la posibilidad de conocer la justicia, pero frente a los naturalistas que piensan que la existencia puede ser verificada empíricamente, aquéllos creen que se revela sólo por la razón, citándose como típicas de esta orientación las enseñanzas de Kant, sobre la base de la conciliación de la libertad de cada uno, con la libertad de los demás.

Sitúa dentro de las racionalistas al que denomina **teologismo intelectual**, representado por Santo Tomás como iniciador, según el cual la justicia reposa en la racionalidad divina, de la que la razón humana no es más que un reflejo.

Finalmente, los **intuicionistas** consideran que la cualidad justicia puede ser conocida por medio de una peculiar facultad propia del hombre, que es la facultad de la intuición, hundiéndose sus raíces en Platon y representada por la fenomenología de Husserl, Scheler y Hartmann, para los cuales el sentimiento es el instrumento de conocimiento de los valores y los determina con los mismos caracteres de objetividad y evidencia con que la intuición eidética capta las esencias eternas de la realidad.

Dentro de las teorías no cognoscitivas, el primer grupo de teorías **voluntaristas**, están constituidas por lo que denomina el **materialismo jurídico** que se funda en la consideración de que las leyes se imponen por los individuos o grupos sociales más fuertes. El **contractualismo**, considerando como tal aquél que admite que el contrato puede tener cualquier contenido y no el impuesto por la razón de manera necesaria.

También junto a ellas coloca el **teologismo**, en el que más que inspirarse en la sabiduría o en la razón de Dios se inspira en su voluntad, (San Agustín, Scoto, Ockam).

Finalmente el **emotivismo**, que a su vez permite distinguir dos direcciones, una forma psicológica y una sociológica, según que el juicio de valor exprese la preferencia personal o la teoría de las personas que constituyen un grupo determinado. El artículo antes citado de Kelsen, constituye una manifestación del emotivismo, que ha sido desarrollada por sus continuadores.

La dificultad de determinar el concepto de justicia y los criterios que lo integran, ha movido a algunos a establecer un cierto acercamiento por referencia a algunas manifestaciones de la justicia, que formarían parte del propio contenido de la misma, tanto en sentido positivo como negativo.

Así, ANGEL LATORRE considera que debe establecerse en primer lugar, la adecuada distinción entre justicia y legalidad, sobre la reflexión

inmediata de la posibilidad de existencia de leyes o sentencias injustas, distinción que naturalmente no es admisible desde el punto de vista del estatalismo.

La igualdad y la proporcionalidad como manifestaciones de la justicia y su recepción en las constituciones.

No cabe duda que una manifestación unánimemente conocida de la justicia es la igualdad, que se formula con la expresión ‘tratar a los iguales como desiguales y a los desiguales desigualmente’, pues no se trata de tratar a todos igual, sino que el principio de igualdad exige tener en cuenta las desigualdades reales para el trato en la Ley o en la aplicación de la Ley.

Idéntica es la formulación de la denominada ‘no discriminación’, es decir, la prohibición de discriminar a las personas por determinados datos (raza, religión, ideología, etc) y en términos generales no tratarlas discriminadamente, salvo que exista una causa objetiva y razonable de dicha discriminación, expresión, que es idéntica a la desigualdad a la que antes hacíamos referencia, de manera que, podemos afirmar que el principio de igualdad exige tratar a todos por igual, salvo que exista una causa objetiva y razonable que exija el tratamiento desigual o discriminado.

Y esa igualdad, no es sólo la igualdad en la Ley, sino también la igualdad en la aplicación de la Ley.

Por lo tanto, se trata de una doble exigencia de la justicia, referida no sólo a la legislación, sino también a la aplicación de las leyes por el poder judicial.

De tal manera que tendremos una Ley o una Sentencia injusta cuando no se ha observado ese principio de igualdad o de no discriminación, y particularmente, será necesario, conectar el tratamiento igualitario en una Sentencia a quienes se encuentren en igual situación, con la necesaria evolución e independencia judicial. De ahí que cualquier tratamiento desigual, exija la motivación exhaustiva que justifique las razones de dicho tratamiento desigual.

Lo anteriormente expuesto, nos acerca al concepto de la justicia, o por mejor decir, pone de manifiesto uno de los aspectos que integran el concepto de justicia.

Pero es preciso hacer dos salvedades fundamentales: la primera es que el concepto de igualdad no agota el contenido de la justicia, y por lo tanto, si bien la igualdad es una exigencia de la justicia, justicia no equivale a igualdad. Y en segundo lugar, el mayor problema que plantea cuanto acabamos de exponer, son los distintos criterios para saber si en cada caso

concreto que una Ley o una Sentencia contemplan, existen o no razones de discriminación que reúnan el doble requisito de ser objetivas y razonables; así no parece hoy someterse a cuestión la injustificabilidad de la discriminación por razón de sexo, pero en tiempos pasados no fue así, y no hay un tratamiento igual al nacional de un país que al extranjero en ese país, suscitándose en éste y en muchísimos ejemplos, la controversia sobre si nos encontramos ante una desigualdad que justifica un trato desigual.

Del mismo modo que la igualdad, como elemento de la justicia se alude o recoge lo que se ha llamado la justicia distributiva, la proporcionalidad, recoge la justicia conmutativa, y desde una doble perspectiva, por un lado, desde el punto de vista del derecho penal, porque es de justicia exigir una adecuada proporcionalidad entre el supuesto de hecho y la reacción de la norma; o dicho de otro modo entre el delito cometido y la pena que se impone. De ahí que consideraríamos injusta una Ley o una Sentencia, que sancionara de forma durísima con penas de privación de libertad una pequeña infracción, al estacionar un vehículo, y de igual manera, a aquélla que se contentara con imponer una multa modesta a quien hubiera cometido un homicidio cargado de circunstancias de agravación. En ambos casos, diríamos que existe una injusticia, y ello por la falta de proporción entre la acción y la sanción.

En el campo del derecho privado la proporcionalidad se manifiesta como la exigencia de equivalencia entre las prestaciones de una y otra parte, o la adecuada equivalencia, también, entre el resarcimiento y los daños producidos.

Tampoco cabe la menor duda que la proporcionalidad constituye uno de los elementos que integran el concepto de justicia, pero, como en el caso de la igualdad, debe reconocerse que, por una parte, no se agota con la proporcionalidad el concepto de justicia; y por otra, y lo ponen de manifiesto los ejemplos que antes hemos citado, existe dificultad para saber cuál es la adecuada proporción y en ese sentido, tendríamos verdaderas dificultades para obtener un adecuado consenso al respecto; de manera que para algunos la infracción de aparcamiento en una ciudad que sufre graves problemas de tráfico, habría de ser sancionada con la pérdida temporal del permiso de conducir vehículos, siendo así que otros considerarían excesiva, y por tanto, desproporcionada tal sanción, y no digamos en el segundo ejemplo, en el que orillando la discusión sobre la pena de muerte no cabe duda que existirían numerosas opiniones, no ya sólo sobre la duración de las penas privativas de libertad, sino también las medidas a adoptar, etc.

No obstante, igualdad y proporcionalidad, constituyen elementos y exigencias de la justicia y así es frecuente que las constituciones recojan

tales exigencias, particularmente, las relativas al principio de igualdad, que también han sido recogidas en las convenciones internacionales garantizando la igualdad de trato y la ausencia de discriminación por condiciones o circunstancias personales o sociales.

Y también, especialmente en relación con la materia penal, estableciendo prohibiciones de limitación de libertad salvo a través del correspondiente proceso penal, y limitando los efectos de las penas a lo estrictamente necesario, y por consiguiente proporcionado al castigo o persecución del delito.

Lo ‘justo’ en abstracto y en relación con el tiempo y el espacio. los principios fundamentales del derecho en las Constituciones.

Además de cuanto ha quedado expuesto, todos expresamos con frecuencia nuestra opinión acerca de si una norma o una Sentencia es ‘justa o injusta’, y, para realizar dicha afirmación estamos midiendo esa norma o esa resolución con algo que está fuera de ambas, con algo extralegal o extrajudicial. Es esa medida la que produce el efecto de legitimar o deslegitimar la norma o la Sentencia.

Esa legitimación puede ser puramente formal, (por ejemplo, una ley se ha votado en las Cámaras con arreglo al procedimiento establecido, o el juez ha dictado Sentencia observando los requisitos y garantías procesales), pero pese a ese cumplimiento formal, puede seguirse opinando que no son justas aunque formalmente legítimas, por consiguiente, debe haber algo más que el cumplimiento de los requisitos formales.

Desde siempre, se han manejado conceptos semejantes tales como el ideal de justicia, o el derecho natural, como medida de la justicia a la que venimos haciendo referencia.

Y llegados a este punto, es imposible no hacer referencia a los denominados ‘tria iuris precepta’, definidos como vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo (principio de proporcionalidad) y no dañar a otro.

Todos estamos de acuerdo en tales principios, especialmente si se mantienen en un plano de gran abstracción, porque es conocido que las ideas cuanto más abstractas son, mayor consenso producen y de forma inversa, a medida que se concretan, disminuye el consenso, y por ello, estos tres grandes preceptos jurídicos, o no son excesivamente útiles, ya que su interpretación es ambigua, o si se concretan, producirán muy diversas opiniones, porque indudablemente vivir honestamente es distinto para muchas personas de conformidad con su educación, o su entorno social, que cambia en el tiempo y en el espacio, y de igual manera dar a cada uno lo suyo, plantea el problema de determinar qué es lo ‘suyo’ y lo

‘mío’, y finalmente no dañar a otro, no impide que el derecho penal castigue al delincuente, ni que el acreedor reclame al deudor, ni que el arrendador resuelva el contrato con su arrendatario.

Los tres preceptos citados no son sino ‘pistas’ o expresiones afortunadas pero que desgraciadamente, no contribuyen demasiado a concretar la idea de la justicia.

Los principios denominados del derecho natural en sus variadísimas formulaciones, desde Ulpiano, Sto. Tomás de Aquino, Crocio, hasta nuestros días, han defendido la existencia de una serie de preceptos, basados en la naturaleza humana o incluso con connotaciones de carácter religioso, pero lo cierto es que no han podido superar la enorme prueba del transcurso del tiempo, de tal manera que preceptos considerados de indudable derecho natural, hoy tienen una distinta consideración (la esclavitud, discriminación por razón de sexo, etc..)

Por ello, un importante sector de la doctrina enuncia una posición relativista, que sirva para la legitimación de las normas y sentencias, pero sin pretender una esencia inmutable.

Se trataría, de utilizar la idea orteguiana de las ‘ideas y creencias’, es decir, lo que Díez Picazo ha denominado convicciones generalizadas existentes en una comunidad, y que son, directrices generales, convencimientos generalizados y extendidos en esa comunidad, sobre determinadas ideas, que tienen carácter básico de fundamental consenso (aunque a veces no sea consciente), y, tales ideas y tales principios, son elementos básicos de justicia, que permiten desempeñar esa función legitimadora o de comparación a la que nos referimos con anterioridad.

Hoy las Constituciones han recogido los principios jurídicos generales que encarnan esas ideas y creencias. De manera que la referencia no es a una suerte de nebulosa constituida por ideas y creencias, dispersas en una comunidad en un momento dado; con el insoslayable riesgo de que cada uno trate de interpretar tales nebulosas en el sentido de su propia concepción, sino que existe una especie de ‘interpretación auténtica’ de tales principios, en la medida en que han sido recogidos en las Constituciones.

Y ello produce otro efecto beneficioso, y es que si alguien con independencia de su acceso legítimo, quiere imponer una legislación o una aplicación legal en contra de tales principios, es necesario que previamente modifique el texto constitucional, con la exigencia, por consiguiente, de cubrir no sólo los requisitos de modificación de una ley ordinaria, sino los más complejos de modificación del texto constitucional.

En este sentido, en las modernas constituciones podemos encontrar referencias a la propiedad privada, y a la exigencia de que sea respetada

no sólo por el resto de los ciudadanos, sino también por el propio Estado, consagrando las garantías, por ejemplo, de la expropiación forzosa; o las referencias a la función social de la propiedad; o el derecho a un trabajo remunerado; o las referencias a los principios económicos fundamentales, por ejemplo a la libertad de empresa, y un larguísimo etc.

En definitiva, observamos que principios de seguridad, manifestaciones del Estado de Derecho, división de poderes, derechos fundamentales, seguridad social, manifestaciones respecto a la justicia, los principios de igualdad, el principio de proporcionalidad, y los principios generales del derecho; a los que debe ajustarse la ley y la aplicación de la ley, aparecen recogidos en las modernas Constituciones, que desempeñan el papel de referente fundamental de los que hemos denominado fines del derecho.¹⁵

15 En muchos de estos supuestos, no hemos insistido de manera especial, ya que son objeto de consideración, según se nos ha indicado en otras partes del temario, por ej. en materia de derechos fundamentales, división de poderes, etc. (Nota de los autores.)

Tema 3

Evolución Histórica del Constitucionalismo

Autor:

Eduardo Jorge Prats

Abogado

Sumario

3.1 El Constitucionalismo

3.1.1 Modelos constitucionales

3.1.2 Los problemas fundamentales en la historia del
constitucionalismo

3.2. El Constitucionalismo Dominicano

3.2.1 Evolución histórica del constitucionalismo dominicano

3.2.2 Los caracteres esenciales del constitucionalismo dominicano

3.2.3 Los mitos del constitucionalismo dominicano

3.2.4 Los caracteres esenciales de la Constitución dominicana.

3.1 El Constitucionalismo

El movimiento constitucional generador de la Constitución en sentido moderno tiene varias raíces localizadas en horizontes temporales diacrónicos y en espacios histórico-geográficos diferenciados. Por ello, en términos rigurosos no hay un constitucionalismo sino varios: el inglés, el norteamericano, el francés. Pero, si se quiere ser más exacto, habría que hablar de diversos movimientos constitucionales con corazones nacionales distintos pero también con algunos momentos de aproximación entre sí, lo que provee un complejo y rico entramado histórico-cultural. Si hablamos de varios movimientos constitucionales en lugar de varios constitucionalismos, es posible retener una noción básica de constitucionalismo. El constitucionalismo es la teoría o ideología que erige el principio de gobierno limitado y la garantía de los derechos en la dimensión estructural de la organización político-social de una comunidad. El constitucionalismo moderno vendría a ser así, una técnica específica de limitación del poder con fines garantísticos. El concepto de constitucionalismo conlleva, como se puede observar, un claro juicio de valor. Es, por eso, en el fondo, una teoría normativa de la política, como lo es la teoría de la democracia y la teoría del liberalismo.

En otra acepción –histórico-descriptiva-, se habla de constitucionalismo moderno para designar el movimiento político, social y cultural que, sobre todo a partir de mediados del siglo XVIII, cuestiona en los planos político, filosófico y jurídico los esquemas tradicionales de dominio político, sugiriendo, al mismo tiempo, la invención de una nueva forma de ordenación y fundamentación del poder político. Este constitucionalismo se opone al constitucionalismo antiguo, esto es, al conjunto de principios escritos o consuetudinarios que sirven de base a la existencia de derechos estamentales concedidos por el monarca y limitadores de su poder. Estos principios habrían sedimentado desde finales de la Edad Media hasta el siglo XVIII.

3.1.1 Modelos constitucionales.

El constitucionalismo occidental emerge a partir de tres modelos básicos: el inglés, el norteamericano y el francés.

3.1.1.1 Modelo inglés.

El modelo inglés aporta al constitucionalismo occidental varios elementos esenciales de éste. En primer término, la idea de libertad como libertad personal de todos los ingleses y como seguridad de las personas y de los bienes de que se es propietario (Artículo 39 de la Carta Magna). En segundo lugar, la garantía de la libertad y de la seguridad impuesta a

través de la creación de un proceso justo regulado por ley (*due process of law*) en el cual se establecen las reglas que disciplinan la privación de la libertad y de la propiedad. En tercer lugar, la idea de que son los jueces – y no el legislador- quienes regulan y tutelan los derechos fundamentales a través de una interpretación dinámica que conforma el derecho común (*common law*) de todos los ingleses. En cuarto lugar, la idea de que la soberanía reposa en el Parlamento y que ésta se expresa bajo la forma de ley. Por último, la idea de que el poder no debe estar concentrado, sino que es compartido entre los órganos constitucionales (Rey y Parlamento), que es lo que sirve de inspiración al principio de separación de poderes tal como lo elabora Montesquieu.

3.1.1.2 Modelo norteamericano.

El modelo norteamericano no emerge a partir de un movimiento reestructurador de los antiguos derechos y libertades y de la *English Constitution* porque para los colonos esta Constitución alojaba un tirano –el Parlamento- que imponía impuestos a quienes no tenían representación en ese cuerpo soberano (*taxation without representation*). La Constitución norteamericana es inspirada por principios diferentes a los de la *ancienne constitution* y emerge del pueblo que toma decisiones (*We the People*). Se trata de una “Constitución dualista” en la medida en que las decisiones son tomadas en raros momentos por el pueblo (en los “momentos constitucionales”) mientras que el resto de las decisiones son adoptadas por el gobierno. Este es un gobierno doblemente limitado: por la división de poderes del sistema presidencialista y por los derechos fundamentales. Ambos límites están prescritos en una Constitución que, gracias a unos jueces guardianes de la Constitución, no puede ser vulnerada por ninguna ley inferior, so pena de que sea inaplicable por inconstitucional. El control judicial de constitucionalidad convierte a los jueces en un verdadero poder que se coloca entre el legislador y el pueblo.

3.1.1.3 Modelo francés.

El modelo francés se construye a partir de una ruptura con el pasado, con el Ancien Regime, provocada por un “poder constituyente” – conceptualizado por Sieyes- que dota a la nación francesa de una Constitución que reconoce los derechos naturales de los individuos y que pretende construir un orden político artificial basado en el “contrato social” de Rousseau. De los ingleses, este modelo importa la noción de soberanía parlamentaria, idea que tiñe la conceptualización de los derechos fundamentales que sólo serán operativos en la medida en que sean

regulados por ley, nutriendo así la creación de un Estado legicéntrico que, gracias a la inexistencia de un control judicial de constitucionalidad, erige a la ley en la verdadera Constitución de los franceses.

3.1.2 Los problemas fundamentales en la historia del constitucionalismo.

El constitucionalismo no puede ser entendido si no se comprenden sus problemas fundamentales.

3.1.2.1 Constructivismo racionalista.

La Constitución se concibe en la época moderna en el sentido de ordenación sistemática y racional de la comunidad política a través de un documento escrito. Sobresale en esta definición la idea de que la Constitución es un producto de la razón, noción propia del racionalismo iluminista que asume la Constitución como creadora y ordenadora de la comunidad política. Esta idea deriva del dogma de la fuerza conformadora absoluta de las normas abstractas y generales que nutre la teoría de la ley general y abstracta como producto de la razón y manifestación de la voluntad general. Este racionalismo está presente en el pensamiento de Hostos y en el de un Benigno Filomeno Rojas, para quien “la palabra revisar no significaba una alteración material del lenguaje en que estaban concebidos los artículos revisables del Pacto Fundamental, sino una modificación del pensamiento del político, que estaba encerrado en ellos, porque de lo contrario, no se llenaría la mente del legislador al ceñirse a una obra puramente material”.

Conjugado con la dimensión experimentalista, este racionalismo abstracto postula la necesidad de concretizar las construcciones racionales, transformándose de esa forma la ratio en experiencia y los esquemas constitucionales mentalmente elaborados en realidad política. Instrumento clave para esta transformación de la razón en experiencia, es la lengua escrita: el documento escrito es el receptor y codificador de los esquemas racionales y es la expresión formal indispensable del fenómeno de racionalización del ordenamiento político.

3.1.2.2 Liberalismo.

El constitucionalismo está ligado estrechamente al liberalismo, tanto en su vertiente política, a la cual están asociadas las doctrinas de los derechos humanos y la división de poderes, como en su vertiente económica, que se centra sobre una economía de libre mercado. El Estado Constitucional establece las bases políticas indispensables para la

ascensión política de la burguesía a través de la influencia parlamentaria, el diseño de las clásicas funciones del Parlamento –legislación, control del gobierno, aprobación de los impuestos- y el establecimiento del sufragio censitario que permite a las clases dominantes ratificar por la forma jurídica el status conquistado económicamente. Este Estado Constitucional también provee las bases para el desarrollo de la economía capitalista en la medida en que se garantiza la seguridad jurídica, lo cual da la certeza de derecho, necesaria para impedir las arbitrariedades y abusos que se cometían cuando se permitía a los príncipes intervenir en la esfera patrimonial de sus súbditos mediante expropiaciones y alteración por decreto de las leyes. Esta seguridad jurídica, unida a la idea de que los derechos fundamentales sólo podían ser restringidos excepcionalmente y sólo mediante ley, es la base de la Constitución Económica liberal.

3.1.2.3 Individualismo y derechos del hombre.

Las Constituciones liberales son “códigos individualistas” que exaltan los derechos individuales del hombre. Ya lo decía Hostos: “Es necesario reconocer en el ciudadano al ser humano, y en el ser humano, los derechos y poderes que recibió de la naturaleza y que de ningún modo convendría en perder, como positivamente perdería, si la Constitución hiciese caso omiso de ellos”. Por eso, la Constitución dominicana, al igual que la norteamericana y contrario a la francesa, consagra los derechos del hombre en su propio texto y no en una declaración separada. Y lo hace porque el constituyente entiende que si bien estos derechos son naturales, “si el derecho constitucional es necesario, es porque el derecho natural no ha sido suficiente”, con lo que se entiende implícitamente que la consagración constitucional de estos derechos es la única manera de transformarlos en derechos fundamentales, es decir, en derechos institucionalizados jurídicamente y constituyendo derecho objetivamente vigente. En teoría y en los textos, el constitucionalismo dominicano se enmarca en el modelo norteamericano y no en el europeo que considera a los derechos fundamentales como simples declaraciones filosóficas y políticas desprovistas de valor jurídico alguno.

3.1.2.4 Soberanía y legitimidad.

En el constitucionalismo occidental, la soberanía viene a ser un título de legitimación y sólo cuando es ejercida en términos materialmente legítimos se produce la legitimidad. La Constitución de 1844 distingue claramente entre la titularidad de la soberanía que reside “en la universalidad de los ciudadanos” y el ejercicio de esa soberanía que “se ejerce por tres poderes delegados, según las reglas establecidas en la

Constitución” (Artículo 39). No acogen los dominicanos desde el momento de la fundación de la República la teoría de la soberanía nacional construida por los revolucionarios franceses, en virtud de la cual los representantes elegidos por el electorado no eran representantes del pueblo sino de la Nación, y se adscriben al de la soberanía popular, tal como se evidencia en la mayoría de los textos constitucionales.

3.1.2.5 Representación política.

Existe un vínculo estrecho entre la teoría de la soberanía popular y la idea de representación política. La representación política tiene como punto de partida a la teoría de la soberanía popular y la soberanía popular conduce necesariamente al gobierno representativo. Ya lo decía Hostos: “La democracia representativa es la única forma de gobierno natural que existe, porque en ella se aplica a todas las funciones el principio de delegación; porque la elección es el medio de que se vale ese principio; y porque el fin social se puede realizar en esa forma de gobierno, más completamente que en otra alguna”. Los representantes del pueblo en la asamblea legislativa no están ligados al mandato imperativo de sus representados no porque se trata de representantes de la Nación –como estipula la teoría de la soberanía nacional- sino porque “si se reflexiona que los legisladores son seres de razón y de conciencia que no pueden ni deben someter voluntariamente su razón y su conciencia a fuerza alguna; y si se medita en que el pacto tácito establecido entre el representante y el representado se refiere únicamente a los principios de que sean copartícipes y al cuerpo de doctrinas que de ellos deriven, se apreciará la imposibilidad de hacer imperativo un mandato que no puede incluir sino de un modo muy indirecto, y para los casos más obvios, las resoluciones concretas que con su voto se vean forzados a tomar los representantes”.

3.1.2.6 División de poderes.

Desde Montesquieu, el constitucionalismo tiene claro que todo buen gobierno debe regirse por el principio de la división de poderes, pues, como bien establece el Artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”. Todas nuestras constituciones han consagrado y desarrollado este principio y, a pesar de que la realidad obliga a un replanteamiento del mismo, es difícil desalojar un paradigma profundamente enraizado, siendo el dogma de la separación de poderes el artículo de fe más sagrado del constitucionalismo occidental.

3.1.2.7 Presidencialismo.

A pesar de que el constitucionalismo se origina con el parlamentarismo inglés en el siglo XVII, un sistema constitucional no postula de modo necesario la forma de gobierno parlamentaria. Un sistema constitucional comporta variadas formas de gobierno, desde el sistema parlamentario hasta el sistema presidencial. La República Dominicana se constituye en 1844 como república presidencialista siguiendo el modelo impuesto por los Estados Unidos y que toda América Latina emula a partir del movimiento de independencia en el siglo XIX. El sistema presidencial se caracteriza por una separación rígida de poderes, un poder ejecutivo monocéfalo en manos del Presidente, que se elige por votación popular directa o indirecta, que es asistido por un grupo de Secretarios de Estado, nombrados y revocables “ad nutum” y que puede proponer proyectos de ley al Congreso, el cual es libre de aceptarlos o no.

3.1.2.8 Derecho electoral.

El constitucionalismo se desarrolla conjuntamente con el derecho electoral, evolucionando de un derecho que consagraba el sufragio censitario, a un derecho que reconocía el sufragio universal, de uno en el que el voto era una función a un otro en el que el voto es un derecho del ciudadano. La evolución histórica del constitucionalismo dominicano demuestra la progresión desde un régimen en el cual solo votaban los hombres, los propietarios y los alfabetizados a otro régimen en el que efectivamente el derecho al voto pertenece a todos, en el que se hace realidad el lema “one man, one vote”.

3.2. El Constitucionalismo Dominicano.

Comprender el constitucionalismo dominicano implica abordar: (i) su evolución histórica; (ii) sus caracteres esenciales; y (iii) sus mitos, para luego analizar (iv) los rasgos esenciales de nuestra Constitución.

3.2.1 Evolución histórica del constitucionalismo dominicano.

La presentación tradicional de la evolución histórica del constitucionalismo hecha por la doctrina jurídica y la historiografía clásica, parte de una supuesta lucha entre liberales y conservadores. Así, por solo citar un ejemplo, la intención constituyente de 1844, originalmente liberal, quedaría desvirtuada por la incorporación, debido a la presión del General Pedro Santana, del Artículo 210 que le otorgaba plenos poderes de excepción al Presidente de la República. Sin ser del todo errada esta presentación no es la más adecuada porque hubo gobiernos conservadores

que propiciaron Constituciones liberales y viceversa, ya que las contradicciones entre las facciones y partidos durante gran parte de nuestra historia han estado avivadas por las simples ambiciones personales y las rivalidades entre caudillos y no por divisiones ideológicas. Por ello, entendemos que lo más adecuado es analizar la evolución histórica del constitucionalismo dominicano a partir de una serie de hitos fundamentales que demuestran que, a la larga, hubo un triunfo en los textos de las corrientes liberales, aunque por razones históricas y sociológicas las fuerzas más conservadoras se han impuesto en los hechos, llegando muchas veces a alterar, conforme a sus conveniencias, el texto constitucional.

3.2.1.1 La lucha por un Estado independiente.

El constitucionalismo dominicano no puede ser entendido sino se comprende que nuestro país es un caso único en América Latina. A poco tiempo de proclamada nuestra independencia por José Núñez de Cáceres (1821), somos invadidos por los haitianos (1822), siendo la única colonia española en América que no se independiza de España como el resto de las repúblicas latinoamericanas sino de Haití, nuestro vecino. Que apenas a una década de nuestra independencia somos de nuevo anexionados a España (1861) por el General Pedro Santana y que obtenemos nuestra independencia de nuevo tras una Guerra de Restauración (1865) a la que siguen gobiernos que repetidamente tratarían de ceder nuestra soberanía a naciones extranjeras como Francia y Estados Unidos. Que en 1916 somos invadidos por los norteamericanos quienes no abandonan la isla hasta 1924 y que de nuevo somos invadidos en 1965. El constitucionalismo dominicano es un constitucionalismo atravesado por la idea de soberanía, por la idea de independencia. Por eso, para Duarte, la independencia es “la fuente y garantía de las libertades patrias, la Ley Suprema del pueblo dominicano es y será siempre su existencia política como nación libre e independiente de toda dominación, protectorado, intervención e influencia extranjera”. Por eso, todavía hoy, nuestra Constitución establece que “la soberanía de la Nación dominicana, como Estado libre e independiente, es inviolable” y que “la República es y será siempre libre e independiente de todo poder extranjero” (Artículo 3).

3.2.1.2 La lucha por la limitación del poder.

La República Dominicana, a pesar de dotarse desde sus inicios de una Constitución liberal, nació bajo el ominoso sino del infame Artículo 210 que otorgaba al Presidente de la República poderes extraordinarios, “pudiendo en consecuencia, dar todas las órdenes, providencias y decretos

que convengan, sin estar sujeto a responsabilidad alguna”. Disposiciones similares al Artículo 210 aparecerían en la gran mayoría de nuestras Constituciones y tanta importancia se ha dado a su presencia en el articulado constitucional que lo que tipifica a una Constitución conservadora en contraposición con una liberal es precisamente la presencia de estos poderes extraordinarios que hacen del Presidente de la República lo que el historiador del Derecho Wenceslao Vega llama con acierto un verdadero “dictador constitucional”.

El carácter marcadamente presidencialista y autoritario del Estado forzó al constitucionalismo a luchar por la limitación del poder del Estado por excelencia: el Poder Ejecutivo. Esta limitación se concentra en limitar los poderes del Ejecutivo al tiempo de reforzar los poderes y la independencia de los demás poderes del Estado. Momento culminante de este proceso histórico de limitación del poder que arranca en 1844 y que marca un hito fundamental con la Constitución de Moca de 1857 es la reforma constitucional de 1994. En efecto, dicha reforma plasma en el texto constitucional dos anhelos históricos del constitucionalismo liberal dominicano: la prohibición de la reelección presidencial y la consagración del estatuto de inamovilidad de los jueces. La reelección presidencial fue siempre la bandera de lucha de quienes aspiraban a limitar el poder, fue ella una de las causas de la llegada al poder de Trujillo y su aplicación sistemática en los regímenes de Trujillo y de Balaguer constitucionalizó el continuismo presidencial del Jefe y del caudillo. La consagración de la inamovilidad de los jueces y la creación de un Consejo Nacional de la Magistratura sienta las bases para la consolidación de un Poder Judicial independiente que controle los demás poderes.

3.2.1.3 La lucha por las libertades públicas

Todas las Constituciones dominicanas han plasmado en mayor o menor grado los derechos fundamentales de los individuos, pues, como bien decía Luperón, la Constitución debía “ser sagrada en todas las épocas; en sus manos han de perpetuarse las libertades públicas; libertad de imprenta, libertad de reunión, de asociación, garantizadas por el pacto fundamental”. La realidad política, sin embargo, ha pesado más que el texto constitucional: la historia dominicana es la historia del encarcelamiento, la deportación y el asesinato de los opositores políticos por parte de los detentadores del poder. Esta vulneración de las libertades fundamentales ha alcanzado grados inimaginables durante la Era de Trujillo y en los 12 años de Balaguer y solo se pone fin a ella a partir de 1978 y la llegada del Partido Revolucionario Dominicano (PRD) cuyo gobierno, presidido por

Antonio Guzmán, ordenó la liberación de los presos políticos, el regreso de los políticos deportados y la cancelación de los altos mandos militares y policiales que dirigieron el estado de terror que se instauró en el país, con la llegada al poder en 1966, de Joaquín Balaguer.

El respeto a las libertades públicas sufre, en el régimen democrático que se instaura en el país a partir de 1978, con la continuación de los abusos policiales, la muerte extrajudicial de supuestos delincuentes a manos de policías, la tortura a detenidos y el mantenimiento de condiciones inhumanas en nuestras cárceles, como se evidencia en los reportes sobre la situación de los derechos humanos en el país realizados por organismos internacionales. La creación del Defensor del Pueblo y la aprobación del Código Procesal Penal plasman la aspiración de toda una colectividad que reclama respeto a los derechos fundamentales de todos.

3.2.1.4 La lucha por el sufragio universal

Al igual que el resto de las democracias constitucionales, la historia de la democracia dominicana ha estado marcada por la lucha por la universalización del sufragio. Inicialmente, el derecho de sufragio sólo se reconoce a una parte muy reducida del pueblo, compuesta esencialmente por individuos del sexo masculino y propietarios. La conquista del sufragio universal se hace primero contra la fortuna y la riqueza, eliminándose progresivamente el sufragio censitario, y luego contra las discriminaciones sexistas. En República Dominicana, es la Constitución de 1865 adoptada tras la expulsión de los españoles la que establece que el único requisito para votar es ser ciudadano y tener 18 años de edad. En República Dominicana, se reconoce a las mujeres el derecho al voto en la reforma constitucional de 1942, siendo para esa época, uno de los países de América, junto con Estados Unidos, México, Paraguay y Cuba en universalizar el sufragio a las mujeres y anticipándose a Francia, cuna de la democracia republicana, que sólo admite el sufragio femenino en 1944.

3.2.1.5 La lucha por la transparencia electoral

Si la historia del siglo XIX y más de la mitad del XX es la historia de la lucha por la celebración de elecciones populares, a partir de 1966 la lucha radica en que estas elecciones se celebren de manera transparente. En 1970 y 1974, la oposición política fue forzada a no participar en las elecciones –a lo que se prestó una parte de ella que alegó bajo la égida de Juan Bosch que acudir a éstas era acudir a un “matadero electoral”–, facilitándose así la continuación en el poder de Balaguer. En 1978, hubo el intento de desconocer la voluntad popular que dio como ganador de las

elecciones a Antonio Guzmán, pero finalmente el PRD hubo de aceptar el “fallo histórico” de una Junta Central Electoral que regaló 4 senadores al Partido Reformista de Balaguer que logró así controlar el Senado de la República y por tanto la designación de los jueces. En 1982, hubo elecciones libres pero en 1986 el intacto y anacrónico sistema electoral no pudo soportar el deseo de regresar al poder de Balaguer, arrebatándose el triunfo a un Jacobo Majluta del PRD, que no le quedó otro camino que aceptar la pírrica victoria de Balaguer por apenas unos 20,000 votos y habiéndose anulado y observado decenas de miles de votos en donde era clara la intención de voto por el candidato presidencial perredeísta. En 1990, la víctima del fraude electoral sería un Juan Bosch cuyo partido, enamorado de la posibilidad de acceder a puestos congresionales, y un PRD deseoso de no ver a su ex – caudillo en el poder práctica e implícitamente se unieron para aceptar el triunfo electoral de Balaguer.

En 1994, el fraude electoral perpetrado en perjuicio de José Francisco Peña Gómez y el PRD sería de tal magnitud que obligaría a una reforma constitucional en la que se plasmaron viejos anhelos del constitucionalismo electoral, entre los que se encuentran la instauración de la doble vuelta electoral y la celebración de elecciones presidenciales y congresionales y municipales separadas. El pacto de los principales partidos, que incluyó la conformación de una nueva y equilibrada Junta Central Electoral, modernizada y con poderes reforzados, así como la reforma de la Ley Electoral, unido al trabajo de la sociedad civil encabezada por el Movimiento Cívico Participación Ciudadana que monitorea con su red nacional de observadores las elecciones, han contribuido a que los dominicanos consolidemos un sistema electoral cada día más transparente, como demuestran las elecciones de 1996, 1998, 2000 y 2002.

3.2.1.6 La lucha por un Estado Social.

República Dominicana se suma a la corriente del constitucionalismo social con la reforma constitucional de 1955 que enuncia que el Estado continuará con el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegara a gozar de la adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez. Los derechos sociales y económicos alcanzan en la Constitución de 1963 su máxima expresión y, contrario a lo que piensan los historiadores de nuestro constitucionalismo, a pesar de que la reforma constitucional de 1966 redujo considerablemente los aportes de 1963, se conservan, como bien ha observado Juan Jorge, los tres grandes aportes del constituyente de 1963, como fueron la libertad sindical, el derecho a la huelga y la participación

de los trabajadores en los beneficios de la empresa. La reforma de 1963 introduce de manera implícita la fórmula del Estado Social que todavía permanece en nuestra Constitución y que es la base del orden económico constitucionalmente plasmado.

3.2.2 Los caracteres esenciales del Constitucionalismo Dominicano.

Varios son los caracteres que tipifican el constitucionalismo dominicano.

3.2.2.1 El proceso político transcurre fuera de la Constitución y su valor jurídico es casi nulo.

Durante mucho tiempo el juego político en República Dominicana ha transcurrido al margen de la Constitución y cuando se ha recurrido a la reforma constitucional, si bien no se han alterado los principios estructurantes básicos del ordenamiento constitucional instaurado en 1844, ello se ha hecho por móviles estrictamente partidarios o coyunturales, como lo demuestra la historia de la reelección presidencial en nuestros textos constitucionales. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no se han respetado durante gran parte de nuestra historia lo cual se debe a la prevalencia de regímenes militares y autoritarios. Se han respetado los procedimientos constitucionales incluso en regímenes totalitarios como el de Trujillo pero el fondo ha sido vilmente vulnerado. La Constitución, en la tradición hispánica, se ha acatado pero no se ha cumplido. El carácter normativo de la Constitución solo ha comenzado a ser realidad a partir de la transición política de 1978 que inaugura un régimen de respeto a los derechos fundamentales y la alternancia en el poder y, particularmente, a partir de la reforma constitucional de 1994 que fortalece el Poder Judicial y refuerza la transparencia del sistema electoral.

3.2.2.2 La falta de arraigo de la Constitución y su exigencia taumatúrgica.

La falta de apoyo sociológico fuerte por parte de las clases dominante, medias y trabajadora al ordenamiento constitucional han impedido durante mucho tiempo el arraigo de la Constitución. El tradicional irrespeto de los dirigentes políticos a la Constitución, por su parte, ha impedido la emergencia de un efecto demostración que incidiese sobre las clases populares en su apego a la norma. El miedo al pueblo, por parte de los detentadores del poder, ha obstaculizado, además, que la gente sienta suya

la Constitución. El único contacto del pueblo con la Constitución ha sido el ejercicio del derecho al voto. Por lo demás, para gobernados y gobernantes, la Constitución ha sido durante la mayor parte de nuestra historia republicana un simple pedazo de papel.

Paradójicamente, el pueblo dominicano ha sido uno de los que más esperanzas ha cifrado en un texto constitucional, al extremo de creer que todos sus problemas se resolvían mediante una reforma constitucional. Se ha pensado durante gran parte de nuestra historia que bastaba una buena Constitución para que cambiase dramáticamente el estado de cosas. Esa facultad taumatúrgica atribuida por gobernantes y gobernados a la Constitución se explica en gran medida a una cierta tendencia a lo mágico e irracional, a una liturgia política herencia de la colonia española.

3.2.2.3 No hay teoría constitucional: prevalece la exégesis.

El Derecho constitucional dominicano se caracteriza por carecer de un cuerpo teórico propio. Si se comparan los manuales contemporáneos con las *Lecciones de Derecho Constitucional* de Hostos, aparece claro que el aliento teórico e, incluso el rigor metodológico, de la obra hostosiana es superior a los manuales de más reciente publicación. Estos manuales son más bien comentarios del texto constitucional, en donde la norma constitucional es interpretada exegéticamente, literalmente, desconociéndose no sólo los más modernos métodos de interpretación constitucional sino incluso las antiguas técnicas interpretativas del modelo positivista dogmático. El resultado de esta ausencia de interpretación constitucional –y de una teoría constitucional que la oriente– no puede ser otro que el desvanecimiento de la Constitución, la cual muere paulatinamente como una planta que no es regada, porque le falta la fuerza vivificante de la interpretación, que da forma y contenido a unas normas ,que por sí solas, no son más que un trasunto parcial y ambiguo del ordenamiento constitucional.

3.2.2.4 Revisionismo Constitucional Antitécnico.

La falta de una teoría constitucional y de una interpretación constitucional propician reformas constitucionales en donde se proponen proyectos de reforma que no tienen en cuenta el conjunto normativo de la Constitución, la economía del texto constitucional, lo que muchas veces conduce al error y a los remiendos constitucionales. Se ha hablado así de reformar el estatuto electoral de los senadores para que sean elegidos como los diputados, olvidándose así el carácter de la representación territorial y la naturaleza del sistema bicameral. Se proponen listas

amplísimas de derechos fundamentales como si la Constitución (vía los Artículos 3 y 10) no incorporase con rango constitucional los derechos reconocidos en convenios internacionales de derechos humanos. Se sugieren nuevas instituciones y órganos estatales sin tomar en cuenta su impacto en el sistema de separación de poderes establecido por la Constitución.

3.2.2.5 Prevalencia de la Doctrina Francesa.

La doctrina dominicana se desarrolla desde la fundación de la República, bajo el imperio de la doctrina francesa, debido fundamentalmente a la importación de los códigos franceses y la ausencia de una labor de adecuación, interpretación y reforma de estos códigos. Por inercia, porque es más cómodo, se ha acudido a la doctrina francesa para explicar instituciones y normas de origen francés y que han sido introducidas literalmente en el ordenamiento jurídico dominicano. Pero la influencia francesa en nuestro ordenamiento constitucional es mínima si se la compara con la influencia norteamericana que ha marcado nuestro sistema político, el régimen de los derechos fundamentales y nuestra adscripción al modelo norteamericano del control de constitucionalidad. ¿Cómo explicar el sistema presidencialista desde la doctrina constitucional de un país con un régimen semi-parlamentario o semi-presidencial?, ¿Cómo analizar el control judicial de constitucionalidad partiendo de la doctrina de una nación que negó a los jueces la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes hasta 1958 y cuando lo hace, asigna esa facultad a un órgano extrajurisdiccional como lo es el Consejo Constitucional?.

Se trata, sin duda alguna, de una estrategia pedagógica errada que, por demás, acarrió el gran inconveniente de adscribirnos al modelo doctrinario de un país que, como Francia, y como bien ha observado Gustavo Zagrebelsky, su verdadera Constitución ha sido el Código Civil y no lo que los dominicanos entendemos desde 1844 como Constitución. Peor aún, muchas veces la doctrina francesa que ha prevalecido no es la constitucional sino la civilista lo que conduce a distorsiones tales como la de aplicar la teoría de los plazos y de la contradictoriedad del derecho procesal civil francés al derecho procesal constitucional.

3.2.2.6 Influencia exacerbada de la politología.

Otra perniciosa influencia en nuestro constitucionalismo ha sido el de la ciencia política en la metodología y contenidos de nuestro Derecho constitucional. Esta influencia proviene de dos vías diferentes: la francesa,

derivada de la influencia de los trabajos de Maurice Duverger, quien cuenta con discípulos dominicanos; y la más reciente, de origen norteamericano, articulada a través de la influencia de reputados politólogos que, habiendo graduado como Licenciados en Derecho, cursan maestrías o doctorados en ciencias políticas en los Estados Unidos.

Decimos que es perniciosa esta influencia porque la politología y el Derecho constitucional no son la misma cosa: uno aborda la política desde la óptica de lo que es y el otro desde la perspectiva del deber ser. Si bien las consideraciones politológicas y sociológicas son de enorme utilidad para el constitucionalismo, principalmente para la política constitucional, es decir, la política de la reforma constitucional y la estructuración de los sistemas electorales, no debemos olvidar que la misión del Derecho constitucional es analizar críticamente, con método exclusivamente jurídico y desde el punto de vista de los valores intrínsecos o autoproclamados del sistema, un determinado sistema constitucional. Cuando se unen la politología y el Derecho constitucional, más que perfeccionarse el último se diluye, pues se le extrae lo que resulta hoy más importante: la parte dogmática de los valores y los derechos fundamentales que no compaginan con la neutralidad axiológica de la ciencia política. Los norteamericanos, creadores de la moderna ciencia política, son conscientes de ello: por eso “political science” y “Constitutional Law” son dos disciplinas que se enseñan en facultades y por profesores diferentes.

3.2.2.7 Confusión de la legalidad con el formalismo.

Si los mejores cultores del constitucionalismo dominicano son aquellos que lo hacen desde la óptica politológica francesa o norteamericana, con la consecuente dilución del Derecho constitucional en política, muchos de los que se dedican al Derecho constitucional desde una óptica estrictamente jurídica lo hacen de un modo estrictamente positivista y formalista.

3.2.2.8 Echarle la culpa de nuestros males a la Constitución.

Ya, a principios del siglo XX, se quejaba el diputado Guzmán Pichardo, de que es, debido a “la pésima manera de estar constituido nuestro Estado, que nos han sobrevivido todas nuestras desgracias presentes y pasadas”, pues, como afirmaba otro diputado, “toda nuestra estructura constitucional tiende al entronizamiento de la tiranía de un hombre o de una oligarquía”. Se inicia así una corriente pesimista del constitucionalismo dominicano que llega a nuestros días y que es el origen de la creencia de que nuestra Constitución fomenta a través de su Artículo 55 el hiperpresidencialismo,

cuando en realidad, no hay nada en dicho artículo que no esté en iguales constituciones presidencialistas. Esta corriente alimenta el mito de la necesidad de la reforma constitucional e impide que los operadores políticos y jurídicos concentren sus esfuerzos en hacer realidad la Constitución a través del accionar de los poderes públicos y la interpretación constitucional actuada a través de la sociedad de intérpretes de la Constitución.

3.2.3 Los mitos del constitucionalismo dominicano.

Una serie de mitos ha plagado el constitucionalismo dominicano y sin cuya comprensión es imposible entender los avatares de nuestra Constitución.

3.2.3.1 El mito de la inestabilidad constitucional.

Uno de los mitos más extendidos en el constitucionalismo y doctrina constitucional dominicanos es el de la supuesta inestabilidad constitucional prevaleciente en nuestro país a todo lo largo de nuestra historia republicana. Este mito se funda en un concepto clave de la moderna ciencia política, que es el relativo a la estabilidad de los sistemas políticos. Un sistema político que tramite eficientemente las demandas, prescriba acerca de ellas con acierto y las ponga en ejecución con eficacia, es un sistema que se caracteriza por ser estable. Esta estabilidad es importante no sólo para propiciar la seguridad jurídica y la libertad de los individuos sino también para promover la eficacia política. Un sistema político inestable conduce necesariamente a la inestabilidad constitucional pues, en la medida que no soporta porque no procesa adecuadamente las demandas, desemboca en una crisis que trae siempre como resultado el cambio de régimen y, por ende, el cambio constitucional. La estabilidad constitucional caracterizaría a los países anglosajones –Gran Bretaña y Estados Unidos– cuyas Constituciones han podido adaptarse a los cambios y crisis políticos debido a dos hechos fundamentales: la Constitución británica es consuetudinaria y flexible en tanto la norteamericana, no obstante su rigidez formal que ha provocado escasas reformas al texto, por la vía de la interpretación judicial, ha podido adaptarse a situaciones imprevistas pero impensables para el constituyente en 1787. En contraste, la inestabilidad constitucional es típica de los países latinos, particularmente los latinoamericanos. Pero la estabilidad constitucional no puede identificarse con escaso número de reformas constitucionales. Una cosa es que la Constitución se modifique con frecuencia para adaptarla a la evolución de la realidad, como ha ocurrido con la Ley Fundamental de Bonn en más de 40 ocasiones desde 1949, y otra es que, con frecuencia,

se cambien las bases constitucionales de un régimen, como ocurrió con Francia entre 1791 y 1799, con cuatro cambios completos de constitución mediante rupturas.

En el caso dominicano, desde el momento de la fundación de la República en 1844 hasta la fecha, es decir, en más de un siglo y medio de historia republicana, la Constitución ha sido reformada, cambiada, o sustituida apenas 34 veces. Estas reformas han versado sobre aspectos secundarios o sobre aspectos que, si bien tienen connotaciones políticas importantes -como sería el caso de la prohibición o el reestablecimiento de la reelección presidencial, eterno tema del constitucionalismo dominicano- apenas afectan los principios estructurales, los valores y los derechos fundamentales consagrados y reconocidos en la Constitución. Por eso, constitucionalmente hablando somos el mismo país que la República Dominicana que asomó al mundo con la Constitución de 1844.

Esto no significa que la República Dominicana no haya sido políticamente inestable durante mucho tiempo y que esa inestabilidad se haya reflejado en la realización de numerosas reformas constitucionales. No. Lo que significa es que esa inestabilidad política no se ha traducido en una inestabilidad constitucional si por ella entendemos cambios completos de Constitución como los ocurridos en Francia en 1791. Por demás, las reformas constitucionales, cuando son hechas conforme el mecanismo establecido en la Constitución, son expresión de la autorreferencialidad normativa que caracteriza a todo ordenamiento constitucional democrático en donde éste regula su propio cambio. Si hay algo criticable en nuestro constitucionalismo histórico no es tanto que la inestabilidad política haya propiciado la reforma constitucional, sino que muchas veces, aunque no siempre, la sucesión de las diversas constituciones se lleva a cabo mediante la ruptura, es decir, los cambios constitucionales se han realizado ignorando el sistema de reforma constitucional previsto en el texto constitucional. Ello se ha debido en gran medida al carácter militar de los actos que determinan los cambios políticos en nuestra historia.

3.2.3.2 El mito de la necesidad de la reforma constitucional.

Otro de los mitos más populares en el constitucionalismo dominicano es el de que nuestro texto constitucional, por anacrónico y por la supuestamente precipitada reforma de 1994, requiere ser reformado, con la finalidad de que el mismo se adecue a los “nuevos tiempos”, se eliminen una serie de “rípios” y “contradicciones” y se establezcan una serie de derechos fundamentales e instituciones que garanticen una “verdadera democracia”, más “plural” y más “participativa”.

El mito de la necesidad de reformar la Constitución se nutre de la facultad taumatúrgica que el pueblo, y sobre todo las élites, asignan a ésta. Se ha dicho que entre los latinoamericanos y la Constitución existe una relación mágica, alimentada por una cierta tendencia a lo milagroso, a lo irracional, herencia de nuestro pasado hispano y africano, de un catolicismo mal entendido y litúrgico. Nuestras “repúblicas aéreas” se ilusionan con las Constituciones al extremo de que creen que todos los problemas se resuelven y que la vida de los pueblos se transforma radicalmente con la aprobación de un nuevo texto constitucional.

Hemos olvidado las enseñanzas de Hostos: “De esta discrepancia entre el régimen social y el político resulta la común incompetencia que tienen las instituciones de derecho para impulsar por sí solas a la sociedad o para modificar el régimen natural, tradicional o instintivo de su vida. De aquí la improbabilidad de que un régimen político cualquiera sea aplicable a un régimen social cualquiera. De aquí, por una parte, la necesidad de ir adecuando el uno al otro, el régimen social al político, el político al social”. Nos olvidamos así de lo realmente importante: hacer realidad, a través de conductas e instituciones, la Constitución que tenemos. Sólo así se logra tener una verdadera *living Constitution*, una Constitución realmente vivida por los poderes públicos y por los ciudadanos.

3.2.3.3 El mito de que la Constitución no se interpreta o es de interpretación restrictiva.

Otro de los mitos más extendidos es el que afirma que la Constitución no se interpreta o de que es de interpretación restrictiva. La prevalencia de este mito se debe al influjo de la exégesis francesa en la doctrina y práctica jurídica del país y no se compadece con el carácter abierto de la Constitución y la naturaleza indeterminada de la mayoría de las normas constitucionales. Esta interpretación restrictiva sólo puede aplicarse en materia de reglas constitucionales específicas (por ej., la edad requerida para ser Presidente de la República) pero no en materia de valores y principios constitucionales que son las normas constitucionales por antonomasia. La interpretación, como ya veremos más adelante, es particularmente extensiva en materia de derechos fundamentales y otros principios constitucionales.

3.2.3.4 El mito de que el Derecho constitucional se agota en la Constitución y que la Constitución termina en el texto.

Para muchos dominicanos el Derecho Constitucional se agota en la Constitución, pasándose así por alto que es imposible saber Derecho

Constitucional a partir de la búsqueda en el diccionario del significado de los términos utilizados en el texto constitucional. El Derecho Constitucional precisa de una descodificación de los conceptos constitucionales para evitar una interpretación ingenua de los enunciados conceptuales. Esta descodificación sólo se logra a partir de una teoría de la Constitución, que sea constitucionalmente adecuada, de una comprensión de las dimensiones histórico-culturales del constitucionalismo moderno y de una visión sistemática y problematizante de los nuevos mundos teóricos de la narrativa constitucional. Herramienta esencial de esta descodificación es una interpretación constitucional que abandone la aridez de los métodos tradicionales de interpretación y que permita fertilizar el texto constitucional a partir de nuevas dimensiones y perspectivas que permitan comprender la estructura y consecuencias del mismo, así como su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea.

Unido a este mito se encuentra otro, que la Constitución se agota en el texto constitucional. El corpus constitucional está compuesto no solo del texto constitucional sino también del bloque de derechos fundamentales de rango constitucional en virtud de los Artículos 3 y 10 de la Constitución, de la costumbre y de la interpretación constitucional provista por los tribunales.

3.2.4 Los caracteres esenciales de la Constitución Dominicana.

3.2.4.1 Una Constitución escrita.

La Constitución es **escrita** cuando las normas constitucionales están contenidas en un texto, documento o código único que se considera ley fundamental. Pero no es tanto la escritura lo que caracteriza a la Constitución escrita sino el hecho de estar escrita en un cuerpo o documento unitario, que es adoptado conforme procedimiento especial, lo cual excluye de esta categoría las constituciones de Estados que tienen leyes constitucionales escritas pero dispersas en varios textos.

La primera Constitución escrita de los tiempos modernos fue la de Filadelfia de 1787. La Constitución escrita ha sido vista por el constitucionalismo liberal como una garantía efectiva de los individuos contra el poder absoluto en la medida en que ésta representa para éstos el manual elemental del ciudadano, que le instruye acerca de sus deberes y de sus derechos, a tal extremo que Thomas Paine afirmaba que no existía Constitución mientras ésta “no pudiera llevarse en el bolsillo”.

Existe Constitución consuetudinaria cuando los principios de organización del Estado resultan de prácticas o de tradiciones consagradas

por el uso a lo largo de los años, a los cuales se otorga fuerza jurídica. Esta modalidad es anterior a la de las constituciones escritas. Ejemplos: Gran Bretaña, Israel y Nueva Zelanda.

Sin embargo, la existencia de Constitución consuetudinaria no excluye que al lado de ésta existan documentos que consagren por escrito ciertos principios esenciales para la organización del Estado. Es el caso de Gran Bretaña donde coexisten la Constitución consuetudinaria con la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, el Bill of Rights de 1689, el Acta de Establecimiento de 1701, etc.

3.2.4.2 Una Constitución unitextual.

El Derecho Constitucional formal está contenido en un único instrumento: la “Constitución de la República Dominicana”, declarada en vigor por la Asamblea Nacional “en nombre de la República”. Esta unitextualidad deriva, en gran medida, de dos factores: la inexistencia de “leyes de enmienda” de la Constitución fuera del texto constitucional, pues “una vez votadas y proclamadas las reformas por la Asamblea Nacional, la Constitución será publicada íntegramente con los textos reformados” (Artículo 118); la inexistencia de leyes con valor constitucional al lado de la Constitución como ocurre en ciertos países en donde la disciplina de ciertas materias es hecha a través de leyes con fuerza constitucional. Esta unitextualidad no impide que el corpus constitucional esté compuesto por otros instrumentos incorporados al texto constitucional por mandada referencia.

3.2.4.3 Una Constitución rígida.

La Constitución rígida o firme es aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto o que no puede ser modificada hasta tanto no transcurra determinado período de tiempo. La rigidez se traduce fundamentalmente en la atribución a las normas constitucionales de una capacidad de resistencia a la derogación superior a la de cualquier ley ordinaria. Esto significa que la Constitución sólo puede ser modificada a través de un procedimiento de reforma específico (Artículos 116 al 120) y dentro de ciertos límites formales y materiales (Artículo 119). De ahí que todo acto normativo desprovisto del valor y la fuerza de una reforma constitucional que contradiga la Constitución, es nulo de pleno derecho (Artículo 46), pues “la reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma” (Artículo 120), pudiendo controlarse su constitucionalidad (Artículo 67, numeral 1).

La rigidez constitucional es una garantía contra las reformas frecuentes, constantes e imprevistas, precipitadas por mayorías legislativas veleidosas, transitorias y circunstanciales. Esta rigidez no es una traba al desarrollo constitucional pues la reforma constitucional sólo procede cuando la capacidad reflexiva de la Constitución sea insuficiente para captar la realidad constitucional.

La rigidez constitucional adopta matices: en Suiza y Estados Unidos, el procedimiento de revisión es bastante complejo, mientras que en República Dominicana, a pesar de que se exige una mayoría especial de legisladores para su modificación, basta con las 2 terceras partes de los presentes para su modificación.

La Constitución es flexible o elástica cuando puede ser modificada siguiendo el mismo procedimiento establecido para la reforma de las leyes ordinarias. Es el caso de Gran Bretaña, donde las reglas constitucionales pueden ser modificadas por leyes ordinarias del Parlamento, por decisiones de los jueces o por el establecimiento de costumbres contrarias a dichas reglas. Las cartas francesas de 1814 y 1830, la Constitución italiana de 1848, la Constitución rusa de 1918 y la Constitución irlandesa de 1922 son muestras de constituciones flexibles.

Casi todas las constituciones escritas son rígidas, mientras que las flexibles son muy pocas. La Constitución dominicana es una constitución semirígida porque el órgano competente para modificarla es la Asamblea Nacional, un órgano constitucional ordinario.

La dicotomía entre rigidez y flexibilidad no postula necesariamente una alternativa radical: un texto constitucional no debe permanecer ajeno a los cambios necesarios para adecuarlo a la evolución de la sociedad pero, al mismo tiempo, deben preservarse una serie de principios estructurantes cuya estabilidad y permanencia en el tiempo es vital para el orden jurídico fundamental del Estado no se disuelva en la vorágine de las luchas políticas y sociales. Es en este sentido que se habla de identidad de Constitución para referirse a ciertos principios de contenido inalterable. Felizmente y contrario a lo que usualmente se piensa, después de 1844, la Constitución ha tenido varias reformas, la primera en 1854 y la última en 1994, pero que no han alterado esencialmente la teoría política que desde el principio la inspiró.

En la actualidad, a pesar de la rigidez constitucional derivada de los mecanismos agravados de reforma, toda Constitución es flexible si se admite la interpretación evolutiva de los textos constitucionales, que permite al intérprete actualizar las normas constitucionales para permitir que se adapten al cambiante clima histórico-social de los principios y

valores fundamentales positivados en la Constitución. Es esta interpretación evolutiva lo que ha permitido a la Constitución de los Estados Unidos -apenas enmendada en apenas trece ocasiones -si obviamos las diez primeras adoptadas recién nacida la Constitución- cambiar, de tal manera que sus creadores no la reconocerían.

3.2.4.4 Una Constitución ni larga ni breve.

La distinción entre constituciones largas y constituciones breves no tiene hoy justificación científica. Para autores como Loewenstein, las constituciones largas se asocian con las constituciones programáticas, prolijas, confusas, ideológicas, que explican el empeoramiento del estilo contemporáneo y la verbosidad de las modernas Constituciones. El estilo de redacción constitucional del siglo XIX era breve, puntual y esquemático, como denota la Constitución norteamericana, que es una Constitución corta. La Constitución extensa peca de “obesidad jurídica”, desnaturaliza el objetivo de la Constitución (que no debe existir para regular cualquier cosa sino tan solo lo principal) y congela el desarrollo social al constitucionalizar temas accesorios y contingentes, dada la rigidez de las normas constitucionales.

Hoy, sin embargo, la dimensión del Estado y la complejidad social obligan necesariamente a acudir a constituciones de gran contenido programático, lo cual nos aleja del paradigma constituyente norteamericano, con su Constitución de apenas 7 artículos, que sirve de inspiración al ideal hostosiano de la Constitución corta. El paradigma hoy es el inaugurado por la Constitución francesa de 1795 y sus 377 artículos, como evidencian las constituciones de Portugal, España, Colombia y Venezuela. La verbosidad contemporánea se debe, según Loewenstein, al influjo de las constituciones programáticas sociales.

Hay quienes sostienen que la Constitución dominicana es extensa, mientras que otros entienden que nuestra Constitución es de tipo intermedio: ni muy breve ni muy extensa. Suscribimos este último criterio, ya que la Constitución dominicana, con sus 122 artículos, se coloca entre ambos paradigmas, no solo por ser de una extensión mediana sino, principalmente, por tener el catálogo clásico de cláusulas constitucionales breves y precisas (derechos fundamentales + principios básicos de la democracia y el Estado de Derecho) conjuntamente con el catálogo de cláusulas programáticas (Artículo 8 de la Constitución).

3.2.4.5 Una Constitución programática.

Son Constituciones programáticas aquellas en las que el aspecto ideológico es preponderante en su estructura y son constituciones utilitarias

las que son ideológicamente neutrales en la medida en que el énfasis recae en la organización mecánica del funcionamiento del poder en el Estado.

La mayoría de las constituciones adoptadas a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX eran de tipo programático reflejando la preocupación liberal de limitar el poder absoluto del Estado y proteger a los individuos contra los eventuales abusos de los gobernantes. Las constituciones del siglo XIX son en su gran mayoría, constituciones utilitarias, fruto de la despreocupación de los constitucionalistas que entendían que no había que hacer ningún énfasis en los componentes liberales de la Constitución, pues los mismos se suponían ampliamente aceptados.

Ejemplos de constituciones utilitarias es la Constitución alemana de 1871, cuyo contenido ideológico, pues no hace ninguna referencia a los derechos fundamentales. La Constitución francesa de 1958, a pesar de su superficial referencia a las declaraciones de derechos, es una Constitución utilitaria, un estatuto básico de la organización de los poderes públicos franceses.

Son constituciones programáticas la Constitución mexicana de 1917 de carácter socialista, la Constitución de Weimar que mezcla ideologías liberales y socialistas, y la Constitución soviética de 1918 expresamente socialista. Las constituciones contemporáneas, como es el caso de las latinoamericanas, contienen rasgos utilitarios en la medida que organizan el poder y rasgos programáticos en tanto proveen un programa a ser implementado por los poderes públicos en el campo social, cultural y económico.

A nuestro juicio, la Constitución dominicana es una constitución programática porque contiene tareas y fines del Estado plasmados en diversas partes de su articulado, principalmente en su Artículo 8. No es, por tanto, nuestra Constitución un simple instrumento de gobierno, es decir, un texto constitucional limitado a la individualización de los órganos y a la definición de las competencias y procedimientos de acción de los poderes públicos. En este sentido, la Constitución va más allá de la tarea tradicional de organización, de establecimiento de órganos, competencias y procedimientos, y emerge como Constitución dirigente, como Constitución que cumple una función directriz, que inspira la acción estatal y legitima al Estado.

3.2.4.6 Una Constitución compromisoria.

Si bien la Constitución dominicana no es producto del pacto entre fuerzas políticas y sociales, de un consenso entre posiciones políticas o

ideológicas contrapuestas, como es el caso de la Constitución portuguesa o de la española, ese compromiso se ha producido mediante la acumulación de reformas constitucionales. Así, aunque el constituyente de 1966 redujo considerablemente el aporte de la Constitución de 1963 en materia de derechos sociales, se conservan los tres grandes aportes de 1963, como fueron la libertad sindical, el derecho a la huelga y la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa. Ello explica cómo, a pesar de que el proceso constituyente en 1963 excluyó a las fuerzas conservadoras y en 1966 a las fuerzas liberales, el resultado de ambos procesos culmina con una solución textual constitucional de carácter transaccional, que marca un compromiso de (y en) la Constitución entre el principio liberal que se remonta a 1844 y el principio de un Estado Social que comienza a perfilarse en 1942, que experimenta un impulso extraordinario en 1963 y que, a pesar de todo, persiste en la reforma constitucional de 1966. El carácter compromisorio de la Constitución se acentúa con la reforma constitucional de 1994, realizada como solución a una crisis política creada por el fraude electoral propiciado por el Partido Reformista Social Cristiano (PRSC), y a partir de la cual se ha acentuado la consolidación del Estado de Derecho en la República Dominicana.

3.2.4.7 Una Constitución imprecisa (como todas las constituciones).

La Constitución es un texto impreciso porque posee insuficiencias notables. Por ejemplo, el Artículo 67.1 establece el control concentrado de constitucionalidad “de las leyes”, lo que no indica claramente si se puede ejercer este control sobre otros actos normativos o sólo sobre las leyes del Congreso Nacional. Pero esto no es característica exclusiva de nuestra Constitución. Se podría afirmar que todas las Constituciones son imprecisas en la medida en que contienen una serie de normas que se caracterizan por su indeterminación y amplitud. Tal es el caso de las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales. El grado de imprecisión de la Constitución es vital para entender la interpretación constitucional y con qué amplitud es libre el legislador para regular una cuestión constitucional concreta.

3.2.4.8 Una Constitución potencialmente transformadora.

La Constitución permite la alternancia en el poder de fuerzas contrapuestas. De ahí que contenga la posibilidad de que, a través de su interpretación y concretización por los poderes públicos, se pueda avanzar en la transformación de la sociedad dominicana hacia “un orden de libertad

individual y de justicia social” (Artículo 8). Hacer realidad el texto constitucional, sacarle provecho al potencial de transformación que encierran las cláusulas constitucionales, requiere no sólo la acción de los poderes públicos sino también la presión de la opinión pública y de los grupos sociales organizados.

3.2.4.9 Una Constitución derivada.

Por Constitución originaria se entiende aquella que contiene principios constitucionales nuevos y originales. Constitución derivada es la que sigue los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, adaptándolas a las necesidades de la época o del país. Constituciones originarias son las leyes fundamentales inglesas, la Constitución de Estados Unidos de 1787, la francesa de 1793, la Constitución de Cádiz, la mexicana de 1917 y la soviética de 1918.

La dominicana es una Constitución derivada que refleja la influencia de la Constitución haitiana de 1843, de la Constitución de los Estados Unidos (al adoptar el sistema presidencial), de la Constitución de Cádiz de 1812 (principalmente en cuanto al régimen provincial) y de las Constituciones francesas de 1799 y 1804 (específicamente en lo relativo al bicameralismo y denominación del órgano legislativo). Constituciones originales dominicanas -pero que a su vez seguían modelos constitucionales foráneos- son las constituciones de 1844, 1857, 1908, 1942 y 1994. La Constitución dominicana es derivada del texto constitucional de 1844 que a su vez hace acopio de las experiencias constitucionales de la época.

3.2.4.9.1 Las influencias patrias.

La Constitución dominicana es derivada, no sólo por la inspiración foránea de la mayoría de sus disposiciones, sino también a que existe una fuerte dependencia del actual texto constitucional con la Constitución de 1844. Lo consagrado en 1844 ha estado latente en todas las reformas constitucionales posteriores (forma de gobierno, derechos fundamentales, división territorial, etc.), a tal punto que, podríamos afirmar que, desde 1844 hasta la fecha sólo hemos tenido una sola Constitución, la cual ha sido reformada en 35 ocasiones.

3.2.4.9.2 Las influencias extranjeras.

La Constitución dominicana es una constitución derivada pues nuestro constituyente se inspiró fundamentalmente en las experiencias constitucionales de otros países. Esta diversidad de influencias en la Constitución, que no es característica exclusiva de la Constitución

dominicana, obliga necesariamente al intérprete a acudir al análisis comparado de las instituciones constitucionales como instrumento esencial para comprender el origen y la estructura sistemática del texto constitucional.

La Constitución dominicana se enmarca dentro de la tradición del constitucionalismo occidental, reflejando no sólo los valores y principios de la tradición liberal, sino también, la del constitucionalismo social que inaugura la Constitución mexicana de 1917, que continúa la Constitución de Weimar y que desarrolla el constitucionalismo latinoamericano a todo lo largo del siglo XX. Nuestra Constitución es un mosaico formado por trozos de origen diverso pero que provienen de cinco fuentes que analizamos a continuación.

A. La influencia norteamericana

La influencia de la Constitución de los Estados Unidos es visible en la forma de gobierno que nos rige desde 1844 –la presidencial-, en el esquema de división de poderes y la enumeración de los derechos fundamentales. Esta influencia arranca desde la Declaratoria de Independencia del pueblo dominicano del 1 de diciembre de 1821 y la Manifestación del 16 de enero de 1844, que es el preámbulo de nuestra primera Constitución, documentos cuya lectura, revela el impacto en la forma y en el fondo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Los dominicanos, además, hemos importado de los Estados Unidos el control difuso de constitucionalidad, el cual, en ocasiones, ha sido consagrado por los textos constitucionales (ej. Artículo 125 de la Constitución de 1844) y, aún en ausencia de consagración constitucional expresa, históricamente nuestros tribunales han seguido la doctrina del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, en virtud de la cual la potestad de inaplicar en un caso particular una ley considerada inconstitucional, se considera inherente a la facultad de los jueces de interpretar las leyes y la Constitución. El nombre de las Cámaras Legislativas adoptado a partir de la Constitución de 1854 –Senado y Cámara de Representantes-, así como la consagración constitucional del *habeas corpus* en 1908 revela también la influencia norteamericana.

B. La influencia francesa

Es notorio el influjo de las Leyes Fundamentales francesas de 1799 y 1804 en la Constitución de 1844. Esta influencia es perceptible, además, en el informe de la Comisión Redactora cuando se refiere a las ideas de Rousseau, al aludir “a las cláusulas del contrato social que labra la felicidad

o la ruina de un Estado” y al consignar el constituyente en la reforma constitucional del 16 de diciembre de 1854 que “la nación dominicana es la reunión de todos los dominicanos asociados bajo un mismo pacto político”. Dicha influencia se nota también en la organización del Poder Legislativo, en la creación del Consejo Conservador el Tribunal y en la división territorial, al formar las comunes, propias de la administración territorial francesa. Para algunos, la proclamación de los derechos fundamentales sigue el modelo francés, en lugar del norteamericano, pues se entiende que el primer modelo era más asequible y metódico y mucho más fácil de copiar. La influencia francesa vuelve a sentirse con la consagración constitucional del recurso de casación en 1908 y el establecimiento del Consejo Nacional de la Magistratura en 1994, inspirado en su homólogo francés.

C. La influencia española

El constituyente de San Cristóbal siguió de cerca el modelo implantado por la Constitución de Cádiz. La influencia gaditana, aparte de la ya desaparecida consagración de la Iglesia Católica como la Iglesia del Estado, se percibe en la división de provincias y el establecimiento de los ayuntamientos por municipios, así como en la estructuración orgánica, en la disposición de los títulos y en la denominación de los mismos.

D. La influencia haitiana

Contrario a la creencia popular, la Constitución dominicana está fuertemente influenciada por la Constitución haitiana de 1843, la cual puede llamarse propiamente Constitución dominico-haitiana, ya que en su elaboración intervinieron varios dominicanos y su objetivo era, además, regir toda la isla. Esta Constitución, que había recibido la influencia norteamericana en lo político y la francesa en lo administrativo, fue tomada sin escrúpulos por el constituyente de 1844 como modelo de su obra, quienes estuvieron más cerca del constituyente haitiano que de Rousseau y Montaigne.

E. La influencia latinoamericana

La influencia latinoamericana es visible en los aportes del constitucionalismo social a nuestra Constitución reconocibles en la consagración de los derechos sociales en la reforma constitucional de 1955 (Artículos 8.14, 8.15, 8.16, 8.17 y 8.18), texto en el cual se enuncia que el Estado continuará con el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegará a gozar de la adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez. Esta

influencia se siente, además, en la consagración de la doble vuelta electoral y el control concentrado de constitucionalidad en la reforma constitucional de 1994.

3.2.4.10 Una Constitución normativa.

Las constituciones pueden ser clasificadas ontológicamente es decir de acuerdo al grado de concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. De acuerdo con este criterio, adelantado por Karl Loewenstein y perfeccionado por Giovanni Sartori, las constituciones pueden clasificarse en constituciones normativas (o garantistas o reales), constituciones nominales (que Loewenstein inexactamente denomina semánticas) y pseudoconstitución (o constitución fachada).

La Constitución normativa es aquella que, limitando la arbitrariedad del poder y sometiéndolo al derecho, es efectivamente vivida por los detentadores y destinatarios del poder, es observada lealmente en la práctica y sus normas dominan todo el proceso político, el cual es adaptado y sometido a las normas constitucionales. La Constitución nominal es aquella que, en lugar de servir a la limitación del poder, tan solo formaliza la situación política existente en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos. Las constituciones nominales son nominales porque se apropian del “nombre” constitución, ya que son simplemente “constituciones organizativas”, o sea, un conjunto de reglas que organizan pero no limitan el ejercicio del poder en un Estado. Las pseudoconstituciones consagran los derechos y libertades de las Constituciones normativas pero estos son letra muerta pues no se aplican ni respetan en la práctica. Estas toman la apariencia de verdaderas constituciones pero son, en realidad, constituciones fachada, constituciones trampa. Las constituciones de la Era de Trujillo son en este sentido pseudoconstituciones.

La historia constitucional dominicana demuestra cómo un pueblo ha luchado por décadas para, naciendo como Estado independiente con una Constitución de naturaleza normativa, cerrar la brecha entre realidad y norma que durante mucho tiempo provocó que los dominicanos viviésemos bajos regímenes pseudoconstitucionales.

Tema 4

La Organización del Poder y la Libertad en la Constitución

Autor:

Eduardo Jorge Prats

Abogado

Sumario

4.1 La Organización del Poder

- 4.1.1 El principio de la separación de poderes
- 4.1.2 La separación de poderes en República Dominicana
- 4.1.3 Crítica de la teoría de la separación de poderes
- 4.1.4 Hacia una reconceptualización de la organización del poder
- 4.1.5. Las funciones del Estado
 - 4.1.5.1 La adopción de decisiones fundamentales o función gubernamental
 - 4.1.5.2 La ejecución de la decisión fundamental o función administrativa
 - 4.1.5.3 La función de control político

4.2 La Organización de la Libertad

- 4.2.1 Los derechos fundamentales
- 4.2.2 Definición de los derechos fundamentales
 - 4.2.2.1 Derechos del hombre y derechos fundamentales
 - 4.2.2.2 Derechos del hombre y derechos del ciudadano
 - 4.2.2.3 Derechos naturales y derechos civiles
 - 4.2.2.4 Derechos civiles y libertades o derechos políticos
 - 4.2.2.5 Derechos civiles y derechos o libertades individuales
 - 4.2.2.6 Derechos fundamentales y libertades públicas
 - 4.2.2.7 Derechos fundamentales y garantías
 - 4.2.2.8 Derechos individuales y derechos sociales
 - 4.2.2.9 Derechos fundamentales y garantías institucionales
 - 4.2.2.10 Derechos fundamentales, principios fundamentales y valores fundamentales
 - 4.2.2.11 Derechos fundamentales como concepto genérico

4.2.3 Clasificación de los derechos fundamentales

- 4.2.3.1 La clasificación de Jellinek
- 4.2.3.2 La clasificación de Schmitt
- 4.2.3.3 Una clasificación con fines pedagógicos

4.1. La Organización del poder.

El objeto de una Constitución es organizar el poder en el Estado, es decir, establecer un gobierno. En el marco de una Constitución descriptiva, esta organización es absolutamente libre y el poder político puede ser obtenido y estructurado según los principios que se consideren mejor adaptados a la comunidad política de que se trate. En el marco de una Constitución normativa, sin embargo, la organización del poder obedece a una finalidad precisa: garantizar los derechos fundamentales.

Tal como lo consagra el Artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (“La conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (“Es para garantizar estos derechos que los gobiernos se establecen entre los hombres”), la meta de una Constitución es la protección de los derechos humanos. Es ésta la única finalidad legítima del poder y la que determina la organización del gobierno en el Estado constitucional, o sea, el Estado que no se confunde con la Constitución sino que queda siempre sometido a ésta.

¿Cómo se logra que el Estado esté sometido a la Constitución? La respuesta del liberalismo clásico es clara: mediante la separación de poderes. Ya lo afirma el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789: “Toda sociedad en la cual [...] la separación de poderes (no es) determinada, no tiene constitución”. Esta separación se refiere no sólo a la separación entre poder constituyente y poderes constituidos sino también a la separación entre los últimos poderes constituidos que son el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Separar a estos tres últimos poderes constituidos es una de las condiciones que permitirán la protección de los derechos y la salvaguarda de las libertades y, para el liberalismo, esta metodología de organización del poder es la única que permite limitar la fuerza del Estado.

El principio de la separación de poderes ha recibido críticas. Se afirma que el liberalismo clásico confunde el problema de la distribución del poder entre los diversos detentadores del mismo con el de la distribución de las funciones del Estado: la separación de poderes no es absoluta pues las mismas funciones son desempeñadas en diversos ámbitos y grados por los mismos órganos del poder, los cuales se controlan mutua y recíprocamente. Por otro lado, la teoría de la separación de poderes pasa por alto el papel clave de una serie de detentadores del poder que no aparecen textualmente en la lista de los poderes constituidos. Se trata de los detentadores del poder invisibles: los partidos y los grupos de presión.

4.1.1 El principio de la separación de poderes.

El principio de la separación de poderes como principio de organización del poder nace en el siglo XVIII al mismo tiempo que

aparecen las primeras Constituciones escritas, la norteamericana y la francesa. Esto no es pura coincidencia: las primeras constituciones fueron escritas en primer lugar y ante todo para separar los poderes. Separar los poderes en aquella época significaba primordialmente poner fin al absolutismo. Dotar al reino de una Constitución implicaba terminar con los poderes de la monarquía los cuales estaban inseparablemente reunidos y confundidos en la sola persona del rey. La separación de los poderes aparece entonces, como una técnica de lucha contra las monarquías y los regímenes autocráticos. Ella es la marca del gobierno republicano en tanto que siendo la república, la cosa pública (*res publica*), la cosa de todos, el poder debe ser compartido y separado, pues la cosa de todos no puede ser la cosa de solo uno (el rey).

La separación de poderes es la condición primordial del gobierno de la libertad. Es necesario que el poder esté distribuido entre muchas manos para evitar que una sola persona oprima a todos. La experiencia ha demostrado que cuando los poderes se reúnen en las manos de un solo hombre (monarquía absoluta o dictadura unipersonal) o de un solo grupo unidos por la misma ideología y el mismo programa (dictadura colegiada o de partido único), no hay lugar para la libertad. La separación de poderes es la antítesis del despotismo y a justo título es la condición indispensable de la organización del poder en el Estado constitucional.

4.1.2 La separación de poderes en República Dominicana.

El constituyente dominicano estableció, desde el nacimiento mismo de la República en 1844 que “los dominicanos se constituyen en nación libre, independiente y soberana, bajo un gobierno esencialmente civil, republicano, popular, representativo, electivo y responsable” (Artículo 1), que “la soberanía reside en la universalidad de los ciudadanos y se ejerce por tres poderes delegados, según las reglas establecidas en la Constitución (Artículo 39), que “los poderes son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial” (Artículo 40) y que “estos poderes se ejercen separadamente, son esencialmente independientes, responsables y temporales, y sus encargados no pueden delegarlos, ni salir de los límites que les fija la Constitución” (Artículo 41). Esta fórmula aparece plasmada, en la actualidad, con leves variantes en el Artículo 4 de la Constitución: “El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes”.

Como se puede observar, los fundamentos constitucionales del régimen político adoptado por la República Dominicana, así como la estructura política formal, responden a la teoría de la separación de poderes, tal como la concibe Montesquieu y como la elabora el sistema norteamericano. Salvo la propuesta de Juan Pablo Duarte de instaurar un poder municipal - inspirada en los fueros municipales españoles- y la conceptualización de Eugenio María de Hostos de los poderes públicos en tanto funciones, añadiendo a la división tripartita la función electoral, propuestas ambas, que nunca plasmaron institucionalmente. Es posible afirmar, que los dominicanos nos hemos adscrito en los textos y doctrina constitucionales a la concepción norteamericana de la separación de poderes.

Desde la independencia misma, sin embargo, la realidad política subvirtió los principios y valores plasmados en la Carta Sustantiva. La Constitución liberal elaborada por la constituyente en 1844 establecía en su Artículo 104 que “ningún acto del Presidente de la República es ejecutorio si no está refrendado por uno de los Secretarios de Estado que, por este solo hecho es responsable de él”; que el Presidente era responsable de abuso de poder y de autoridad si, reconociéndolos, “no hace perseguir a sus autores, conforme a la Constitución o a las leyes” (Artículo 105); y que el Presidente “manda las fuerzas de tierra y mar, pero no puede ponerse a su cabeza, sin la expresa autorización del Congreso” (Artículo 106). Sin embargo, esta Constitución fue rechazada por Pedro Santana quien solo la aceptó cuando se le añadió a la misma un Artículo 210 que le daba poderes extraordinarios a un Presidente absolutamente irresponsable: “Durante la guerra actual y mientras no esté terminada la paz, el Presidente de la República puede libremente organizar el ejército y armada, movilizar las guardias nacionales, y tomar todas las medidas que crea oportunas para la defensa y seguridad de la Nación, pudiendo en consecuencia, dar todas las órdenes, providencias y decretos que convengan, sin estar sujeto a responsabilidad alguna”.

Pero aún esta Constitución de 1844, desvirtuada con la inclusión de ese infame Artículo 210 no satisfacía los sectores conservadores, por lo que en 1854 la misma es modificada para conferir poderes absolutos al Presidente de la República, quien en caso de disturbios armados internos, rebeliones y otros hechos que eran la norma del día en aquellos tiempos de revuelta y asonadas, “podrá tomar todas aquellas medidas que crea indispensable para la conservación de la República”. Esta Constitución de 1854 sería restablecida cada vez que los conservadores llegaban al poder pues la misma confería poderes dictatoriales al Presidente de la República al tiempo de restringir las libertades públicas.

En todo caso, a lo largo de nuestra vida republicana, siguió plasmado en la Constitución en menor o en mayor grado el principio de la separación de poderes. La distancia entre lo que establecía ésta y lo que se hacía era cada vez mayor, sin embargo: en la práctica los militares controlaban el gobierno, se accedía al poder vía la revuelta o el golpe de estado, cuando se celebraban elecciones éstas eran amañadas, no funcionaban los mecanismos constitucionales de control político, y la rama ejecutiva concentraba en sus manos todo el poder estatal frente a los demás órganos débiles por naturaleza, de aquel estado de cosas. Esta separación entre el derecho y la realidad, entre la teoría constitucional y la práctica política condujo a que los políticos se dividieran entre liberales, que entendían que la sociedad debía adaptarse a las normas y leyes plasmadas en constituciones y códigos y conservadores, que alegaban que aquellas debían adaptarse a la sociedad. Se entabló así la pugna entre lo real y lo posible que, dado que la política es el arte de lo posible y como los conservadores -salvo breves interregnos liberales- controlaron el poder político, desembocó en el sacrificio de los principios constitucionales en aras de lo que imponía el maquiavelismo político y en la predominancia del valor autoridad sobre el valor libertad.

Es durante la Era de Trujillo que la brecha entre el texto constitucional y la realidad política se extiende a niveles insospechados mereciendo que aquella época se bautizara como la de la “parodia constitucional”. En efecto, a pesar de que se mantenía en el texto constitucional la división tripartita de los poderes, en la práctica todos los poderes estaban concentrados en manos del Jefe: jefe del partido único, jefe del ejecutivo, jefe de los legisladores y jueces cuyas renunciaciones habían sido anticipadamente firmadas y cuyos reemplazos eran hechos por orden de ese jefe único. La práctica política de la Era de Trujillo estaba muy lejos de Montesquieu aunque muy cerca de Rousseau. Ya lo dijo el propio Trujillo a los magistrados del poder judicial: “Sois, por un canon constitucional, uno de los tres poderes que informan la fuerza del Estado, y estáis investidos en virtud de la concepción orgánica del Gobierno, de la elevada función de la conciencia social. En mí reposa la capacidad del poder ejecutivo, y represento por ello, en la ideología y en los hechos, la voluntad del pueblo y es por ello, por nuestra natural correlación en el engranaje de las instituciones de la Nación, por lo que os he invitado para exponer ante vosotros mis ideas acerca de vuestra investidura”.

Como se puede observar, Trujillo declara representar “en la ideología y en los hechos, la voluntad del pueblo”. Aunque reconoce de palabras, la separación de poderes, no olvida recalcar que: “La democracia no tiene función sino como instrumento de solidaridad. El Estado no cumplirá

fácilmente sus fines fundamentales de organización mientras no se sienta apoyado en una fuerte disposición del individuo a la interdependencia y a la comunidad de intereses. Pero el único aglutinante de la interdependencia es la eficacia de la autoridad. Eso no se obtiene, sin embargo, cuando la autoridad responde verdaderamente a los reclamos legítimos de la conveniencia general”. Conciliar la libertad y la autoridad, requiere, según Peña Batlle, de un pacto a la Rousseau en el que “todos estamos obligados a enajenar un minimum de nuestras prerrogativas individuales en interés del conjunto”. Pero este pacto solo era posible sobre la base de que la historia del pueblo dominicano había sido la del fracaso, la de la incapacidad de dotarse de un régimen que garantizase el orden y el progreso socioeconómico del pueblo, y que “la única voluntad vigilante y la única mirada despierta han sido las del Jefe nato”.

Joaquín Balaguer tendría menos recato en admitir la verdadera naturaleza del régimen trujillista: “El gobierno, tal como lo ha practicado Trujillo es, en otros términos, un gobierno fundado en un fuerte principio de autoridad y en un dominio unipersonal que puede sin hipocresía graduarse de absoluto. Si nos queremos expresar con franqueza, tendremos que admitir que nuestro gobierno no es teóricamente un gobierno democrático [...] pero si [...] hemos creado, en cambio, nuestra propia democracia, y gracias a Trujillo somos hoy el pueblo más auténticamente igualitario que existe en el Continente americano”.

Alrededor de Trujillo se conforma una concepción del poder y de la soberanía que Andrés L. Mateo resume de este modo: “Trujillo unirá la antinomia de base de Rousseau y Hegel, él será el Estado y el príncipe, el Estado y el Soberano, la voluntad general y la sangre real. Desmesura lógicamente irreconciliable, en la racionalización que opera todo corpus ideológico. Lo que el contrato social (de inspiración roussoniana) estableció fue la ley como expresión de la voluntad popular del contrato; ello sustituyó el edicto regio (las Bulas y las Cédulas Reales) marcando una mediación en lo referente a la interactuación social entre razón e historia. Trujillo personifica el Edicto Regio y la Ley, la fusión mitológica de lo viejo y lo moderno brotando ‘de un solo individuo que realiza el misterio de engendrarse a sí mismo”.

Dado que Trujillo afirmaba comprender la esencia de la realidad dominicana, puesto que él personificaba la sociedad y la nación, y dado que su régimen estaba “unido con la existencia de la nación dominicana”, estaba claro que no podía haber división de poderes. Cada grupo estaba integrado y coordinado por el Jefe en un sector corporativo -justicia, educación pública, policía, salud, comunicaciones- que trabajaba no para el beneficio de ese sector sino para el de toda la nación. La manera en que

el propio Trujillo describe este sistema recuerdan las palabras de Rousseau cuando nos advierte no confundir la voluntad general con la voluntad de todos: “Es esencial que trabajemos como un equipo, en espíritu de amistad, y acostumbándonos a la idea de que la nación solo alcanzará la madurez política a través de una adecuada conciencia social, enteramente diferente de la posición particular de cada individuo”.

Esta concepción trujillista del Estado y del poder, influiría poderosamente en la transición a la democracia, en particular, en el discurso fundacional del régimen de los Doce Años (1966-1978). Joaquín Balaguer afirma -en su discurso inaugural como Presidente el 1 de julio de 1966- que “un estado de derecho significa simplemente que todas las instituciones y todos los ciudadanos del país se someten a la ley y que nadie, ni el propio Gobierno ni el último de los gobernados, podrá en lo sucesivo sustraerse al imperio de la Constitución y al de las demás normas legales”. Sin embargo, meses más tarde afirmaría que “afortunadamente [...] las Constituciones, en países como el nuestro, han sido, son y serán durante mucho tiempo todavía simples pedazos de papel”. Es el mismo Balaguer que en 1952 afirmara: “La democracia, aún en los países latinoamericanos que se precian neciamente de poseer un buen régimen de gobierno, no es más que una palabra vacía que se traslada con frecuencia al papel, pero que no existe en hecho porque no puede haber justicia ni libertad en pueblos donde los hombres viven todavía como en plena Edad Media”.

Rosario Espinal analiza con perspicacia e incisión esta influencia del discurso trujillista en Balaguer: “Su apelación dual a la ley y a la capacidad del líder se fundía en un discurso contradictorio pero a la vez cargado de efectividad política en un momento en que, amplios sectores de la sociedad claudicaban ante un líder que prometía organizar la casa. Así, de la misma forma que lo hiciera Trujillo décadas más tempranas, Balaguer proclama la Ley, y el respeto a ella, como la clave de toda convivencia social armónica y el camino a la civilización. [...] Pero como la Ley ni con Trujillo ni con Balaguer (en el primero peor que en el segundo) adquirió realmente un estatuto importante, y como ella siempre se subordinó a los dictados personales, ello tendría un efecto limitado en la conformación de identidades políticas nuevas en la sociedad dominicana. De la mentira social que había forjado Trujillo entre un real respeto a la ley y el personalismo, pasaríamos a otra mentira similar aunque la distancia entre la esfera de lo legal y el capricho personal se acortara.”

El régimen de Balaguer, a pesar de que estrechó la brecha entre los textos y la práctica política, tuvo un efecto mucho más perverso que el de Trujillo pues, mientras este último mantuvo viva la esperanza de los sectores

liberales y de una izquierda democrática de hacer un día realidad el ideal de la democracia, la separación de poderes y el Estado de Derecho, el primero sumió en el descrédito los valores mismos de la democracia representativa. Así Juan Bosch quien, siguiendo una larga tradición del llamado pesimismo dominicano (José Ramón López, Américo Lugo, Emiliano Tejera y Francisco Henríquez y Carvajal), considera al pueblo dominicano como políticamente atrasado, tras el golpe de estado en 1963, la intervención norteamericana en 1965 y el regreso de Balaguer en el poder, elabora su tesis de la “dictadura con respaldo popular” que busca instaurar un régimen que “no será la llamada democracia representativa, sistema político propio de la sociedad burguesa que ha venido fracasando en América Latina durante más de siglo y medio” y que recuerda el corporativismo trujillista: “En el gobierno de la Dictadura con Respaldo Popular estarán representados, a través de las personas que ellos escojan libremente, todas las organizaciones del pueblo, las políticas, las sindicales, las económicas, las culturales, las científicas, las religiosas, las deportivas, el ejército, la policía, los empleados públicos y cualquier otra organización de cualquier índole”. Este autoritarismo de izquierda que manifiesta la tesis de la dictadura con respaldo popular no es exclusivo de la República Dominicana sino que es propio de toda Latinoamérica, lo que explica, como bien afirma Jorge Castañeda, los avatares de la democracia en la región:

“Durante muchos años, gran parte de la izquierda despreció olímpica y erróneamente a la democracia como una impostura: un mecanismo corrupto y burocrático inventado por las elites locales y los agentes extranjeros para engañar a las masas y hacer que éstas toleren formas de gobierno y dominación contrarias a sus intereses. Esta perspectiva era simplista, esencialmente autoritaria y, en una palabra, falsa. Por otra parte, una buena dosis del comportamiento y de las creencias de la izquierda no fue especialmente democrático. Un sector defendía la lucha armada como la única vía del poder; otro reivindicaba la dictadura del proletariado y la Unión Soviética contra viento y marea; otra facción argumentaba que la democracia era una meta secundaria subordinada al desarrollo, a la justicia económica y social, y sobre todo a la soberanía nacional. En nombre de estos postulados, grandes gajos de la izquierda ignoraron el creciente anhelo democrático. Sólo cuando el autoritarismo en cualquiera de sus odiosas variantes se difundió a lo largo del continente y la afectó directamente, muchos de sus miembros comenzaron a convencerse de las virtudes intrínsecas de la democracia”.

4.1.3 Crítica de la teoría de la separación de poderes

En razón del carácter dogmático que se ha querido imprimir al

principio de la separación de poderes, el mismo ha sido objeto de vigorosas críticas en el terreno del derecho constitucional. Al respecto, Maurice Duverger observa que “esta concepción filosófico-jurídica de tres ‘poderes’ que estarían, por naturaleza y por esencia, separados, es discutible”. En realidad, de acuerdo con esta opinión, esta teoría constituiría una justificación ideológica para lograr un objetivo concreto: disminuir el poder de los gobernantes, haciendo que se limiten recíprocamente, pues, como afirma Montesquieu, para que no haya abuso de poder, es preciso que “el poder detenga al poder”.

Es la línea de pensamiento que sigue Roberto Bergalli, pero con una precisión: el objetivo de limitar el poder es un mecanismo para beneficio de una clase social, viniendo a ser el valor del principio de la separación de poderes relativo y coyuntural. En palabras de Bergalli, la teoría de la separación de poderes “no envía en Montesquieu a una concepción jurídico-constitucional de separación de las diversas esferas de legalidad” sino que “más bien envía, remite, a cierta concepción de las relaciones entre las clases sociales en lucha, en el marco del período de transición en que Montesquieu pensaba. Lucha que revela que la división de esos poderes había aprovechado a la nobleza -entonces clase dominante- cuya fortaleza se había institucionalizado en la cámara alta”. Bergalli parece hacerse eco aquí de la tesis de Louis Althusser quien afirma:

“Se debe llegar a la conclusión de que la nobleza gana, con este proyecto [de repartición de poderes propuesto por Montesquieu], dos ventajas considerables: en tanto, qué clase, se convierte directamente en una fuerza política reconocida en la Cámara alta; y también, tanto por la cláusula que excluye del poder real el ejercicio del juicio, como por la que reserva este poder a la Cámara alta cuando se trata de nobles, se convierte en una clase cuyo futuro personal, posición social, privilegios y distinciones quedan garantizados contra las empresas del rey y del pueblo”.

Es imposible poner fin en este espacio a un debate doctrinal que apenas ha comenzado, pero pensamos que, independientemente de que la doctrina de Montesquieu sobre la separación de poderes haya sido diseñada consciente o inconscientemente con la finalidad de beneficiar a un determinado grupo social u órgano estatal, la misma ha gozado de un grado de alta influencia teórica y política, desaparecido ya el contexto social, político y económico que le dio origen. Es precisamente sobre la relevancia actual de la tesis de Montesquieu donde las críticas tienen un mayor impacto. De acuerdo con Karl Loewenstein, el constitucionalismo moderno se mantiene firme en el principio de la separación de poderes, “sin tener en cuenta su superación y alejamiento de la realidad en el siglo XX”. Y es

que “un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido, pues, una integración de estos dos poderes”.

Más aún, el principio de la separación de poderes de Montesquieu se basa en una Constitución que no existía en Inglaterra en el momento en que escribe el publicista francés. La monarquía moderada que propone Montesquieu, caracterizada por poderes intermedios, subordinados y dependientes, no existía ya al momento de escribirse *El espíritu de las leyes*, pues como bien afirma su propio autor, “los ingleses han suprimido todas las potencias intermediarias que formaban su Monarquía”, siendo Inglaterra “una nación en que la República se oculta bajo la forma de una monarquía”. La monarquía moderada que desea Montesquieu es la de la Constitución nominal inglesa que había sido abandonada por la Constitución real en la medida en que los ingleses avanzaban hacia el parlamentarismo. Es por ello que se ve precisado a dar una interpretación forzada de la Constitución inglesa de su tiempo, lo que parecería justificar al afirmar: “No soy quién para examinar si los ingleses gozan ahora de libertad o no. Me basta decir que está establecida por las leyes y no busco más”.

Pero precisamente el genio político de Montesquieu radica en conducir a sus lectores a considerar el grado de libertad que existía en Inglaterra en su época y que era tan admirado en el continente como consecuencia de la separación de poderes explicado por Montesquieu. Como bien afirma Elisabeth Zoller: “Que la interpretación del régimen inglés por Montesquieu ha sido algo forzada es indudable. Pero eso no es lo esencial. El hecho esencial es que Montesquieu propone una doctrina política universalmente válida para todo régimen constitucional cual que sea el estado del cuerpo social, aristocrático o democrático, igualitario o no. La teoría de la separación de los poderes es una técnica constitucional, una mecánica universalmente válida para garantizar la libertad política, y es esa cualidad la que explica su fortuna”.

4.1.4 Hacia una reconceptualización de la organización del poder

Una serie de fenómenos contemporáneos impactan directamente en la definición e implementación del principio de la separación de poderes. En la actualidad, aunque las funciones tradicionalmente reconocidas al Estado están básicamente asignadas a un órgano determinado -la legislativa al parlamento, la ejecutiva al gobierno y la jurisdiccional a los tribunales- en el Estado moderno cada uno de estos órganos no solo colabora

armónicamente con los demás -como el auxilio que debe prestar la rama ejecutiva cuando la justicia requiere de la fuerza pública para hacer cumplir sus providencias- sino que ejerce autónomamente funciones de otros poderes, como lo evidencia el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y el poder sancionador de la Administración.

Por otro lado, los destinatarios del poder, como bien explica Loewenstein, mediante su organización “en los cuadros de los partidos políticos, se elevan a la condición de un detentador del poder independiente participando directamente en el proceso político a través de elecciones, procedimientos de referendum e impacto de la opinión pública en los otros órganos estatales”. Los partidos políticos, cuyo rol en el proceso político es crecientemente reconocido de modo textual por los ordenamientos constitucionales, aparecen como legítimos detentadores del poder.

Asimismo, al lado de los detentadores de poder visibles (gobierno, parlamento, judicatura), ha hecho su aparición unos detentadores del poder invisibles en forma de asociaciones y grupos de interés que influyen directamente en la formación de la opinión pública, en las actitudes y percepciones del electorado, en la toma de decisiones por parte de los detentadores del poder visibles. Los medios de comunicación de masas juegan un rol importantísimo en la formación y moldeamiento de esta opinión pública.

A todo esto, se suma el hecho de que, se ha producido una desmonopolización de la potestad normativa y de la potestad sancionadora del Estado. No solo el Congreso Nacional dicta normas con carácter general y obligatorio, sino que lo mismo, hace el Poder Ejecutivo al dictar reglamentos y los órganos públicos con facultad constitucional para dictar normas como es el caso de la Junta Monetaria, del Banco Central. Del mismo modo, con más frecuencia otros órganos del Estado, reguladores de la economía, tienen la facultad de dictar normas, facultad que se extiende transversalmente a nivel territorial con las ordenanzas municipales. En cuanto a la potestad sancionadora, la misma se extiende no solo a órganos públicos, como la judicatura y la Administración, sino que también se asigna a órganos privados, como lo son las asociaciones privadas, quienes asumen la potestad de dictar normas con carácter obligatorio para sus miembros y de solucionar controversias que surjan entre sus miembros a través de los medios alternativos de resolución de disputas. De manera que las tradicionales funciones estatales de legislar y de juzgar quedan ampliamente desmonopolizadas en un entorno mucho más variado y complejo que el que normaron las Constituciones decimonónicas.

Para reconceptualizar la organización del poder, es preciso tomar en cuenta lo que apunta Loewenstein: “Lo que en realidad significa la así llamada ‘separación de poderes’, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que, por una parte, el Estado tiene que cumplir determinadas funciones -el problema técnico de la división del trabajo- y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino, la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado”.

La distinción tradicional de las funciones del Estado ha reposado tradicionalmente en el carácter central de la legislación con relación a la cual se identifican la función ejecutiva y la función judicial. Sin embargo, esta concepción tradicional de las funciones estatales perdió poder explicativo porque definió la actividad del Poder Ejecutivo restringiéndola exclusivamente a la ejecución de las leyes, olvidando que el Poder Ejecutivo, no solo participa activamente en el proceso de elaboración de las leyes, sino que además, tiene una potestad normativa propia y autónoma que le permite, al igual que la legislatura, dictar normas generales y obligatorias. Por otro lado, al Poder Ejecutivo se le reconoce una potestad sancionadora que rivaliza con la del Poder Judicial, lo cual, sumado a la creciente complejidad e interdependencia entre los órganos del Estado y la incidencia de los partidos políticos en el funcionamiento interno de los órganos estatales y en sus relaciones recíprocas, obliga a repensar la explicación de la organización constitucional del poder.

De ahí que “el replanteamiento del análisis de la estructura institucional del Estado ha de incluir, por una parte, un nuevo criterio diferenciador sustantivo que, a su vez, incluya entre las funciones del Estado todo el abanico de actividades que despliega su poder y, por otra, una mejor adecuación a la realidad en la adscripción del desempeño de éstas a las instituciones que de hecho las implementan, dando cabida a los nuevos actores presentes en la actualización del poder estatal como son los partidos políticos y la propia burocracia pública. Se trata, pues, de reclasificar el conjunto de las actividades del Estado y de tener en cuenta la presencia de otras instituciones que operan junto y en los órganos componentes de sus poderes”.

La clasificación que adoptamos, como respuesta a esta necesidad de repensar la organización constitucional del poder, es la provista por Karl

Loewenstein, quien propugna como elemento básico diferenciador de las funciones estatales, la trascendencia política y la intensidad del poder estatal presentes en los actos y decisiones emanados de los órganos del Estado a impulso de las fuerzas políticas que los integran. A partir de este criterio, Loewenstein distingue entre la función de adopción de decisiones políticas fundamentales o función gubernamental, que es la manifestación genuina, superior y profunda de la intensidad del poder del Estado; la ejecución de aquellas decisiones fundamentales que expresan una intensidad menor, por su carácter secundario y derivado, del poder estatal y que conforman la función administrativa del Estado; y, por último, las actividades específicas de control mutuo y recíproco entre los órganos constitucionales o función de control.

4.1.5. Las funciones del Estado

Existen, a juicio de Loewenstein, tres funciones básicas del Estado, a saber: (i) la adopción de decisiones fundamentales o función gubernamental; (ii) la ejecución de la decisión fundamental o función administrativa; y (iii) el control político. Veamos estas funciones en detalle.

4.1.5.1 La adopción de decisiones fundamentales o función gubernamental

Existe una serie de acciones y decisiones que toma el Estado que representan una elección política fundamental para la conformación de la sociedad y que manifiestan en toda su extensión e intensidad el poder del Estado. Dichas acciones y decisiones marcan la dirección política de la sociedad, constituyen su gobierno e integran la función gubernamental. Estas decisiones relevantes que el poder político toma, pueden tener o no carácter normativo pero, en todo caso, contribuyen a satisfacer una exigencia social o a imprimir un cierto sentido al devenir de la sociedad.

La forma primaria y originaria de manifestación de la función gubernamental es la actuación del poder constituyente. Mediante el poder constituyente, la nación elige no solo su sistema político sino, además, dentro de ese sistema, la forma específica de gobierno bajo la cual se desea vivir. Por otro lado, la Constitución que emana de este poder constituyente establece el marco general en el que se aprobarán otras decisiones fundamentales, las cuales, supeditadas a la finalidad y a las modalidades de ejercicio del poder que el texto constitucional instaura, se considerarán desarrollos de la Constitución. En este sentido, se puede afirmar que la adopción del marco constitucional no sólo es la más primordial decisión fundamental sino que la Constitución “se transforma

toda ella en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es el ‘desarrollo’ de la Constitución, del programa que la Constitución contiene”, pues “la Constitución ya no incorpora sólo la concepción política de lo que el Estado debe ser, sino el programa de lo que debe hacer”. Así, las leyes de reforma agraria adoptadas durante la década de los 70 por iniciativa del Presidente Joaquín Balaguer venían a ser un desarrollo legislativo del precepto constitucional que “declara de interés social la dedicación de la tierra a fines útiles y la eliminación gradual del latifundio” y que “se destinan a los planes de la Reforma Agraria” las tierras del Estado y de los particulares (Artículo 8, numeral 13, literal a).

Pero la Constitución no congela las futuras decisiones fundamentales que los poderes del Estado deberán adoptar sino que es un marco de diferentes opciones democráticas que permite la regulación legislativa dentro de los límites que la Constitución establece. Por ello, cuando la Constitución establece que “el Estado podrá convertir sus empresas en propiedades de cooperación o economía cooperativista” (Artículo 8, numeral 13, literal b), esta disposición no debe entenderse como una prohibición constitucional al proceso de privatización de las empresas estatales, pues ello sería consagrar una Constitución cerrada a configuraciones sociales, políticas o económicas que no cuestionen ni pongan en peligro el principio democrático que sirve de base al orden constitucional mismo, transfiriéndose así la titularidad de la soberanía de los vivos a los muertos.

Las decisiones políticas fundamentales, implican casi siempre una alternativa: optar por un modelo económico proteccionista y basado en la sustitución de importaciones o uno liberal basado en las exportaciones; escoger entre un sistema de seguridad social basado en el reparto o uno cuya base es la capitalización individual; una política fiscal favorable al consumo o una que propicia el ahorro; conformar una carrera judicial de jueces inamovibles o continuar con una magistratura primitiva de jueces elegibles por períodos; integrarse en un bloque regional económico o permanecer fuera de éste; privatizar las empresas estatales o continuar con el sistema de empresas nacionalizadas. Estas decisiones, aunque no impliquen una reforma constitucional expresa, constituyen como bien ha señalado Bruce Ackerman una decisión de extraordinaria importancia, al extremo de que convocan una movilización de la ciudadanía, debate y confrontación de ideas, lo cual produce “momentos constitucionales” verdaderos, y profundos procesos de reorganización política, social y económica.

Salvo las decisiones constituyentes, las decisiones fundamentales se adoptan general y frecuentemente a través de leyes. La función gubernamental no se concibe si no incluye la capacidad para hacer leyes pues gobernar, dar órdenes, implica una serie de mandatos y reglas que se manifiestan generalmente bajo la forma de ley. Estas leyes se conciben no como un medio para establecer las condiciones generales del ámbito de la libertad de los individuos sino también como un instrumento de acción para cumplir determinados objetivos de la política constitucional en el ámbito social, económico y político. Pero no todas las leyes pertenecen a la esfera de las decisiones fundamentales: un gran número de leyes, como veremos más adelante, hay que ubicarlas en el terreno de la función administrativa, de la aplicación o ejecución de las decisiones fundamentales.

La función gubernamental no puede adscribirse a un sólo órgano pues ésta es compartida por varios detentadores del poder. Aparte de la actuación del poder constituyente limitada a las decisiones originarias, en la adopción de las decisiones políticas fundamentales participan primordialmente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Esta participación, principalmente en el campo de las relaciones internacionales y del sometimiento de proyectos de leyes, se da bajo la forma de cooperación. Así, aunque constitucionalmente el Poder Ejecutivo puede suscribir en nombre del Estado dominicano los tratados internacionales que juzgue convenientes y en interés de la nación, la Constitución exige que dichos tratados sean ratificados por el Congreso Nacional. Del mismo modo, “aunque las Asambleas conservan su carácter de poder deliberante y legislativo, de hecho en el desarrollo de la legislación el protagonismo corresponde al Gobierno, quien impulsa y dirige la actividad parlamentaria, no sólo mediante la iniciativa y las facultades que tradicionalmente le son reconocidas, sino también, y de modo muy sustancial, a través del partido político mayoritario o la coalición de partidos que le apoyan”.

También participan en la toma de decisiones fundamentales, en la medida en que la Administración es autónoma y profesionalizada, los niveles superiores de la Administración quienes contribuyen a la preparación y determinación del contenido de las decisiones políticas fundamentales. Y los tribunales constitucionales, en tanto tienen la misión de interpretar la Constitución y validar o no, las decisiones políticas fundamentales, son partícipes en la función gubernamental. Finalmente, a pesar de que todavía “la gran masa de los destinatarios del poder está excluida de la iniciativa de la decisión política fundamental,” la participación del electorado en la ratificación de las decisiones políticas fundamentales es cada día más frecuente, como lo evidencia el hecho de que muchos ordenamientos exigen

que las reformas constitucionales y decisiones fundamentales tales como la ratificación del Tratado de la Unión Europea por alguno de los países miembros de la Unión Europea o el estatuto de Puerto Rico ,sean decididos por el pueblo a través de un referendun.

4.1.5.2 La ejecución de la decisión fundamental o función administrativa.

La función administrativa incluye los actos ordinarios de la Administración pública -lo que se conoce como la función administrativa estricto sensu-, determinadas resoluciones del Congreso Nacional, un número elevado de actos del Gobierno y la función judicial. Esta función conlleva una menor intensidad en el despliegue del poder estatal, pues, abarca actividades estatales subordinadas a la ejecución y aplicación de las decisiones fundamentales.

No obstante que las leyes son el medio más frecuente para la adopción de las decisiones políticas fundamentales, la mayoría de las leyes, por su limitado alcance, reducida generalidad, bajo grado de abstracción, carácter utilitario o técnico, transitoriedad, pertenecen al ámbito de la función administrativa. La codificación de los bienes para fines de liquidación de los aranceles aduaneros, las disposiciones sobre medidas y pesos, telecomunicaciones, etc., son ejemplos de estas leyes administrativas. El surgimiento de estas leyes es una clara muestra de que, tal como afirmaba Loewenstein, “la legislación ha dejado [...] de ser una categoría funcional separada o separable del resto de las otras actividades estatales, tal como era concebida en la teoría clásica de la separación de poderes”.

Pero el órgano que ejerce con más frecuencia la función administrativa es la Administración, a quien le corresponde la mayor parte de la ejecución de las decisiones políticas fundamentales y de la totalidad de la actividad estatal. Las actividades de esta Administración que marcan todos los ámbitos de la intervención estatal, desde el área económica a la social, desde la salud hasta la enseñanza y el medio ambiente y que han contribuido a transformar a lo largo del siglo XX el Estado legislativo en Estado administrativo, no se limitan sin embargo a la simple ejecución de la ley. La creciente legislatividad de la Administración contribuye de ese modo a afirmar, tal como señala Gustavo Zagrebelsky:

“[...] un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de las leyes que simplemente indican tareas, restablece situaciones de supremacía necesarias para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización. En estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa

de un malentendido, de mera ejecución de la ley. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos. En estos casos, en efecto, es propio de la Administración, y no de la ley, ‘individualizar el área sobre la que debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica’”.

Forma parte de la función administrativa la función judicial pues la misión de los tribunales consiste básicamente, en la aplicación del derecho a personas involucradas en disputas o controversias concretas, que la intervención judicial pone fin. No por casualidad se habla, al referirse a la actividad judicial, de “administración de justicia,” lo cual conllevó en la concepción francesa de la separación de poderes a no considerar a la justicia como un poder sino como una simple autoridad. Esta opinión es compartida por Loewenstein: “Dado, pues, que el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal”. Como veremos más adelante, se comienza hoy a reconocer una potestad normativa a los tribunales no solo constitucionales sino también a los de casación que forman lo que se conoce como la “jurisprudencia legislativa”, por lo que la judicatura participa también de la adopción de las decisiones políticas fundamentales. Pero, en todo caso, se admite que, en rigor, la labor de los tribunales consiste, al igual que la de la Administración, en la ejecución de la ley, aunque mediante procedimientos distintivos y especiales que implican la solución de una controversia previo un juicio conforme a las garantías jurisdiccionales que más adelante estudiaremos y que hacen que la actividad jurisdiccional, dentro de la función administrativa, constituya una “categoría propia individualizada”.

Al igual que la función gubernamental, la función administrativa está distribuida entre los diferentes detentadores del poder. “El parlamento participa al formular a través de la legislación la decisión política tomada, y al establecer para la comunidad las reglas puramente técnico-utilitarias. El gobierno participará en esta función a través de la administración por

medio de sus autoridades y funcionarios y, finalmente, los tribunales lo harán al resolver los casos concretos de conflictos de intereses, así como al controlar ampliamente la legalidad de la administración, es decir, si la actividad administrativa se encuentra de acuerdo con la ley”.

4.1.5.3 La función de control político.

Si el constitucionalismo constituye la búsqueda de los mecanismos más eficaces para moderar y limitar el poder político, si, como afirma Montesquieu, “para que no pueda abusarse del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder limite al poder”, una de las funciones estatales claves es la del control político.

Como afirma Loewenstein, “el mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida”. Esta distribución del poder entre los diferentes detentadores implica una limitación y un control en la medida en que el poder detiene al poder, creándose así un sistema de frenos y contrapesos, pues el acto estatal solo podrá ser llevado a cabo cuando los diferentes detentadores del poder están dispuestos a una actuación común. Este control por efecto de la distribución del poder se manifiesta en la necesaria cooperación de las dos Cámaras en la elaboración de la ley y en la exigencia de una confirmación del Senado para determinados nombramientos hechos por el Poder Ejecutivo.

Pero el control político no se agota con la distribución del poder. La Constitución establece unos mecanismos de control del poder autónomos que el detentador del poder ejerce discrecional e independientemente. Tal es el caso del veto presidencial y de la facultad de los tribunales de controlar la constitucionalidad de los actos y de las leyes, que tanto el presidente, como los tribunales, son libres de ejercer independientemente de la acción de otros detentadores del poder. Este control autónomo del poder permite a un detentador del poder impedir la realización de un acto estatal o disolver un órgano estatal, como ocurre con la disolución del parlamento por el gobierno o el voto de no confianza del parlamento al gobierno.

Como bien afirma Loewenstein, “el punto crítico de la función de control político yace en la posibilidad de exigir responsabilidad política”, es decir, en el hecho de que un determinado detentador del poder, tenga que rendir cuenta a otro detentador del poder, sobre el cumplimiento de la función que le ha sido encomendada. El control político implica, por tanto, la responsabilidad de los detentadores del poder, lo que los norteamericanos

denominan la accountability. Esta “accountability” puede ser vertical, como es el caso de la que se deriva de las elecciones e, incluso, de las críticas que realizan los medios de comunicación sobre los funcionarios, los actos y las conductas gubernamentales. Pero el control político conlleva, además, la accountability horizontal, que es la que ejercen determinadas agencias estatales (tales como fiscalías, contralorías, ombudman, etc.) sobre otras agencias. La trascendencia de esta accountability horizontal ha sido resaltada por Guillermo O’Donnell:

“Sean parlamentaristas o presidencialistas, unitarios o federales, tengan una división constitucional del poder o carezcan de ella, las poliarquías formalmente institucionalizadas cuentan con varias agencias investidas de autoridad legalmente definida para supervisar y eventualmente sancionar (o disponer que otras agencias sancionen) acciones ilegales emprendidas por otros agentes estatales. Esta es una expresión, generalmente pasada por alto, del imperio de la ley en uno de los ámbitos en que es más difícil implantarla: el control de los agentes estatales, especialmente de quienes ocupan los cargos públicos más altos, sean o no electos. La idea básica, es que las instituciones formales tienen límites legalmente establecidos y bien definidos, que circunscriben el adecuado ejercicio de su autoridad y que existen agencias estatales encargadas de controlar y corregir las violaciones de estos límites por parte de cualquier funcionario o agencia. Estos límites están estrechamente relacionados con la frontera privado/público, puesto que quienes desempeñan roles en la última esfera se supone que están obligados a seguir reglas universales y públicamente orientadas, no sus intereses particulares. Obviamente, la efectividad de estas reglas depende de la existencia de agencias estatales -en especial, aunque no exclusivamente, los tribunales- que ejerzan los controles horizontales, no sólo nominalmente sino también en la práctica”.

4.2. La Organización de la Libertad.

El poder se organiza en la Constitución para la preservación de la libertad, pues, el Estado es posterior a la persona humana, cuyos derechos fundamentales es finalidad principal del Estado, proteger conforme el Artículo 8 de la Constitución.

4.2.1 Los Derechos Fundamentales.

El término “derechos fundamentales” no aparece en la Constitución dominicana. Más aún, no es con ese término que se definen los derechos en el momento de imposición del Estado Constitucional, sino que es un término que se acuña muchos años después de que el Estado Constitucional

se hubiese afirmado en Europa, y sólo se utiliza en el sentido que hoy le damos en el constitucionalismo posterior a la Gran Guerra y, principalmente, posterior a la Segunda Guerra Mundial.

El término nació en Alemania -Grundrechte- y es utilizado por vez primera en la Constitución del 20 de diciembre de 1848: “Los Derechos Fundamentales del Pueblo Alemán”. Dada la poca vida de dicha constitución, el término -en tanto concepto constitucional operativo- quedó, más que en desuso, inédito. Los alemanes no lo usarían sino hasta la Constitución de Weimar la que, en su Segunda Parte, consagraría los “Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los Alemanes”. El término volverá a ser utilizado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, a partir de ese momento, los derechos fundamentales como concepto clave del derecho constitucional quedarían afincados no solo en el derecho constitucional alemán sino en el “derecho constitucional común europeo” de que nos habla Peter Haberle.

4.2.2 Definición de los derechos fundamentales.

Al introducirse el concepto de derechos fundamentales lo que se busca es marcar un cambio en la naturaleza y en las dimensiones de las libertades y derechos entendidos en el sentido clásico de las libertades públicas e intentar una aproximación con la doctrina alemana de los derechos fundamentales, que es el fundamento en gran medida, del derecho constitucional común europeo de los derechos y libertades y del derecho internacional público americano de los derechos humanos.

Los derechos y libertades fundamentales designan simplemente los derechos y libertades protegidos por normas constitucionales y/o regionales -en nuestro caso, americanas- e internacionales. De modo que todos los derechos y libertades que se benefician de una protección constitucional, regional o internacional son derechos fundamentales, cualquiera que sea su grado de “fundamentalidad”, y todos los derechos y libertades que no son reconocidos en el plano constitucional, regional o internacional no son derechos fundamentales.

No hay que distinguir entre derechos constitucionales fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales -como lo hacía Schmitt- porque los derechos y libertades son fundamentales desde el momento mismo en que están protegidos a nivel constitucional, regional o internacional. Decir que hay derechos constitucionales no fundamentales porque no son fundamentales es como afirmar que el derecho a la intimidad privada no es una libertad pública porque no hay nada público en este derecho o que los “derechos civiles” deben estar sometidos al régimen

del derecho civil. Para que un derecho sea fundamental, basta con que esté protegido en el plano constitucional, regional o internacional.

4.2.2.1 Derechos del hombre y derechos fundamentales.

Estas expresiones son usualmente usadas como sinónimas pero no significan lo mismo. Los derechos del hombre son los derechos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos, mientras que los derechos fundamentales son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente. Los derechos del hombre se fundamentarían en la propia naturaleza humana y de ahí su carácter inviolable, intemporal y universal. Los derechos fundamentales serían los derechos objetivamente vigentes en un ordenamiento jurídico concreto.

4.2.2.2 Derechos del hombre y derechos del ciudadano.

La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789 distingue entre los “derechos del hombre”, que corresponden a quien disfruta del *status personae*, es decir, a quien tiene personalidad o subjetividad jurídica, a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y “derechos del ciudadano” que corresponden en exclusiva a aquellas personas que disfrutaban del *status civitatis*, o sea, a los ciudadanos. Conforme a la Constitución, los únicos derechos que se reconocen a los ciudadanos son los “derechos políticos”, los cuales son el derecho al voto y el derecho a ser elegible (Artículo 12).

4.2.2.3 Derechos naturales y Derechos Civiles.

Vinculada con la distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, es la que diferencia entre “derechos naturales” que son inherentes al individuo y anteriores al contrato social y “derechos civiles”, entendiéndose estos últimos como derechos del ciudadano, *civil rights* en la terminología norteamericana, o sea, derechos pertenecientes al individuo como ciudadano. En nuestro ordenamiento, y tal como dispone el Artículo 7 del Código Civil traducción literal del código napoleónico del mismo nombre, “el ejercicio de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano”.

4.2.2.4 Derechos Civiles y libertades o derechos políticos.

Es a Sieyes a quien se debe la distinción entre derechos civiles y derechos políticos que subyace tras nuestra Constitución y el supracitado Artículo 7 del Código Civil. Los derechos civiles deben beneficiar a todos los individuos en tanto que los derechos políticos deben ser atribuidos solo a quienes deben tomar parte activa en la formación de los poderes públicos, es decir, a los ciudadanos activos.

4.2.2.5 Derechos Civiles y derechos o libertades individuales.

La doctrina francesa, tras haber segregado a los derechos políticos del conjunto de derechos civiles, pasa a considerar estos últimos como derechos individuales o libertades individuales, reflejando así de manera más clara el influjo de la filosofía individualista de la escuela liberal. Esta terminología de “derechos individuales” es la que recoge la Constitución en la Sección I de su Título II.

4.2.2.6 Derechos fundamentales y libertades públicas

El cambio de denominación propuesto no corresponde, como piensan aquellos para quienes sólo cuenta el derecho francés, a una moda pasajera. En verdad corresponde a un cambio estructural e irreversible que se explica y se vincula con el fenómeno global de la mutación del orden jurídico y del reemplazo de la legalidad por la constitucionalidad como eje central de este orden jurídico. Las libertades públicas corresponden al Estado legal, al reino de la ley, a lo que Hauriou llamaba el “régimen administrativo”. Por el contrario, los derechos fundamentales corresponden al Estado de derecho y a la supremacía de las normas constitucionales.

Las libertades públicas difieren de los derechos fundamentales en varios aspectos:

- Las libertades públicas eran esencialmente protegidas contra el poder ejecutivo mientras que los derechos fundamentales deben ser protegidos contra todos los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- La protección de las libertades públicas se apoyaba en la ley y los principios generales de derecho, mientras que los derechos fundamentales requieren la aplicación de las normas constitucionales y/o americanas e internacionales.
- La jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial podían asegurar la protección de las libertades públicas en la medida en que éstas se dirigen contra los actos administrativos y se apoyan sobre la ley y los principios generales de derecho. Estas jurisdicciones son, sin embargo, necesarias pero insuficientes para proteger los derechos fundamentales que requieren la intervención de la jurisdicción constitucional y/o de la jurisdicción interamericana.
- Las libertades públicas no eran más que garantías en las relaciones verticales entre el poder público y los particulares. En contraste, los

derechos fundamentales son vinculantes en las relaciones horizontales entre los individuos.

- Los beneficiarios o titulares de las libertades públicas eran los individuos, mientras que los derechos fundamentales pueden ser invocados igualmente por las personas morales de derecho privado o de derecho público.

Debido a la constitucionalización y a la internacionalización crecientes del derecho de las libertades, la mayor parte de las libertades públicas han devenido o devienen derechos fundamentales, de modo que estos últimos se benefician de la protección ya asegurada a las libertades públicas. Es a esta conclusión a la que llega Jean Rivero, fundador de la disciplina quien, al constatar que es imposible establecer “una jerarquización que rechaza tanto la noción de constitucionalidad que no comporta grados como el derecho europeo”, declara que todas las libertades provengan del ordenamiento interno o del europeo “son igualmente fundamentales”. Con esta admisión de Rivero, es indudable que la disciplina de las libertades públicas entra en crisis.

4.2.2.7 Derechos fundamentales y garantías.

Se distingue usualmente entre derechos y garantías. Las garantías no son más que los mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Tal es el caso del habeas corpus, la acción de amparo y la garantía del debido proceso. Rigurosamente hablando y no obstante el carácter instrumental de protección de los derechos que tienen, las garantías son también derechos fundamentales.

4.2.2.8 Derechos individuales y derechos sociales.

Desde la reforma constitucional de 1955, la Constitución incorpora los “derechos sociales” junto con los derechos individuales. El catálogo constitucional de los derechos sociales es enriquecido y ampliado por el catálogo de “derechos económicos, sociales y culturales” contenido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en otros instrumentos internacionales.

4.2.2.9 Derechos fundamentales y garantías institucionales.

Se distinguen las garantías institucionales de los derechos fundamentales. La diferencia básica entre ambos conceptos es que los derechos fundamentales garantizan derechos atribuidos a personas, en tanto que las garantías institucionales protegen instituciones. Muchas veces derechos fundamentales están estrechamente vinculados a garantías

institucionales, como ocurre con la garantía institucional de la propiedad y el derecho de propiedad o con la garantía institucional de la asociación y el derecho de asociación. Sin embargo, en ocasiones hay garantías institucionales desvinculadas de derechos fundamentales, como ocurre con la garantía de la autonomía municipal y la garantía de la autonomía del ente emisor de moneda. Ambas figuras se aproximan porque la garantía institucional puede ser entendida como la salvaguarda del núcleo esencial de las instituciones.

4.2.2.10 Derechos fundamentales, principios fundamentales y valores fundamentales

Como bien afirman Favoreau et al., “la palabra ‘fundamental’ ejerce una atracción particular sobre los juristas, o al menos, sobre algunos de entre ellos que desean darle un sentido uniforme o unívoco, lo que a veces provoca confusiones”. Y si, como decía Mallarmé, la misión del poeta es “dar un sentido más puro a las palabras de la tribu”, habrá que asignarle esta tarea al jurista, principalmente en lo que se refiere al adjetivo “fundamental” que, por su simplicidad aparente, ha tenido la suerte de ser utilizado con tanta frecuencia en el lenguaje corriente.

Los derechos fundamentales y los principios fundamentales no deben confundirse. Los derechos y libertades fundamentales son los derechos y libertades protegidos por las normas constitucionales o internacionales, aunque algunos de ellos pueden estar contenidos en los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” que, según la jurisprudencia constitucional francesa, tienen valor constitucional. Aunque puede haber derechos fundamentales no escritos al igual que los principios, la gran mayoría de los derechos y libertades fundamentales están escritos en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en las propias constituciones.

Muchos derechos fundamentales consagran valores fundamentales. El derecho a la vida, la prohibición de las torturas y de tratos degradantes, son todos derechos y libertades que corresponden al valor fundamental de la dignidad humana. Pero ese valor no es lo mismo ni es igual que el derecho fundamental. Hay derechos fundamentales que no corresponden a valores fundamentales: tal es el caso de los derechos de los consumidores de la Constitución portuguesa. Como bien expresan Favoreu et al., “se puede lamentar [...], la utilización de la palabra ‘fundamental’ en la expresión derechos y libertades fundamentales, pues parece indicar una referencia obligada a unos valores fundamentales o esenciales, cuando no es así siempre, e inversamente ciertos consideraran que algunos valores

fundamentales deberían ser consagrados como derechos y libertades fundamentales, es decir, constitucionalmente protegidos, y no lo son; pero es muy tarde para retroceder pues la expresión ha sido consagrada como tal en las constituciones más recientes”.

4.2.2.11 Derechos fundamentales como concepto genérico.

La gran ventaja de la expresión derechos fundamentales es que cubre todos los derechos protegidos constitucional o internacionalmente sin tener que distinguir entre derechos y libertades, entre derechos de la primera generación (libertades clásicas que implican una abstención estatal) y derechos de la segunda generación (derechos económicos y sociales que imponen al Estado el deber de satisfacer determinadas prestaciones). Desde el momento en que estos derechos son protegidos por normas constitucionales o internacionales, éstos entran en la categoría de derechos fundamentales. Esto no significa, sin embargo, que todos los países respetan o hacen respetar la misma lista de derechos fundamentales: Estados Unidos sólo consagra en su ordenamiento los derechos de la primera generación en tanto que en la Europa continental, se reconocen como derechos fundamentales los derechos de la segunda generación.

Así, los derechos fundamentales constitucionales y los derechos fundamentales americanos aparecen como dos especies de un mismo género -los derechos fundamentales- unidas por una característica: ambos están al abrigo de todos los poderes públicos que no pueden suprimirlos o atentar contra su esencia so pena de ser sancionados por el juez constitucional o el juez interamericano. Como bien explica Favoreu et al, “el adjetivo ‘fundamental’ significa entonces en realidad que el poder constituyente en cada país o la comunidad internacional [a nivel americano] han decidido poner un cierto número de valores o garantías fuera del alcance de las mayorías y de los ejecutivos que éstas sostienen”.

Se trata, sin embargo, de dos especies diferentes. Muchas veces, cuando las constituciones son antiguas, el dominio de los derechos fundamentales americanos es más amplio que el de los derechos fundamentales consagrados por los diferentes ordenamientos constitucionales americanos. En algunos casos, cuando se trata de constituciones recientes o cuando la jurisprudencia constitucional interna es más avanzada que la internacional, el ámbito del derecho fundamental constitucional es mayor -o mejor definido- que el de su correspondiente derecho fundamental americano. De todos modos, el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, que obliga al previo agotamiento de los recursos internos, limitan la intervención

internacional sólo a aquellos casos en los que el derecho local no haya protegido debidamente los derechos fundamentales americanos. En todo caso, hay una gran complementariedad entre ambas especies en la medida en que la esfera del sistema internacional de protección de los derechos humanos y el sistema interno, son interdependientes y que la aplicación interna del derecho internacional de los derechos humanos exige una retroalimentación con el derecho constitucional.

Los manuales o tratados contemporáneos de derecho constitucional del país origen de nuestra legislación -Francia- no contienen un capítulo sobre las libertades y derechos fundamentales. Esto distingue a Francia de países como Alemania, Italia o España, donde desde hace décadas, los derechos fundamentales forman parte de los cursos de derecho constitucional. La distancia es todavía mayor entre Francia -e incluso los demás países europeos- con relación a los Estados Unidos, pues el “constitutional law” norteamericano es consagrado básicamente a los derechos y libertades fundamentales. La tradición francesa -a partir de 1954- ha sido la de concentrar en un curso de “libertades públicas” donde se enseña básicamente un derecho administrativo de las libertades: no por casualidad el primer manual de libertades públicas es de la autoría de un eminente administrativista francés, el profesor Jean Rivero. A finales de la última década del siglo XX, la doctrina constitucional francesa comienza a prestar atención a las libertades y derechos fundamentales, como evidencian las obras de Zoller (1998) y Favoreu y compartes (1999). La aproximación a los derechos en estas obras, contrario al estudio de las libertades de los constitucionalistas Esmein y Hauriou a principios del siglo XX, se realiza desde una óptica que combina el derecho comparado, el derecho internacional público y el estudio de la jurisprudencia constitucional.

4.2.3 Clasificación de los derechos fundamentales.

Uno de los aspectos más difíciles de abordar es el de la clasificación de los derechos fundamentales. En la actualidad, sin embargo, esta cuestión, tratada por los más diversos autores, parece presentar una menor relevancia práctica. Y es que el propio carácter histórico de los derechos fundamentales obstaculiza la adopción de una clasificación con valor universal, al tiempo que la misma, dado que debe cumplir una función hermenéutica y sistémica, tiene que adecuarse al ordenamiento constitucional en cuestión.

Muchos se quejan porque la clasificación de los derechos se complica por el anacronismo, la parquedad, las deficiencias y la falta de sistematicidad de nuestra regulación constitucional y ansían una detallada

y sistemática clasificación y enumeración de los derechos fundamentales. Y es que nuestra Constitución apenas se refiere en su Título II, Sección I a los “derechos individuales y sociales”, en su Sección II a los “deberes” y en el Título III a los “derechos políticos”. En este sentido, cabe recordar las palabras de Eugenio María de Hostos: “[...] La enumeración de los derechos, como exposición que han sido, de experiencias sucesivas, no ofrece la congruencia y correlación que los ligan en la naturaleza humana, ni las analogías y diferencias que en ella descubre el pensamiento científico. Sin duda que esta confusión, cuando resulta de manifestaciones históricas de la vida del derecho, es preferible a la enumeración metódica que sólo corresponde a la unidad de pensamiento del legislador.” Aunque “nada se opone a que sea metódica y armónica la exposición de derechos”, como es el caso de “las declaraciones ampulosas de las tres constituciones francesas de 1791, 93 y 95, o las armónicas de la Constitución de 1848 en Francia”, resulta interesante que “las constituciones que menos ordenadamente nos presenten el catálogo de los derechos [como es el caso de la de Estados Unidos, EJP] sean las que con más eficacia política los hayan catalogado”. Esto obliga a que adoptemos una clasificación que, al tiempo que se adapte lo más posible a nuestra regulación constitucional, responda a los planteamientos de la doctrina y jurisprudencia contemporáneas respecto a la conceptualización de los derechos fundamentales, “para darles así un carácter más positivo, sacándoles de la vaguedad en que se mantienen, y para atribuirles su valor específico y relativo en la obra de limitación del poder social que les está encomendada”.

Hay una multitud de clasificaciones de los derechos, propuestas por la doctrina. Hay quienes distinguen entre los derechos civiles y los derechos políticos; entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; entre los derechos de la esfera liberal del individuo aislado (propiedad, libertad de domicilio, etc.) y los derechos a la libertad del individuo en relación con los demás (prensa, opinión). Quizás las clasificaciones de más raigambre, sin embargo, al menos en el derecho europeo de las libertades, sean las elaboradas por la doctrina alemana, la que más se ha esforzado en el tema. Destacan paradigmáticamente las clasificaciones de George Jellinek y la de Carl Schmitt, las cuales estudiaremos para luego abordar nuestra propuesta de clasificación.

4.2.3.1 La clasificación de Jellinek.

Jellinek distingue tres situaciones del individuo, a partir de las cuales la doctrina moderna desprende tres categorías de derecho: *status negativus*, *status positivus*, *status activus*. El *status libertatis* o *status negativus* comprende aquellos derechos que tienen un carácter defensivo en tanto sirven

para que los individuos protejan una “esfera de libertad” contra el Estado. Viniendo a corresponderse con los clásicos derechos del constitucionalismo liberal, los derechos de la primera generación, en especial, de la concepción norteamericana de los derechos, estos son los derechos reservados a la esfera personal del individuo y que actúan como límite absoluto, como barrera, al poder político estatal. Vienen a representar un ámbito de poder de los ciudadanos donde el Estado no puede intervenir, debiendo abstenerse de todo tipo de regulación al respecto. El *status positivus* corresponde a aquellos derechos que requieren una acción positiva del Estado, una prestación estatal. El *status activus* da a los individuos el derecho a participar en la formación de la voluntad del Estado y de manera global en las actividades políticas.

4.2.3.2 La clasificación de Schmitt.

Schmitt agrupa los derechos fundamentales en torno a los siguientes puntos: (i) los derechos de libertad del individuo aisladamente considerado (libertad personal, libertad de conciencia); (ii) los derechos de libertad del individuo en su relación con los demás (derechos de asociación, de circulación, etc.); (iii) los derechos del individuo en el Estado como ciudadano (derecho a votar y ser elegido, etc.) y (iv) derechos del individuo a prestaciones del Estado (derecho a la seguridad social, a la educación, etc.). Esta es una de las clasificaciones más utilizadas por sus evidentes efectos didácticos.

4.2.3.3 Una clasificación de los derechos con fines pedagógicos.

Todas las clasificaciones ofrecen sus ventajas y sus inconvenientes. Sin embargo, con fines pedagógicos y sin olvidar la estrecha vinculación entre todos los derechos, los derechos fundamentales pueden ser clasificados conforme los siguientes criterios:

- **Derechos de igualdad** que imponen al Estado tratar a todos los individuos de la misma manera.
- **Derechos constitutivos de la personalidad** (derecho a la vida, derecho a la integridad física, libertad ideológica, libertad religiosa, derecho a la seguridad física, derechos al honor, la intimidad y la propia imagen).
- **Derechos de la comunicación física, intelectual y social** (libertad de residencia y circulación, libertad de expresión, derecho a la información, derechos de reunión y de asociación).

- **Derechos políticos** (que son básicamente los derechos de participación política).
- **Derechos económicos, sociales y culturales** (que abarcan los derechos económicos liberales tales como la propiedad y la libertad de empresa, los derechos laborales y los derechos económicos, sociales y culturales de los pactos internacionales de derechos humanos).
- **Derechos garantías** (que son las garantías de los derechos fundamentales, derechos de naturaleza procesal como es el caso de la garantía del debido proceso).

Tema 5

Los Derechos Humanos en el Mundo

Autora:
Juana M. Balmaseda Ripero
Abogada

Sumario

5.1 Evolución de los derechos humanos

- 5.1.1 Visión histórica
 - 5.1.1.1 Antecedentes antiguos
 - 5.1.1.2 El proceso de positivación de los derechos humanos

5.2 La internacionalización de los derechos humanos

- 5.2.1 Consideraciones generales
- 5.2.2 La ONU
- 5.2.3 La Declaración de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948
- 5.2.4 Los pactos de Nueva York de 1966

5.3 La regionalización de los derechos humanos

- 5.3.1 El Convenio Europeo de derechos humanos
- 5.3.2 El Pacto de San José

5.4 La sectorización de los derechos humanos

5.4.1 En relación con las mujeres

5.4.1.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

5.4.1.2 Igualdad del hombre y de la mujer en la Unión Europea

5.4.2 En relación con la infancia

5.4.3 La OIT

5.1 Evolución de los Derechos Humanos.

5.1.1. Visión Histórica

5.1.1.1. Antecedentes antiguos

Lo que hoy consideramos como Derechos Humanos es un concepto del mundo moderno, desconocido en épocas históricas pasadas. No obstante, encontramos en textos antiguos algunos de los rasgos de lo que llamamos “Derechos Humanos”. Las ideas de dignidad, libertad e individualidad se iniciaron en Grecia con los sofistas, con Sócrates, con los estoicos, con Aristóteles. Continuará en Roma, posteriormente, con los ideales cristianos de la dignidad del hombre.

Se suelen citar por la Doctrina como precedentes de las formulaciones positivas de los Derechos Humanos, el Código de Hammurabi (Babilonia, hacia 1750 a.C.) y la Toráh de Moisés (escrita hacia 1.200 a.C.)

Posteriormente aparecen los textos jurídicos medievales, tanto de la Alta como de la Baja Edad Media. La configuración de los derechos humanos como “libertades concretas” que estaban atribuidas a personas, estamentos o ciudades y ligadas muy a menudo al interés de los nobles y de los mercaderes. Una parte de la Doctrina sitúa a la Carta Magna Inglesa de 1.215 como el primer texto jurídico medieval precedente de las modernas Declaraciones de Derechos. Sin embargo, otro sector Doctrinal sostiene que las declaraciones de derechos más antiguas de Occidente son los Fueros españoles (Fuero de León de 1020; Fuero de Jaca de 1.064; de Toledo de 1.085; el Fuero de Vizcaya de 1.452) y las Partidas.

En cualquier caso, de todos los textos medievales considerados como precedentes de nuestros modernos derechos fundamentales, la Carta Magna inglesa, otorgada el 19 de marzo de 1.215 por el Rey Juan Sin Tierra, es el que mayor trascendencia ha tenido, y trasciende el territorio inglés, ya que será el modelo a seguir en el siglo XVIII en Francia y en América a la hora de redactar sus respectivas Declaraciones de Derechos Humanos.

El origen moderno de los Derechos Fundamentales se sitúa en torno a los siglos XVI y XVII, en la etapa histórica del Renacimiento.

Los textos jurídicos de la Colonización española en América, los que se originan en la filosofía de la tolerancia en la época de la Reforma y Contrarreforma, son ejemplos de esta etapa.

Entre los textos jurídicos-positivos ingleses del siglo XVII están la “Petición de Derechos”, el “Bill of Rights” (1.628), que constituye un precedente de las Declaraciones de Derechos posteriores adoptadas por los Estados en la época de la revolución americana.

5.1.1.2. El Proceso de Positivación de los Derechos Humanos

El tema de la libertad de conciencia y religiosa sigue presente en Europa, aunque ya más desde una perspectiva filosófica más que teológica, y asociado al problema de los derechos civiles y políticos en general.

Los derechos fundamentales se constituyen como derechos del individuo inspirados en la ideología liberal del iusnaturalismo racionalista, que se desarrollará sobre todo en Francia y en las colonias inglesas de América del Norte. Inglaterra desempeñará un papel preponderante con sus tres grandes documentos de su historia constitucional: La “Petition of Rights” de 1.628, el “Acta de Habeas Corpus” de 1.679 y la “Declaración de Derechos” de 1.689.

En el siglo XVIII, las Declaraciones americanas son consideradas como las pioneras de las modernas declaraciones de derechos, entre las que destaca, la “Carta de Privilegios de Pennsylvania” de 1.701, y la “Declaración, de Derechos del Buen Pueblo de Virginia” de 12 de Junio de 1.776. La Declaración en sus 16 artículos, recoge derechos individuales (relativos a la vida cívica y espiritual), derechos de carácter político y garantías procesales del individuo (derecho a conocer la causa de la acusación, a proponer pruebas, a ser juzgado rápidamente...)

El otro texto de suma importancia en el mundo moderno es la “Declaración de Independencia de EE.UU.”, de 4 de Julio de 1.776. Dicha Declaración pone de manifiesto dos principios fundamentales: 1º) –la existencia de unos derechos naturales, previos a las relaciones políticas, sociales y jurídicas, e inalienables y 2º) –la idea de convenio o contrato, como fundador de las sociedades políticas, que debe garantizar el respeto a los derechos naturales e inalienables.

Es el primer texto jurídico positivo que consagra determinados derechos y libertades del individuo en los que no cabe la intervención del Estado sin su consentimiento (derecho a la vida, a la libertad, a la búsqueda de la felicidad).

En Europa, la “Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, de 26 de Agosto de 1.789, marca un hito histórico fundamental. En ella se recogen los derechos individuales, los derechos de participación política, las garantías procesales y el derecho de propiedad. Su rasgo más característico es su vocación de universalidad.

En el siglo XIX se generaliza la positivación de los Derechos Humanos o fundamentales en las sociedades europeas y americanas. Aparecen en este siglo los derechos de asociación y sufragio universal y los derechos llamados de segunda generación, los económicos y sociales.

El siglo XX supone la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales. Del Estado liberal se pasa al Estado social y democrático

de derecho. Se busca el refuerzo del sistema de garantías de los Derechos Fundamentales, tanto en el orden interno (tribunales constitucionales) como en el orden internacional. Destaca la constitución de la República de Weimar de 1.919, inspiradora de textos posteriores que consolidan derechos individuales y sociales en el marco del Estado de Derecho.

5.2 La Internacionalización de los Derechos Humanos

5.2.1 Consideraciones Generales

El siglo XX marca una etapa de suma trascendencia cualitativa en cuanto a la protección de los Derechos Fundamentales se refiere. La razón de Estado puede suponer un límite a dicha protección y esta materia que fue considerada tradicionalmente de Derecho interno se va internacionalizando, especialmente a raíz de la entrada en vigor de la Carta de Naciones Unidas que supuso cambios sustanciales en materia de Derecho Internacional. El ordenamiento jurídico sólo reconocía como sujeto de derechos a los Estados, y a partir de 1.945, es la persona, el sujeto de estos derechos fundamentales.

Las graves consecuencias que trajo la Segunda Guerra Mundial, es una de las grandes razones de este cambio, ya que el ser humano “sufrió actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, según recoge la propia Carta de Naciones Unidas.

A partir de este momento, la Comunidad Internacional comprende que esta materia no puede quedar en manos exclusivamente de los Estados y que era necesario, por tanto, internacionalizarla, y así, en caso de violación por parte de los Estados de sus obligaciones en este campo, la Comunidad Internacional podría tomar las medidas oportunas.

Es evidente que las violaciones masivas de los derechos humanos en un Estado, no sólo alteraban la paz y la seguridad de ese Estado, sino que, también, desestabilizaban la paz y la seguridad internacionales.

Es, por tanto, a partir de 1.945 cuando se inicia la protección internacional de los derechos humanos de todas las personas.

5.2.2 La O.N.U.

La voluntad de los Estados de crear un orden internacional para la paz, se manifiesta con determinación a partir de la Segunda Guerra Mundial, como hemos indicado más arriba. El 1 de Enero de 1.942, los 26 países aliados firmaron la “Declaración de las Naciones Unidas”,

también conocido como “Declaración de Washington”, en la que se sientan las bases del nuevo orden internacional. La “Declaración de Moscú” de 1 de Noviembre de 1.943, la de Teherán, de 1 de Diciembre de 1.943, preparan el camino al Proyecto de Carta de las Naciones Unidas, que se ultima en la Conferencia de Yalta de 11 de Febrero de 1.945, en la que se acuerda la celebración de una Conferencia Internacional en los Estados Unidos entre los días 25 de abril y 16 de junio de 1.945, conocida como “Conferencia de San Francisco” en la que participaron 50 Estados y en la que se adoptó por unanimidad, la “Carta de las Naciones Unidas” y también el “Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia”, anexo a la Carta.

La Carta consta de 111 artículos y 19 Capítulos. Es un texto jurídico en el que están contenidos una serie de principios que obligan a los Estados miembros y a los no miembros.

En cuanto a la estructura orgánica de las Naciones Unidas, el art. 7 de la Carta establece que son seis: La Asamblea General (arts. 9-22), el Consejo de Seguridad (arts. 23-32), el Consejo Económico y Social (arts. 61-72), el Consejo de Administración Fiduciaria (arts. 86-91), la Corte o Tribunal Internacional de Justicia y la Secretaría. Como órganos autónomos e independientes se configuran tres: La Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Tribunal Internacional de Justicia. El párrafo 2 del artículo 7 de la Carta prevé la creación de los órganos subsidiarios que se estimen necesarios. Además, existen los llamados Órganos Especializados que aunque autónomos están conectados con la O.N.U. con arreglo al sistema previsto en el art. 57 de la Carta. Es el caso de la O.I.T., el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. A los organismos existentes en el momento de la adopción de la Carta, se han añadido otros de nueva creación, tales como la U.N.E.S.C.O., la F.A.O., la O.M.S. y, recientemente, el G.A.T.T.

Los propósitos y fines de las Naciones Unidas se establecen en el artículo 1 de la Carta: el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales; el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos y la realización de la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

El artículo 2 establece siete principios que deben regir el procedimiento de la organización: Igualdad soberana de los Estados; el cumplimiento de la buena fe de los compromisos contraídos en la Carta; la obligación de la solución pacífica de las controversias internacionales; el rechazo del

recurso a la amenaza del uso de la fuerza; la obligación de los Estados miembros de prestar ayuda a la organización en cualquier acción ejercida de acuerdo con la Carta; el compromiso de la organización para lograr que los Estados no miembros se comporten con arreglo a estos principios en la medida necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales y la no intervención de las Naciones Unidas en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.

La realización de estos fines se ha ido haciendo en función de la evolución de la Sociedad Internacional.

En una primera etapa (1.945-1.970), determinada por la guerra fría, se producen una serie de tratados internacionales de muy diversa naturaleza (regionales, nacionales, generales, específicos). Pertenecen a esta época los Pactos Internacionales de 1.966 (de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales y culturales), la Convención contra el Genocidio, la Convención contra la tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño...

Una segunda etapa en la vida de las Naciones Unidas se corresponde con la “Descolonización”. Se facilitó la entrada a la Organización de 16 Estados Africanos en 1.960.

La tercera etapa e inició en la década de los 70, en que la mayoría africana, latinoamericana y asiática, determinan una lectura distinta de la Carta, en el sentido de que, el mantenimiento de la paz, no depende sólo de la seguridad, sino, fundamentalmente, de la cooperación al desarrollo entre los Estados.

En los últimos cincuenta años se han producido grandes cambios en el panorama internacional que han obligado a las Naciones Unidas a adaptarse a una realidad muy diferente a la que existía al tiempo de su creación.

5.2.3 La Declaración de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948.

Junto a los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas que, como hemos visto, son el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y la igualdad entre los pueblos basada en el principio de autodeterminación, otro de los grandes objetivos es la cooperación entre los pueblos para fines pacíficos. En el Preámbulo, la Carta reconoce “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

A tal fin, se creó la Comisión de Derechos Humanos (21-Junio-1946) que elaboró en el seno de las Naciones Unidas una “Declaración Universal

de los Derechos Humanos” que fue aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1.948 y que junto con el Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto sobre derechos civiles y políticos formaron lo que se conoce como “Carta Internacional de Derechos Humanos”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, consta de un Preámbulo y 30 artículos, en los que se exponen los derechos humanos y libertades fundamentales a que tienen derecho todos los hombres y mujeres de todo el mundo, sin discriminación alguna.

El Preámbulo de la DUDH comienza así:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”

La DUDH es el primer instrumento jurídico mundial que recoge un conjunto de principios en los que se consagran los derechos y libertades fundamentales del ser humano, reconocidos por la comunidad internacional y fundamentados en la dignidad e igualdad del género humano.

En el artículo 1 se plasman los postulados filosóficos en que se basa la Declaración. Así, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En el artículo 2 se establece el principio básico de la Igualdad y de la no discriminación respecto del disfrute de los derechos y libertades fundamentales “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole”.

En el artículo 3 se proclama el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

Los artículos 4 a 21 enuncian los derechos civiles y políticos (derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre, derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a un recurso judicial efectivo, derecho a no ser arbitrariamente detenido, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en familia, su domicilio o su correspondencia; derecho a la libertad de circulación o de residencia; derecho a casarse y a formar una familia; derecho a la propiedad, libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho de reunión y asociación pacíficas; derecho a participar en el gobierno del propio país y el derecho de igual acceso a las funciones públicas en su propio país)

En los artículos 22 a 27 se exponen los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la seguridad social; derecho al trabajo; derecho a

un salario igual por un trabajo igual; derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre; derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar; derecho a la educación y a participar en la vida cultural de la comunidad)

Los artículos finales (28 a 30), reconocen que toda persona tiene derecho a un orden social e internacional en el que se realicen plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales y las responsabilidades de cada individuo para su comunidad.

La DUDH es la más importante de las Declaraciones de las Naciones Unidas y la que inspira a todas las legislaciones nacionales e internacionales para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales. Constituye el primer instrumento jurídico mundial que recoge un conjunto de principios en los que se consagran los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos. Tiene un valor moral incuestionable y ha ido ganando autoridad política y jurídica en la medida que ha sido la inspiradora de todo el proceso codificador posterior realizado por la O.N.U. Los preceptos de la DUDH forman parte del “Derecho Consuetudinario Internacional” y son jurídicamente vinculantes.

5.2.4 Los Pactos de New York de 1966.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elaboró como complemento a la DUDH dos Convenios, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES y el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, aprobados por la Asamblea General del 16 de Diciembre de 1.966, así como el PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

En ambos Pactos se reitera la obligación a los Estados de promover los derechos humanos y se recuerda al individuo su obligación de esforzarse por la promoción y observancia de esos derechos. Se reafirma el principio de igualdad de hombres y mujeres con respecto a los derechos humanos y se impone a los Estados la obligación de aplicar ese principio.

Se prevé, también, el establecimiento de un Comité de Derechos Humanos encargado de supervisar la aplicación de los derechos enunciados en el Pacto.

Los enfrentamientos y las distintas visiones sobre los derechos humanos propios de la guerra fría y el acceso a la comunidad internacional de nuevos Estados procedentes de la descolonización explican, en parte, la razón de ser de tales Pactos.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos destacan como novedades respecto a la DUDH, el reconocimiento del derecho de las minorías a tener su propia cultura, practicar su religión y emplear su idioma y las prohibiciones relativas a la propaganda a favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso.

El artículo 4 permite a los Estados suspender provisionalmente determinados derechos en casos muy excepcionales de emergencia cuando esté en peligro la vida de la nación o la personalidad jurídica.

En Agosto de 2.000, 145 Estados eran parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, destacando la ausencia de Estados como China, Cuba, Arabia Saudí o los Emiratos Árabes Unidos.

Junto a la DUDH y los Pactos de Nueva York coexisten una serie de Convenios adoptados por Resoluciones y Declaraciones de la Asamblea General que se refieren a derechos fundamentales (derecho a la autodeterminación; a la eliminación de la discriminación; sobre crímenes de guerra y contra la humanidad; sobre derechos políticos de la mujer, entre otros).

5.3 La Regionalización de los Derechos Humanos

5.3.1 El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Consejo de Europa fundado en 1.949, constituye la primera organización regional europea. Tenía como objetivo la reconciliación de los europeos después de la barbarie de la Segunda Guerra Mundial, en torno a un conjunto de valores democráticos compartidos. Compuesto inicialmente por diez países miembros (Francia, Reino Unido, los tres países del Benelux, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia). La sede quedó fijada en Estrasburgo, ciudad símbolo de la reconciliación franco-alemana. Posteriormente se han ido integrando otros Estados, y en la actualidad son miembros todos los estados europeos con la excepción de Serbia, Bosnia y Bielorrusia.

El 4 de Noviembre de 1.950 se aprobó en Roma el CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, que entró en vigor el 3 de Septiembre de 1.953.

Al Convenio se han añadido 11 Protocolos. Los derechos protegidos en el Convenio los podemos clasificar en tres grupos:

a) –Derechos Inderogables: Derechos a la vida; prohibición de tortura, prohibición de esclavitud, respeto a la legalidad penal e irretroactividad de las leyes penales.

b)–Derechos Mínimos: Prohibición de trabajos forzados u obligatorios; el derecho a la libertad y a la seguridad, a ser juzgado en un plazo razonable, la limitación de la duración de la prisión preventiva, los derechos de la defensa y las garantías del habeas corpus, el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a ser juzgado por un tribunal imparcial e independiente; el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia.

c) –Derechos Restringidos: El Derecho al respeto a la vida familiar y privada, del domicilio y de la correspondencia; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el derecho a la libertad de expresión, de opinión, de recibir o de comunicar informaciones o ideas; el derecho a la libertad de asociación y de sindicación.

Es, por tanto, un Convenio para la protección de los Derechos Humanos, ya que estaban proclamados en la DUDH.

Para instrumentar tal protección se crearon una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 19) que actúan mediante un mecanismo de tipo jurisdiccional.

Estos órganos son los que deciden si una práctica determinada supone la violación de alguno de los derechos que el Convenio protege y el conjunto de tales decisiones forma la Jurisprudencia europea en materia de Derechos Humanos.

El Comité de Ministros está revestido de un poder autónomo cuando el caso no es remitido al Tribunal y tiene competencia para el seguimiento de la ejecución de las Sentencias del Tribunal.

El Tribunal se compone de un número de jueces igual al de los Estados Parte en la Convención. La competencia del tribunal es, tanto contenciosa, como consultiva, en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos por los Estados Parte o los individuos, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales.

5.3.2 El Pacto de San José

El Sistema Regional Americano de protección Internacional de los Derechos Humanos se fundamenta en la existencia de un proceso histórico que se inicia con el panamericanismo y el movimiento de independencia de los países latinoamericanos.

La creación de la “Organización de Estados Americanos” –O.E.A.– en 1.948 tuvo como consecuencia la creación de la “Carta de Bogotá”, que entró en vigor el 13 de diciembre de 1.951. Dicha Carta incluyó el respeto y garantía de los derechos humanos entre los principios básicos

de la organización. Así mismo, se aprobó la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y “la Carta Interamericana de Garantías Sociales”.

En la década de los cincuenta proliferaron gobiernos militares que desconocieron los derechos humanos y postergaron todo intento de protección internacional.

En 1.969 se firma la CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, también conocida como el “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrito el 22 de Noviembre de 1.969, que entró definitivamente en vigor el 18 de Julio de 1.978 cuando se alcanzó el número de ratificaciones exigido.

Es un Tratado Internacional, aprobado en el ámbito de la O.E.A., de carácter multilateral, con el objeto de establecer normas para los Estados Partes, en la esfera propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las estipulaciones de la Convención son vinculantes, no sólo para los Estados que la hayan ratificado, sino también para aquellos que no lo hayan ratificado en aquellos aspectos en que la Convención recoge normas de carácter consuetudinario.

Los derechos reconocidos y protegidos por el Pacto de San José son el derecho a la vida, a la personalidad, a la integridad física, psíquica y moral, la prohibición de la tortura y del trabajo forzoso, el derecho a la libertad personal, al honor, a la libertad de conciencia, de religión, de pensamiento, etc.

El Capítulo II se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales y dice que: “Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la O.E.A., en la medida de los recursos disponibles por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Existen diversos mecanismos para la protección de los derechos, destacando entre ellos el que se realiza a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos humanos.

La Corte Interamericana es un órgano de naturaleza jurisdiccional que tiene por finalidad, garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Comisión Americana de Derechos humanos.

Está compuesta por siete Jueces, nacionales de los Estados miembros de la O.E.A., elegidos a título personal entre los juristas de reconocida

competencia en materia de Derechos Humanos y de la más alta autoridad moral.

La Corte Interamericana tiene competencia contenciosa y consultiva.

Para valorar la eficacia de este sistema de protección de derechos humanos no puede olvidarse los condicionamientos económicos, sociales, culturales y políticos de América Latina. Afortunadamente se ha producido una evolución favorable en los últimos años gracias a la desaparición paulatina de los regímenes dictatoriales que produjeron gravísimas y masivas violaciones de los Derechos Humanos.

5.4 La Sectorización de los Derechos Humanos

En los años siguientes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se han ido sucediendo nuevos textos de derechos de la persona de carácter sectorial, bien por razón de contenido, refiriéndose a determinados derechos, bien por su ámbito geográfico, o bien por su ámbito personal. Entre estos últimos destacan por su importancia los que se refieren a las Mujeres y a la Infancia.

5.4.1 En relación con las Mujeres

El interés por desarrollar específicamente los derechos de la mujer aparece en la década de los años cincuenta y se manifiesta normativamente en la adopción de dos textos internacionales. “La Convención sobre los derechos políticos de la Mujer casada” de 1.952 y la “Convención sobre la nacionalidad de la Mujer casada” de 1.957. Años más tarde aparecerían la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer” de 1.967; la “Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado”, y en 1.993, Naciones Unidas adoptaba la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”.

Naciones Unidas declaró el año 1.975 como Año Internacional de la Mujer. Ese mismo año se celebró la primera Conferencia internacional sobre la mujer en Ciudad de México. Luego se celebrarían la segunda en Copenhague (1.980), la tercera en Nairobi (1.985) y la última en Beijing (1.995).

A pesar de ello resultaba necesario la aprobación de un texto marco o Carta Magna que diera más fuerza a los textos internacionales existentes, con el propósito de luchar por la erradicación de la discriminación contra la mujer. Así nació la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer”.

5.4.1.1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer

Aprobada por la Asamblea General en 1.979 y entró en vigor el 3 de Septiembre de 1.981 tras el depósito de las 20 ratificaciones exigidas.

La Convención es un instrumento jurídico internacional vinculante, multilateral y de alcance general, cuya finalidad es dispensar protección específica a la mujer. Se prohíben todas las formas de discriminación contra la mujer. El artículo 1 establece una definición de lo que debe entenderse por discriminación y en el artículo 2 se establecen las obligaciones de los Estados Partes para eliminar cualquier tipo de discriminación, para lo cual deberán adoptar las medidas necesarias al efecto.

Reconoce la igualdad de las mujeres en la vida política y pública en el plano nacional e internacional, la igualdad en las leyes de nacionalidad, en la educación en materia de empleo y trabajo, en la atención sanitaria, la igualdad en el derecho de familia.

Llama la atención el elevado número de reservas formuladas a la Convención (28).

Los mecanismos de control establecidos por la Convención son el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer, cuya función es la salvaguarda de la correcta aplicación y cumplimiento de la Convención mediante el examen de los informes presentados por los Estados Partes sobre medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra naturaleza. Son muchos los Estados que incumplen esta obligación.

Junto a la Convención, se aprobó también el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la Mujer, que no admite reservas. El objetivo del mismo es posibilitar a los ciudadanos de los estados Partes la denuncia ante el Comité en el supuesto de violación de los derechos de la mujer.

En todo caso el Comité es el encargado de recibir y considerar las comunicaciones individuales presentadas. En el caso de denuncias entre Estados es necesaria la declaración de aceptación de competencia del Comité.

5.4.1.2 Igualdad del Hombre y de la Mujer en la Unión Europea

Artículos 2, 3, 137 y 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aprobado en Roma en marzo de 1.957.

Si bien la equiparación jurídica entre el hombre y la mujer está proclamada en el ámbito internacional, nacional y europeo, sabido es que no ocurre lo mismo en el terreno de los hechos. Por ello, ha sido necesario

para reforzar la protección de los derechos de la mujer la utilización de instrumentos y técnicas jurídicos propios de los grupos desfavorecidos. En el terreno del Derecho Comunitario la igualdad de trato y de oportunidades entre el hombre y la mujer han sido objeto de atención especializada.

Tras la firma del Tratado de Amsterdam en 1.997, una de las misiones de la Comunidad europea es la promoción de la Igualdad entre el hombre y la mujer, con base en el artículo 141 del Tratado de Roma, base sobre la que se ha desarrollado el principio de no discriminación por razón del sexo en el ámbito comunitario y sobre lo que existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Así, el principio de Igualdad de retribuciones, no sólo para el mismo trabajo, sino para trabajos que tengan igual valor y se extiende el principio de igualdad a las condiciones de acceso, promoción y condiciones en el empleo. Por otro lado, se han ido aprobando Directivas con la finalidad de perfeccionar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Se establece el principio de acceso a la vía judicial para hacer efectivos los derechos reconocidos, así como el principio de efectividad que exige reparación, así como un catálogo de sanciones con efecto disuasorio y la adopción de medidas para evitar represalias.

La Comisión Europea aprobó en 1.996 un “Código Ético sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor”.

En un ámbito más general, la consecución del objetivo de la igualdad real entre hombres y mujeres necesita la adopción de medidas por parte de las instituciones comunitarias en el ámbito de los derechos humanos. Tras la modificación del Tratado de Amsterdam, tales medidas se articulan en torno a la integración de la igualdad de oportunidades en todas las políticas comunitarias y las medidas de acción positiva. Desde 1.997, la Comisión realiza informes sobre la igualdad de oportunidades con el fin de visualizar sus políticas, fomentar el debate y constituir un punto de referencia.

5.4.2 En relación con la Infancia

La protección internacional de la infancia ha sido objeto de preocupación por la Comunidad internacional, en base a la evidente vulnerabilidad de ese grupo de seres humanos. Las Naciones Unidas han ido produciendo diversos instrumentos normativos que definen derechos de los niños y niñas, a la vez que establecen los mecanismos de control.

El 20 de Noviembre de 1.989 se aprobó en Nueva York la “CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO” por unanimidad de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Además, existen también en ámbitos regionales del Consejo de Europa, de la OEA y de la Organización para la Unidad Africana, numerosos instrumentos internacionales de diversa naturaleza que se ocupan específicamente de los derechos del niño.

La Convención sobre los Derechos del niño es el primer instrumento internacional multilateral de alcance general que dispensa una protección específica a la infancia, en torno a cuatro principios:

- 1) –el principio de no discriminación;
- 2) –el principio del interés superior del niño;
- 3) –el principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y
- 4) –el principio de la opinión del niño.

El texto jurídico consta de un Preámbulo y 54 artículos divididos en tres partes. Su propósito es detallar de manera íntegra el catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que corresponden a los menores, además de contemplar aquellas situaciones más especiales y difíciles en las que se pueden encontrar (conflictos armados, refugio, etc.). En la Convención se recogen normas jurídicas universales sobre la protección del niño, contra el abandono, los malos tratos y la explotación y se consagra el respeto de sus derechos básicos.

El órgano encargado de velar por la correcta aplicación de los derechos reconocidos a la infancia es el “Comité de los Derechos del Niño”. A tal efecto, los Estados Partes presentarán informes al Comité acerca de la aplicación que hacen de la Convención.

Recientemente, el 25 de Mayo de 2.001 se han adoptado dos Protocolos facultativos a la Convención de 1.989, uno de ellos referido a la participación de niños en conflictos armados y otro, a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía. Estos Protocolos obligan a los Estados a incluir en su legislación penal todas las actividades que se enumeran en ellos, ya se trate de delitos cometidos a escala nacional o transnacional, de forma individual u organizada.

Cabe destacar que en la Convención no se contempla ningún procedimiento de denuncias o comunicaciones individuales de niños o de sus representantes. Tampoco se prevé la posibilidad de que los Estados Partes formulen comunicaciones interestatales.

Hay que reconocer que en el ámbito de los mecanismos de protección de los derechos de la infancia los avances y logros conseguidos hasta la fecha no han sido todo lo significativos que cabría esperar. No obstante, no ha de olvidarse el conjunto de actividades encaminadas a dar a conocer

los derechos del niño y a la realización de acciones que eduquen en el respeto y protección de estos derechos.

Como dispone el artículo 42 de la Convención: “Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños”.

Además, también merece destacarse las consecuencias positivas que se derivan de la inclusión de normas internacionales sobre la protección internacional de la infancia en los ordenamientos internos de los Estados, tal como establece el artículo 4 de la Convención: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

5.4.3 La OIT

La Organización Internacional del Trabajo fue creada el 11 de abril de 1.919, tras la Primera Guerra Mundial, cuando se reunió la Conferencia de Paz, primero en París y después en Versalles.

Ya en el siglo XIX dos industriales, el galés Robert Owen y el francés Daniel Legrand, habían abogado por la creación de una organización de este tipo.

Los artículos 39 y 40 de la Constitución de la O.I.T. afirman la personalidad jurídica de la misma. Así, la Organización Internacional del Trabajo se constituye como una organización internacional creada por los Estados, mediante el tratado de Paz de Versalles, dotada de órganos permanentes e independientes, que opera con plena autonomía dentro del ámbito de su competencia y con voluntad propia.

Es una organización de ámbito universal, ya que no sólo forman parte de la misma prácticamente la totalidad de los Estados existentes, sino que está abierta a todos los Estados del planeta.

Es una organización específica que circunscribe su actuación a las relaciones laborales.

Es una organización de cooperación entre los Estados miembros, con absoluto respeto a su soberanía, pues las decisiones adoptadas en su marco (p. ej. los convenios internacionales del trabajo) se dirigen exclusivamente a dichos Estados, quienes decidirán sobre la aplicación de las mismas en su territorio.

La creación de la OIT responde a una triple finalidad:

- Humanitaria: La situación de los trabajadores a los que se explotaba sin consideración alguna por su salud, su vida familiar y progreso profesional y social, que resultaban inaceptables. Esta preocupación queda reflejada en el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T., en el que se afirma que “existen condiciones de trabajo que entrañan (...) injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos”.
- Política: El Preámbulo señala que el descontento causado por la injusticia “constituye una amenaza para la paz y armonía universales”.
- Económica: El Preámbulo señala que “si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo para otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”.

El 10 de mayo de 1.944, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobaba en Filadelfia una Declaración que fue incorporada posteriormente a la Constitución de la OIT. Esta Declaración supone una ampliación del campo de acción de la OIT sobre la base de la relación existente entre los problemas laborales, sociales, económicos y financieros.

Los principios fundamentales de la OIT, sobre los que se inspira el Derecho Internacional del trabajo, son los siguientes (Primera Parte de la Declaración de Filadelfia):

- El trabajo no es una mercancía;
- La libertad de expresión y de asociación es una condición indispensable para el progreso;
- La pobreza, donde quiera que exista, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
- La lucha contra la necesidad debe ser llevada con la máxima energía en el seno de cada nación y por el esfuerzo internacional continuado y en el cual los representantes de los trabajadores y los empleados, cooperando en igualdad con los de los gobiernos, participen en las libres discusiones y decisiones de carácter democrático a fin de promover el bien común.

Los principios enunciados son plenamente aplicables a todos los pueblos, según contempla la Declaración (Quinta Parte)

La OIT tiene la obligación de fomentar programas que permitan:

- El pleno empleo y la elevación del nivel de vida;
- El empleo de los trabajadores en las ocupaciones en que puedan encontrar satisfacción conforme a su habilidad y conocimientos;
- Fomentar la formación profesional de los trabajadores y los medios para facilitar los traslados de los mismos en las migraciones de mano de obra y de colonos;
- El derecho de negociar libremente contratos colectivos de trabajo y la cooperación de empleados y trabajadores en la elaboración y aplicación de medidas sociales y económicas;
- La expansión de la seguridad social y de la legislación protectora;
- Una protección adecuada de la vida y de la salud de los trabajadores;
- La protección de la infancia y de la maternidad;
- Suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;
- La garantía de una igualdad de oportunidades en los campos profesional y educativo.

La estructura institucional de la OIT está formada por tres órganos principales: La Conferencia General de los representantes de los Estados miembros, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo.

- 1) –La Conferencia Internacional del trabajo establece y adopta el texto de las normas internacionales del trabajo. Es el gran foro donde se debaten cuestiones sociales y laborales de importancia general.
- 2) –El Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de la OIT. Se reúne tres veces por año en Ginebra. Adopta decisiones sobre la política de la OIT y establece el programa y el presupuesto que presenta a la Conferencia para su adopción. También nombra al Director General de la Oficina de la OIT. Está integrada por 28 miembros gubernamentales, 14 miembros de la patronal y 14 miembros trabajadores.

- 3) –La Oficina Internacional del trabajo. Es la Secretaría permanente de la OIT. Cuenta con unos 1.900 funcionarios de más de 100 nacionalidades en su sede de Ginebra y en cuarenta oficinas repartidas por todo el mundo. Además tiene las funciones de centro de documentación y centro de investigación.

Además existen otros órganos subsidiarios (Comisiones especiales) con la misión de auxiliar a la Oficina de la OIT.

La principal especificidad de la estructura de la OIT es el tripartismo. Los representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los gobiernos, elegidos libremente e independientes entre sí.

La capacidad de la OIT para celebrar tratados internacionales es sumamente amplia en todas las cuestiones relativas al trabajo, constituyéndose “en la gran coordinadora de la política social a través del mundo”, como afirma Jenks (The Prospects)

Tema 6

La Eficacia de la Constitución

Autores:

Eduardo Jorge Prats

Abogado

Iñaki Lasagabaster Herrarte

Abogado

Sumario

6.1 Constitución programática y Constitución de aplicación directa.

6.2 La aplicación de la Constitución como norma integrada en el sistema de fuentes.

6.3 La aplicación Constitucional por un órgano “ad hoc”. Alternativas:

6.3.1 Creación de un órgano específico.

6.3.2 Atribución al Tribunal de mayor rango.

6.3.3 Funciones de los mismos: Amparo y control constitucional del Estado.

6.3.4 La cuestión de inconstitucionalidad.

6.1 Constitución programática y Constitución de aplicación directa.

El tratamiento de la Constitución como norma ha llevado aparejada esta diferenciación entre normas programáticas y normas de aplicación directa, diferenciación que ya no es en general aceptada y que, en todo caso, lleva a otro problema de importancia que es el significado auténtico del concepto de norma programática, que como tal, podría entenderse de aplicación, no solamente en relación con las normas constitucionales, sino también, en relación con cualquier tipo de norma, con independencia de su naturaleza jurídica. Las normas programáticas remiten a la idea de normas sin contenido de aplicación directa, que establecen únicamente finalidades, principios o disposiciones que no persiguen una aplicación por los tribunales, dirigiéndose al legislador. Las normas programáticas, más allá de su propio concepto o idea, remiten fundamentalmente a las normas que no persiguen una aplicación directa.

Las Constituciones han sido conceptuadas en la inmensa mayoría de los Estados, como normas programáticas. Esto quiere decir que, no se les reconocía un valor jurídico directo, en el sentido de aplicable por jueces y tribunales. Las Constituciones tenían como finalidad de su regulación establecer las relaciones entre poderes, relaciones que se juridificaban pero no se judicializaban, en el sentido de que no había ninguna instancia judicial que estuviese legitimada para resolver las posibles controversias que se produjeran entre esos diferentes poderes. En estas primeras épocas del constitucionalismo, se entiende que el elemento fundamental a garantizar por la Constitución, era precisamente, el principio de separación de poderes, estableciéndose claramente cuales eran las funciones de cada uno de los poderes. En esta determinación de los poderes el legislativo tenía una preferencia sobre los demás, preferencia que es lógica y que responde al hecho de ser el único órgano elegido democrática y directamente por la ciudadanía, es decir, por ser el único órgano con una legitimidad democrática directa. Esta preferencia del poder legislativo sobre los demás poderes se manifiesta además en el principio de la inviolabilidad parlamentaria. El parlamento es, por otra, parte el depositario de la soberanía popular, no teniendo ningún límite su potestad legislativa. La democracia parlamentaria significa la existencia de un poder absoluto del parlamento, que no encuentra limitación alguna ni aún en la propia Constitución. Esta idea tiene explicaciones y justificaciones que no siempre son iguales. En los sistemas monárquicos no se quiere dar valor a la Constitución, porque de esta forma se entendería que la monarquía encuentra su justificación y fuente de legitimidad en una norma. Por otra

parte se reconoce al parlamento la condición de expresión de la soberanía popular, pero en algunos casos la potestad de aprobar las leyes se sitúa en el parlamento junto con el rey.

Las Constituciones más radicalmente democráticas, no reconocen valor jurídico a la propia Constitución al entender que no se pueden establecer límites al poder del pueblo. Esta idea estaría anclada en la concepción más roussoniana del poder político.

Frente a estas ideas de Constitución, se eleva el concepto de Constitución de los primeros colonos americanos, cuando crean los EEUU y erigen un Estado federal independiente de la metrópoli europea. En EEUU se reconoce a la Constitución valor normativo desde un principio. La Constitución es también fruto del poder normativo del Parlamento y por tanto, debe de tener la misma consideración jurídica que las demás normas de ese origen, añadiendo su superior valor al ser la suprema norma del País. La Constitución americana es una ley y como tal debe ser aplicada por los operadores jurídicos ordinarios, es decir, por todos los poderes públicos llamados a aplicarla, entendiendo entre ellos, al poder judicial.

La diferencia de valor que se reconoce a la Constitución en EEUU y en el continente europeo responde también a otras razones. El constituyente americano discute su poder con la metrópoli el europeo con los sectores sociales pertenecientes al antiguo régimen que desean el mantenimiento de su poder y que utilizan todos los medios en su mano para frenar el avance de los procesos democráticos. El poder judicial es, en este sentido, un lugar privilegiado para limitar el cambio social. El reconocimiento de valor normativo a la Constitución significaría dar al poder judicial la posibilidad de controlar al Parlamento, a la representación popular. Por otra parte, reconocer al poder judicial este control sobre el parlamento iría en contra de la idea de separación de poderes. Es más, en la lógica del legislador está precisamente el control de los tribunales al aplicar la ley. El poder judicial debe ser fiel a la norma en su aplicación, de tal forma, que en algunos sistemas jurídicos se establecen comisiones parlamentarias responsables de los recursos interpuestos contra las resoluciones judiciales, teniendo estos recursos como única finalidad realizar la interpretación de la norma.

La República Dominicana, al igual que sus hermanas latinoamericanas, se adscribe desde el momento de la independencia al modelo norteamericano de la Constitución normativa, siendo los tribunales competentes para controlar la constitucionalidad de las leyes, en la tradición de *Marbury v. Madison* y pese a que no todos los textos constitucionales consagraron expresamente esta facultad. Sin embargo,

la crónica dependencia del Poder Judicial de los poderes políticos, en especial del Poder Ejecutivo, preeminente en las repúblicas hiperpresidencialistas, impidió que el fenómeno de la Constitución normativa echara raíces como lo haría en el gran país del Norte. De manera que los dominicanos, al igual que todos los países que, a partir de los 80, transitan del autoritarismo a la democracia, redescubre la Constitución normativa, de la mano de reformas constitucionales que implantan el control concentrado de constitucionalidad y que acentúan el carácter híbrido de la jurisdicción constitucional latinoamericana, presente desde el momento mismo de la independencia.

La evolución de los regímenes democráticos junto a determinados hechos históricos ha llevado a reconocer cada vez con mayor fuerza valor jurídico a la Constitución, aunque este reconocimiento no se hace ni, de la misma forma, ni a través de los mismos mecanismos. Las CC recogen en su dictado los derechos fundamentales, aunque no les otorgan valor normativo directo. Las constituciones del siglo XIX recogían los derechos fundamentales, pero estos derechos no se aplicaban directamente. Necesitaban una norma legal que los desarrollase y según el dictado de esa norma el contenido del derecho fundamental era uno u otro. El reconocimiento de la libertad de expresión en la Constitución no impedía que para su ejercicio se exigiese ser titular de un cierto nivel de renta. De la misma forma que para el ejercicio del derecho de voto. Una conclusión similar se extrae de las denominadas lecturas de género. El reconocimiento de derechos fundamentales a los ciudadanos excluía de esa categoría a las mujeres, aunque esta exclusión fuese diferente según los derechos y los Estados. La universalidad del reconocimiento de los derechos era masculina. Esta ausencia de valor normativo de los derechos reconocidos y la escasa juridificación y control del ejercicio del poder político lleva a algunos teóricos, desde lecturas socialistas del derecho, a afirmar que la Constitución es una mera hoja de papel.

Las consideraciones anteriores llevan al planteamiento de la defensa de la Constitución. La defensa de la Constitución se sitúa en la denominada defensa política. En algunos casos es el propio Presidente de la República el que tiene reconocido ese poder, como es el caso de Alemania. La realidad pone, sin embargo, de manifiesto las limitaciones que la defensa de la Constitución tiene desde una perspectiva política, defensa que se plantea además frente al propio parlamento. El nazismo accedió al poder mediante un procedimiento democrático y el parlamento elegido democráticamente votó las leyes que eliminaban los derechos de los ciudadanos por el hecho de ser judíos. Estos hechos llevaron a plantear la necesidad de defender a

las personas frente a la actividad del propio parlamento, labor para la cual se crearon los Tribunales constitucionales. A grandes rasgos, esta es la evolución del constitucionalismo en Europa, aunque mejor sería decir, la evolución de algunos sistemas jurídicos europeos. Otros siguen manteniendo la preeminencia del Parlamento y no permiten que otro órgano controle el ejercicio de sus competencias. Este es el caso del derecho francés. El Consejo Constitucional no tiene el importante haz de competencias que tienen los Tribunales constitucionales de otros Estados y el control de las leyes se realiza siempre de forma preventiva, antes de su entrada en vigor. Los Estados que han conocido regímenes dictatoriales han sido más proclives al reconocimiento de importantes competencias a los Tribunales constitucionales. Su experiencia histórica les ha servido para buscar formas de organización y relación entre poderes con los suficientes mecanismos y contrapesos como para evitar que se puedan dar situaciones de falta de respeto de los derechos fundamentales. Que luego sirvan estos mecanismos a ese objetivo, o no, es una cuestión que la experiencia histórica pondrá de manifiesto. No todos los Tribunales constitucionales, ni los mismos Tribunales, según la época histórica de que se trate, tienen la misma legitimidad. Unos la han logrado después de un largo proceso y otros la han perdido en poco tiempo. Unos Tribunales han podido ganar su legitimidad en relación con la garantía de los derechos fundamentales, pero pueden no tenerla cuando se trata de conflictos entre el Estado y otros poderes, así, entre el Estado federal y los Estados federados, o entre órganos del Estado, así, entre los órganos parlamentarios y el poder judicial, o entre órganos del poder legislativo, en el caso de que haya varias Cámaras, o entre estos últimos y el poder ejecutivo.

Las Constituciones recogían también los derechos fundamentales, aunque tal como se ha señalado este reconocimiento de los derechos fundamentales no tenía valor jurídico. En muchos textos constitucionales pueden encontrarse afirmaciones como el reconocimiento de la libertad de prensa o libertad de expresión o el derecho de asociación. El ejercicio de estos derechos se encontraba, sin embargo, después notablemente restringido. Por citar un ejemplo, el ejercicio de la libertad de expresión y la posibilidad de la creación de un periódico se condicionaba a disponer un determinado nivel de renta. O si se piensa en el derecho de voto, es un sistema censitario, en el cual los propietarios eran los únicos depositarios de ese derecho y los propietarios masculinos. La mujer no ve reconocido ese derecho en muchos casos hasta bien entrado el siglo veinte. El progresivo desarrollo de los sistemas democráticos fue, sin embargo, en constante aumento del proceso democrático y un mayor reconocimiento

de estos derechos con carácter universal. Este reconocimiento universal de los derechos avanza también en la dirección del reconocimiento en los ciudadanos de derechos de prestación frente al Estado, estando este último obligado a prestar servicios de educación, sanidad, vivienda y otros. Este largo proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales significa la realización efectiva de los mandatos contenidos en las Constituciones. La existencia de esos mandatos no garantiza sin embargo el reconocimiento de los derechos. Es más, en determinado momento se plantea el problema de quién defenderá a la ciudadanía frente al propio legislador. El acceso de Hitler al poder mediante elecciones libres y la adopción por el Parlamento de las leyes contra los judíos, pone de manifiesto la posibilidad de que un Parlamento elegido democráticamente, pueda conculcar los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales. Este hecho lleva indefectiblemente al reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y a la creación de los Tribunales Constitucionales como instancia garantista de esos derechos fundamentales.

No obstante, constitucionalizar los derechos fundamentales en los textos -los latinoamericanos, y República Dominicana no es una excepción- desarrollan estos derechos en leyes especiales que más bien limitan los mismos. De manera que América Latina desemboca finalmente en un régimen de derechos legales, más que constitucionales, en un modelo de libertades públicas como los franceses.

6.2 La aplicación de la Constitución como norma integrada en el sistema de fuentes.

El reconocimiento del valor normativo de la Constitución significa el otorgamiento de valor jurídico, aunque este valor jurídico no es el mismo en todos sus preceptos ni actúa de la misma manera. El valor jurídico de la Constitución se manifiesta inicialmente por su supremacía y por definirse como fuente de las fuentes. Esto quiere decir que el valor de la Constitución como norma jurídica, significa la competencia de esta norma para la determinación de los demás órganos que pueden dictar normas jurídicas y por su superioridad formal y material frente a todas ellas. El ejercicio de la potestad legislativa por los diferentes órganos del Estado, así como los procedimientos que deben seguirse para su adopción se establecen, con mayor o menor amplitud, en los Textos constitucionales. La Constitución determina así, cuál es la tipología de leyes existentes o la posibilidad de dictarse decretos-leyes o decretos legislativos. La Constitución establece también las peculiaridades de las normas

presupuestarias. La Constitución como norma suprema del ordenamiento y fuente las fuentes determina también las peculiaridades del ejercicio de la potestad reglamentaria. Es la Constitución la que establece la existencia de la potestad reglamentaria en los Gobiernos. Junto a estos reconocimientos explícitos de una potestad normativa vienen los reconocimientos derivados de una peculiaridad o de un derecho garantizado constitucionalmente. La potestad normativa local, por ejemplo, se fundamenta en el reconocimiento de la autonomía de los entes locales. La posibilidad de que las Universidades dicten normas o la de que los Colegios Profesionales puedan dictar también, normas reglamentarias, puede encontrar su fundamento en una previsión constitucional que reconoce en el primer caso, la autonomía de las Universidades y en el segundo caso la autonomía de los Colegios Profesionales para la gestión de sus propios intereses. Este es, por tanto, uno de los primeros componentes o aspectos del reconocimiento a la Constitución, de su poder normativo.

Junto a este valor de la Constitución como fuente de las fuentes estaría el del alcance de cada uno de sus preceptos en concreto. La afirmación de que Constitución tiene valor normativo, deja pendiente el problema del diferente valor normativo de cada una de sus normas. La Constitución puede tener un alcance muy diverso según cuál sea su concreto contenido. En primer lugar, las Constituciones contienen preceptos donde pueden estar regulados derechos subjetivos perfectos, en el sentido de derechos subjetivos que pueden actuarse directa y plenamente teniendo como única norma de legitimación la norma constitucional. Junto a estos derechos subjetivos perfectos, pueden encontrarse otros supuestos en los cuales el derecho requiere una norma de desarrollo que lo haga factible. El derecho a la educación es por una parte un derecho subjetivo que puede exigirse en virtud de las normas constitucionales pero su concreta forma de operatividad, el lugar, los programas, la lengua y otros contenidos del derecho vienen determinados en parte por lo que dice el Texto constitucional pero en otra parte muy importante, por lo que digan las normas de desarrollo. En este caso, al igual que en el supuesto del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario que el legislador adopte una serie de disposiciones que hagan posible la vigencia de ese derecho. En otros casos, las normas constitucionales vienen a establecer principios o normas que no produce la existencia de un derecho subjetivo pleno, actuable ante los Tribunales, sino que el mismo, sirve como elemento interpretativo y en algunos casos determinante del alcance de la forma de consideración de un derecho en concreto. Cuando los Textos constitucionales hablan

del derecho a una vivienda digna, esto no quiere decir, evidentemente, que las normas constitucionales legitiman la reclamación del derecho a tener una vivienda y que los poderes públicos faciliten el derecho a tener una vivienda concreta, estando obligados a reconocer ese derecho en concreto y respecto de un bien determinado. Que esta norma no sea una norma que otorgue un derecho subjetivo perfecto, no quiere decir, sin embargo, que carezca de toda validez. Como se ha dicho al principio, las normas de este carácter tienen un importante valor como normas interpretativas del resto del ordenamiento y como normas que, en la regulación concreta que haga el legislador, sirven para determinar el alcance de las previsiones que en concreto pueda éste realizar.

Las normas constitucionales pueden contener también normas o principios organizativos que condicionan la actuación del legislador. Este es el caso del reconocimiento de la autonomía local, de la autonomía de las Universidades, de los Colegios Profesionales, de la intervención del Estado en la actividad económica, etc. Las diferentes normas constitucionales tienen por tanto un contenido muy diferente y el valor normativo de la Constitución no es por tanto homogéneo en todos los casos. Habrá que estar al concreto alcance y contenido de cada uno de estos preceptos para determinar el significado que el valor normativo de la Constitución tiene. Todo esto significa, como puede comprobarse, que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico, siendo la principal fuente del Derecho en ese ordenamiento jurídico y constituyendo el vértice de la pirámide normativa a la que hacía referencia Kelssen, al tratar del principio jerárquico en la ordenación de las relaciones entre las normas.

6.3 La aplicación Constitucional por un órgano “ad hoc”. Alternativas:

6.3.1 Creación de un órgano específico.

El lento reconocimiento del valor normativo de la Constitución, ha significado que su valor normativo no sea actuable por cualquier tribunal, sino, que lo sea por los tribunales a los que específicamente se les ha otorgado esta competencia. En el ámbito europeo el valor normativo de la Constitución se ha ido reconociendo lentamente y para poner en práctica este valor normativo se han reconocido normalmente competencias a un órgano “ad hoc”. Este órgano “ad hoc”, como ya resulta conocido, está constituido por los Tribunales Constitucionales. Los Tribunales Constitucionales no forman parte propiamente del Poder Judicial y el nombramiento de sus miembros

se deja al arbitrio de los diferentes poderes públicos afectados. Normalmente, en los Estados de estructura compuesta, los miembros del Tribunal Constitucional son nombrados por las Cámaras parlamentarias, por la Cámara Baja que puede entenderse representa a la Federación como totalidad y por la Cámara Alta donde se entiende que forman parte de la misma los representantes nombrados por los Entes federados o regionales. El nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional adquiere, de esta manera, un significado especial porque se busca su legitimidad en los diferentes poderes del Estado, en especial en los poderes que se le reconocen al Parlamento y los poderes centrales y a los Parlamentos y poderes federados o regionales. En todo caso el nombramiento de los miembros de los Tribunales Constitucionales y su concreta forma de actuación no es homogénea en todos los lugares, dependiendo en gran medida, de las características de cada ordenamiento jurídico y de su historia. En algunos casos el nombramiento de los miembros de los Tribunales Constitucionales se hace a través de mecanismos más complejos donde también interviene el Gobierno central o el propio Poder Judicial.

6.3.2 Atribución al Tribunal de Mayor Rango.

En este caso, cuando se habla de la atribución de la competencia por el conocimiento de los conflictos y recursos inconstitucionales, al tribunal de mayor rango, se están tratando regímenes jurídicos fundados más, en la idea y en las concepciones derivadas del constitucionalismo americano, tal como se ha señalado en el primer apartado. Normalmente se entiende que los conflictos constitucionales y el propio recurso de inconstitucionalidad tienen unos componentes diferentes a los que se producen en los procedimientos judiciales ordinarios. En este sentido reconocer competencias a un órgano específico es totalmente razonable. Sin embargo, en otras tradiciones se entiende que no es precisa la creación de un órgano específico y que el tribunal de superior rango puede conocer plenamente del valor de la Constitución y en consecuencia, aplicarla por encima del resto de normas del ordenamiento jurídico. Por poner un ejemplo actual, éste es el caso, con todas las peculiaridades del mismo, del ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para conocer de la conformidad con la propia competencia de los órganos comunitarios de las normas que éstos dictan y de su conformidad con los Tratados constitutivos de la Unión. Aquí se tiene un supuesto claro de reconocimiento al tribunal u órgano superior, de un ordenamiento jurídico de su competencia para reconocer el valor jurídico de la norma que en ese ordenamiento, cumple el papel de una

Constitución. La existencia de conflictos entre los diferentes órganos constitucionales del Estado y el control de las normas y actos con fuerza de ley dictados por los Parlamentos aconseja, y así se entiende más oportuno, que la competencia para el conocimiento de ciertos problemas en la aplicación de la Constitución se reconozca a un tribunal específico. Otra cuestión diferente es que la aplicación de la Constitución pueda reconocerse en algunos ámbitos como actuable directamente por los tribunales, así en el caso del reconocimiento de los derechos fundamentales. Las opciones organizativas pueden ser muy diversas, dependiendo su legitimidad de cada concreta experiencia histórica. La República Dominicana se adscribe a este modelo consagrando la potestad de la Suprema Corte de Justicia de conocer las acciones directas en inconstitucionalidad en virtud del Artículo 67.1 de la Constitución.

6.3.3 Funciones de los mismos: Amparo y control constitucional del Estado

Los dos instrumentos jurídicos más comunes en virtud de los cuales es posible acceder a los Tribunales Constitucionales son: el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo. A continuación se hará una breve referencia a cada uno de ellos.

- El recurso de inconstitucionalidad

El recurso de inconstitucionalidad, constituye el instrumento procesal que permite impugnar disposiciones normativas con fuerza de ley. La impugnación debe realizarse siempre a partir del momento de la publicación oficial. Dentro de estas normas con fuerza de ley hay que entender los diferentes tipos de leyes, sean estas leyes producto del Estado central o de los Estados federados, del Estado central o de las Comunidades Autónomas, y afecta también a las normas con rango de ley como pueden ser los Decretos-leyes o Decretos legislativos o a los Reglamentos Parlamentarios.

La legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad suele limitarse a determinados sujetos, especialmente legitimados para ello, siendo extraño a los ordenamientos jurídicos que se reconozca la potestad para interponer recursos frente las leyes a los particulares. Normalmente en la interposición de recursos contra las leyes solamente están legitimados para la misma, un número de Diputados o Senadores, en los supuestos en los que haya varias Cámaras, el Presidente del Gobierno o, en aquellos ordenamientos en que existe, el Defensor del

Pueblo. En casos, en los cuales existe una estructura política plural, con un Estado central y Estados federados, los conflictos entre estos entes también se sustancian ante el Tribunal Constitucional, estando legitimados el Parlamento y el Gobierno de los Estados Federados y Autonómicos, a impugnar las normas estatales con rango de ley y al revés. La interposición del recurso de inconstitucionalidad suele estar sometido a un plazo de tiempo, desde su publicación, aunque en algunos ordenamientos jurídicos la posibilidad de interposición del recurso está siempre abierta. En el recurso de inconstitucionalidad se formaliza, mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional -demanda donde habrá de señalarse claramente quiénes son los que ejercitan tal acción-, las normas que son impugnadas y los preceptos constitucionales que se entiende infringidos. Debido a los múltiples problemas que supone el reconocimiento de esta posibilidad de interposición del recurso de inconstitucionalidad y de las consecuencias que la misma tiene, los ordenamientos jurídicos suelen establecer mecanismos para buscar la posibilidad de un acuerdo cuando se trata de recursos de inconstitucionalidad que se fundamenten en disputas competenciales entre el Estado federal y los federados, entre el Estado central y las Comunidades Autónomas o Regiones. En estos supuestos se da la posibilidad de que se pueda llegar a un acuerdo a través de otros mecanismos, período durante el cual, se suspende la posibilidad de la interposición del recurso, que otra vez toma vida en los supuestos en los cuales, la posibilidad de concertación entre los entes afectados no se produzca. En el caso del Estado español por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad, en estos supuestos, se extiende durante un período de nueve meses. Téngase en cuenta que la existencia de estas negociaciones entre el Estado Central y los entes federados, no impide que los demás legitimados para la interposición del recurso de inconstitucionalidad puedan impugnar la norma en cuestión.

A partir de 1998, la Suprema Corte de Justicia ha ampliado el concepto de “parte interesada” en la acción directa en inconstitucionalidad, creando por vía pretoriana una verdadera acción popular, que hace del tribunal supremo un real tribunal ciudadano, pues no se requiere tener un interés directo y legítimo para cuestionar la constitucionalidad de las normas, sino, que basta con actuar como denunciante de la inconstitucionalidad.

- El recurso de amparo

El recurso de amparo se interpone frente a normas, actos jurídicos o simples vías de hecho de los diferentes poderes públicos, sean estos

estatales, de entes autonómicos o federados, de entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, o de actos adoptados por los funcionarios o agentes de estos poderes públicos, que produzcan la violación de un derecho o libertad que el ordenamiento jurídico protege mediante dicho recurso de amparo. No todos los derechos tienen las mismas garantías en todos los ordenamientos jurídicos y, dentro del mismo ordenamiento jurídico, tampoco se reconocen las mismas posibilidades de recurso en todos los casos. Por poner un ejemplo, el derecho de propiedad no es uno de los derechos que pueda ser objeto de un recurso de amparo en el Estado español, pero sí lo es, en la República Federal de Alemania. El recurso de amparo tiene una finalidad muy precisa. Esta consiste en resolver sobre las pretensiones dirigidas a preservar los derechos o libertades protegidos en amparo, no pudiéndose pretender a través de este procedimiento hacer valer otras pretensiones diferentes. El recurso de amparo es un recurso subsidiario en el sentido de que exige el agotamiento de las vías judiciales ordinarias para poder proceder posteriormente a acudir al Tribunal Constitucional. Este carácter subsidiario solamente encuentra una excepción cuando se trata de los recursos de amparo interponibles frente a las resoluciones sin valor de ley de los Parlamentos. En los casos en los cuales los derechos fundamentales de las personas puedan verse conculcados por una decisión o acto sin valor de ley, emanadas de un órgano parlamentario, el recurso de amparo podrá interponerse directamente ante el Tribunal Constitucional, debiéndose agotar simplemente los recursos que las normas internas de las Cámaras, hayan establecido en su caso. No existe, sin embargo, control jurisdiccional ordinario de esta actividad sin valor de ley de los Parlamentos y de sus órganos de gobierno. En los demás casos, cuando el derecho fundamental se viola como consecuencia de la actuación de un poder público deberá acudir necesariamente a las vías judiciales ordinarias. Una vez agotadas éstas, será posible acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Las violaciones de los derechos fundamentales pueden producirse también por los órganos judiciales. En este caso será preciso poner de manifiesto que se produce la violación del derecho o libertad a la actuación u omisión del órgano judicial, debiendo requerirse exclusivamente que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado. Esta exigencia de invocación formal del derecho fundamental vulnerado es debida precisamente al carácter subsidiario del recurso de amparo, que intenta evitar que se acuda al Tribunal Constitucional como primera instancia de protección de los derechos fundamentales, pudiéndose acudir a dicho Alto órgano siempre que se

haya intentado la defensa del derecho fundamental ante los órganos judiciales. Solamente cabe un supuesto, en el cual hay una imposibilidad material de aducir la violación de un derecho fundamental por el propio órgano judicial y se produce cuando la última o única instancia en un proceso resuelve sobre una determinada cuestión y es esa resolución la que produce la violación del derecho fundamental. La exigencia de que se haya invocado formalmente el derecho vulnerado no exige la referencia numérica precisa del derecho, sino que, es suficiente con poner de manifiesto que el recurso se establece como consecuencia de una violación del derecho fundamental. Lo que sí debe identificarse claramente es el derecho fundamental que se entiende violado.

Los legitimados para la interposición del recurso son los afectados por la violación, reconociéndose según los ordenamientos jurídicos, la posibilidad de que interponga el recurso el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo o institución similar.

La sentencia que se dicte en los procedimientos de amparo deberá otorgar o denegar el mismo. La sentencia que otorga el amparo deberá reconocer el derecho o libertad pública que ha sido conculcado, restableciendo al recurrente en la integridad de ese derecho o esa libertad, para lo que adoptará las medidas necesarias. El Tribunal Constitucional podrá en estos casos declarar la nulidad de normas, actos y resoluciones de todo tipo que no permitan el pleno ejercicio de los derechos y libertades protegidos en amparo. El Tribunal no podrá sin embargo declarar la inconstitucionalidad de una ley por este motivo, si es que la resolución de los recursos de amparo no corresponde a la misma composición del órgano jurisdiccional exigible para la resolución de los recursos de inconstitucionalidad. Dicho con otros términos: si un Tribunal Constitucional tiene dos o varias salas y a ellas se les reconoce la competencia para resolver los recursos de amparo y, a su vez, el recurso de inconstitucionalidad se reconoce como competencia del Pleno del Tribunal, lógicamente no podrá una sección del Tribunal que conoce de un recurso de amparo declarar la nulidad de una ley que es competencia del Pleno. En estos casos, cuando al conocer de un recurso de amparo se suscita la cuestión de la posible inconstitucionalidad de una ley que se aplique en el caso y que es la causa precisamente de la violación del derecho, la sección o la sala del Tribunal Constitucional que conozca del amparo estará obligada a acudir al Pleno del Tribunal Constitucional planteando, lo que se da en denominar la autocuestión de inconstitucionalidad.

La base del amparo dominicano es el Artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual tiene rango constitucional en

nuestro sistema de fuentes, en virtud de los Artículos 3 y 10 de la Constitución. La Suprema Corte ha reglamentado esta acción tomando como base el procedimiento de los referimientos civiles. El amparo procede contra actos u omisiones de autoridades públicas y también de personas privadas, con lo que el tribunal supremo despeja toda discusión relativa a la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Aunque la Suprema Corte limita el amparo contra los actos de los jueces a los de carácter administrativo, su jurisprudencia deja una brecha para impugnar sentencias que, por razones sustanciales, constituyan una vía de hecho contra el titular de los derechos. El origen convencional del fundamento del amparo, la ausencia de una ley que lo regule y el hecho de que la Suprema Corte es “dueña del procedimiento constitucional”, permiten configurar un amparo despojado de todas las trabas procesales con que la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas han rodeado lo que, se supone debe ser un procedimiento sencillo y rápido. Sin embargo, la preeminencia de una cultura jurídica formalista y ritual y el hecho de que el gran número de violaciones a los derechos fundamentales son perpetradas por jueces cuyos actos no son susceptibles de ser sancionados por la vía del amparo, han hecho caer este mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales en lo que se ha llamado “el desamparo del amparo”.

- Conflictos constitucionales

Uno de los campos de intervención más característico de los tribunales constitucionales se sitúa en los conflictos constitucionales, entendiéndose por tales los conflictos que pueden suscitarse entre los diferentes poderes territoriales existentes en los Estados, entendiéndose el Estado central, los Estados federados o Comunidades Autónomas o Regiones y también los conflictos suscitados por el desconocimiento del principio de la autonomía local. Junto a estos conflictos no hay que olvidar los que pueden producirse entre las diferentes Cámaras legislativas de un mismo ámbito territorial, así, entre la Cámara Alta y la Cámara Baja o también los conflictos que puedan suscitarse entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, conflictos que pueden limitarse a los casos en los que la Administración del Poder Judicial entra en conflicto con el Parlamento. En otros ordenamientos se recoge también la posibilidad de que no solamente la Administración judicial sino que los jueces y tribunales puedan plantear ante el Tribunal Constitucional conflictos frente a decisiones que pueda adoptar el Parlamento. A continuación, se hará una breve referencia a la tipología y posibilidades de producirse los conflictos.

Los conflictos normalmente más característicos de un Estado de estructura compuesta se producen entre las autoridades centrales del Estado y las de los Estados federados o regionales. En este caso los conflictos pueden venir suscitados como consecuencia de la emanación de una disposición, resolución o de un acto dictado por órganos de estos diferentes poderes. También puede producirse conflicto como consecuencia de la omisión del dictado de esas disposiciones, resoluciones o actos. Los primeros se denominan conflictos positivos porque diferentes poderes públicos reclaman el ejercicio de una determinada competencia. Normalmente el conflicto de competencia se suscita dentro de un plazo contado a partir de la fecha de publicación o notificación del acto o de la resolución en cuestión. Cualquier planteamiento de un conflicto de competencia exige, la determinación de aquellos preceptos o aspectos de una resolución de un acto que, se estima no son competencia de la Administración actuante, sino de la reclamante. Normalmente se prevé un procedimiento en el cual de forma previa a acudir al Tribunal Constitucional, es preciso realizar un requerimiento entre las Administraciones o poderes públicos actuantes con objeto de que, si es posible, pueda resolverse el conflicto sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional. Las sentencias en los conflictos de competencia determinan la titularidad de la competencia que está en cuestión, pudiéndose a su vez, en el caso de que así fuese procedente, anular el acto, resolución o disposición que hubiese motivado el conflicto. Los conflictos de competencia pueden suscitarse en relación con todo tipo de disposiciones, también si se trata de leyes. En este último caso la tramitación de los conflictos de competencia debe seguir los procedimientos previstos para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Los conflictos negativos se suscitan cuando la Administración del Estado y la federada o regional declinen su competencia para resolver sobre una determinada cuestión. En este caso el interesado que haya acudido a ambas Administraciones y haya recibido como contestación la declinación de la competencia por parte de ambas, podrá acudir al Tribunal Constitucional suscitando un conflicto negativo de competencias. También pueden suscitarse conflictos de competencia negativos cuando el Gobierno estatal requiera al de un Ente federado o regional el ejercicio de una competencia y éste último se niegue a actuarla. La resolución del Tribunal determinará la Administración que resulta competente para la adopción del acto, resolución o disposición.

Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado se pueden producir entre el Gobierno con la Cámara Baja, con la Cámara Alta o con el órgano de administración del Poder Judicial o, también, entre estos órganos constitucionales. Tal como se ha señalado con anterioridad, los

conflictos de competencia entre los órganos constitucionales del Estado pueden limitarse en el caso del Poder Judicial a los órganos de administración del Poder Judicial o a los conflictos en los cuales puede ser parte cualquier juez o tribunal.

El último caso de conflictos entre órganos cuyas competencias están determinadas constitucionalmente o a los que se les reconoce la autonomía en la Constitución, trata de los conflictos entre los poderes locales y las leyes que puedan afectar a la autonomía local. Los conflictos en defensa de la autonomía local no pueden plantearse por las Corporaciones locales individualmente consideradas, sino, que requieren el cumplimiento de una serie de exigencias de legitimación. En primer lugar, está claro que si un municipio u otra entidad local puede ser destinataria única de la ley, en ese supuesto estará legitimada para recurrir contra la ley que considera conculcadora de la autonomía local. En otros casos, se reconoce la legitimación para recurrir por este motivo en los casos en los que exista un número mínimo de municipios que representen en su tiempo, un determinado umbral de población que se manifiesten contrarios a la ley en cuestión por estimarla conculcadora de su autonomía. Los conflictos en defensa de la autonomía local deben suscitarse una vez que el órgano de máxima representación de estos entes adopte el acuerdo de acudir al Tribunal Constitucional. En estos supuestos de planteamiento de conflicto en defensa de la autonomía local, la resolución del Tribunal Constitucional puede consistir en la declaración de la competencia controvertida y, en otros casos, puede dar lugar a declaración de inconstitucionalidad de la ley y a la necesidad de tramitar este procedimiento de declaración de inconstitucionalidad por los trámites del recurso de inconstitucionalidad.

La Constitución dominicana ofrece apoyo textual al desarrollo de un contencioso constitucional de los conflictos de competencias. La Suprema Corte, en ejercicio de las facultades que le confiere el Artículo 85 de la Constitución, ha anulado arbitrios municipales que coliden con impuestos nacionales. Del mismo modo, podría afirmarse que las autonomías constitucionales consagradas en la Carta Sustantiva (ayuntamientos y Banco Central) están legitimados para impugnar todo atentado contra su autonomía, como lo sería, por ejemplo, el intento de cobrar impuestos al Banco Central por parte de la Dirección General de Impuestos Internos. El desarrollo de este contencioso de los conflictos competenciales requeriría el definitivo abandono de la doctrina de las “cuestiones políticas” importado de un sistema constitucional que, como el norteamericano, que interviene sólo en caso de “case and controversy” es sumamente cuidadoso de no pisar los talones de los poderes políticos. El control de la

constitucionalidad de las decisiones de la Junta Central Electoral por parte de la Suprema Corte de Justicia, manifestado en decisiones recientes, marcaría el posible abandono de una teoría que no se compadece con una Constitución normativa.

6.3.4 La cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad atiende al supuesto en el que, un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, si estima que una norma con rango de ley, que sea aplicable al caso del que conoce, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a los preceptos constitucionales, no será competente para no aplicarla, sino que deberá acudir al Tribunal Constitucional, planteando la cuestión de inconstitucionalidad. Téngase en cuenta que se exige que la norma tenga rango de ley. Por tanto no procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con normas que no tengan dicha naturaleza jurídica. En segundo lugar la ley debe ser aplicable al caso de que se trata, no permitiéndose por tanto que el juez o tribunal se convierta en un legitimado con carácter genérico para interponer recursos contra normas con naturaleza jurídica de ley. En tercer lugar el juez o tribunal podrá interponer el recurso si del mismo “depende el fallo”. La referencia que hace la ley hay que entenderla normalmente en relación con las normas postconstitucionales. Las normas preconstitucionales que puedan ser contrarias al Texto constitucional debe entenderse que son derogadas por la Constitución. Esto significa que un tribunal ordinario puede no aplicar la ley preconstitucional por ser contraria a la Constitución, discutiéndose si además de poder hacer esto estaría obligado a ello o si, por el contrario, puede también plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De hecho los tribunales constitucionales admiten que las leyes preconstitucionales puedan, o bien no ser aplicadas por los tribunales ordinarios, o bien ser declaradas contrarias a la Constitución por el Tribunal Constitucional. Las diferencias procedimentales en ambos supuestos son importantes y las consecuencias de las sentencias también. Téngase en cuenta que los tribunales ordinarios cuando dictan sentencias solamente tienen valor las mismas en relación con el supuesto de hecho analizado. El Tribunal Constitucional en cambio dicta sentencias que tienen valor “erga omnes” cuando se trata del análisis de la conformidad con la Constitución de una norma legal.

Para que el órgano judicial pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad será preciso que el procedimiento haya concluido y que la cuestión se plantee en el plazo otorgado para dictar sentencia. El órgano judicial plantea la cuestión inconstitucional mediante auto,

debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley de cuya constitucionalidad se duda, los preceptos concretos de la misma que incurren en dicha inconstitucionalidad, los preceptos constitucionales que se suponen infringidos y, finalmente, una justificación de la medida en que el proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Hechas estas consideraciones en el auto, y antes de que el órgano judicial lo plantee ante el Tribunal Constitucional, se deberá dar traslado al Ministerio Fiscal y oírse a las partes para que ambos en un plazo común e improrrogable puedan alegar lo que estimen conveniente sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Hechas las alegaciones es al juez o tribunal al que le corresponde resolver. Téngase en cuenta que la decisión de acudir al Tribunal Constitucional planteando la cuestión de inconstitucionalidad depende exclusivamente de la decisión del juez o tribunal, sin que los particulares parte, en el procedimiento en cuestión, tengan un derecho a que el juez o tribunal plantee la cuestión de inconstitucionalidad. El auto judicial que resuelve sobre el planteamiento, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad no será susceptible de recurso de ninguna clase. Planteada la cuestión de inconstitucionalidad ante un órgano judicial, se podrá repetir la misma en los grados e instancias posteriores hasta que se produzca una sentencia firme.

Una vez adoptada la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el órgano judicial la elevará junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones que las partes y el Ministerio Fiscal hayan realizado. El Tribunal Constitucional podrá rechazar en el trámite de admisión la cuestión de inconstitucionalidad, mediante auto, y sin necesidad de dar noticia nada más que al Fiscal General del Estado, en los supuestos en los cuales faltasen las condiciones procesales exigidas por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o si la misma fuera notoriamente infundada, el auto deberá ser motivado. En caso contrario, si se admite la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional deberá dar traslado de la cuestión de inconstitucionalidad planteada al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno y, en el supuesto de que afectase una norma dictada por la Comunidad Autónoma a los órganos legislativo y ejecutivo de dicha Comunidad. El trámite es totalmente necesario, ya que el Tribunal Constitucional va a resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma y para hacerlo deberá tener en cuenta necesariamente la opinión de aquellos que la elaboraron, respetando las consecuencias que se derivan de que la ley sea fruto de la potestad legislativa y que, por tanto, planteada la cuestión, sea un requerimiento

ineludible el dar traslado a los órganos parlamentarios y gubernativos afectados.

En República Dominicana, salvo un breve experimento en la década de los 20 del siglo XX, los jueces ordinarios siempre han tenido la potestad de ejercer el control difuso de constitucionalidad. En palabras, aunque quizás no en los hechos, se ha considerado que es inherente a la función jurisdiccional la aplicación de la Constitución, como ley de leyes, para la resolución de los conflictos. Hemos importado el control concentrado por la debilidad de un Poder Judicial incapaz de hacer fructificar el control difuso. Solo el fortalecimiento institucional de la rama judicial del Estado, permitirá que el sistema mixto de control de constitucionalidad se consolide finalmente y que avancemos en el siglo XXI como un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Tema 7

Teoría General de las Garantías Procesales en las Constituciones

Autores:

Olivo Rodríguez Huertas

Abogado

Hilario Hernández Marqués

Abogado del Estado, excedente.

Letrado del Ministerio de Justicia, excedente.

Sumario

7.1 Introducción

7.2 El Derecho a un Proceso Debido

7.3 Tutela Ordinaria y Constitucional

7.4 Tutela de los Derechos Fundamentales y el Recurso de Amparo

7.5 Tutela de la Libertad y el Habeas Corpus

7.6 Tutela y Procesos especiales nacidos de la constitución

7.1 Introducción

Concebir una definición uniforme del proceso, que de cabida a cuantos conflictos son considerables en tal institución, no es tarea fácil.

Cualquier análisis doctrinal del asunto, presenta, inmediatamente, una variada oferta de teorías que tratan de acuñar una noción del proceso basada en postulados que respondan a la correspondiente ideología.

Pero en todos los casos existe una idea subyacente: La convivencia humana genera conflictos de muy distinta índole y nadie duda que los mismos deben ser atendidos socialmente, porque la sociedad, como estructura de convivencia, justifica su existencia, fundamentalmente, en el remedio de las limitaciones del hombre.

Esta idea sociológica, aunque alumbra el fenómeno procesal, es sencillamente insuficiente para justificar la existencia del proceso, con su carga de eficacia convivencial. Baste reflexionar sobre posibles mecanismos de solución de conflictos intersubjetivos, de naturaleza voluntaria, para percibir la ausencia en ellos de la institución procesal. Sirve la idea, no obstante, para aproximarnos a la consagración constitucional del llamado derecho al proceso, porque la Constitución, máximo exponente de la soberanía popular que en ella diseña su estructura convivencial, es, a la vez, Norma Suprema de la convivencia en cuyo ámbito ha de integrarse el fenómeno que la sociedad que se organiza y establece para dar cauce a la solución de los conflictos.

Alcanzar la noción de proceso exige, pues, plantearla desde otra perspectiva, la jurídica. Como señalaba el profesor GUASP, “El derecho, en éste, como en todos los casos, convierte los problemas sociales en figuras jurídicas, reflejo o sustitución de los primeros, a los que da un tratamiento determinado. La queja en sentido social se transforma, por ello, jurídicamente en una pretensión. El derecho dedica, en efecto, una de sus instituciones a la atención específica de las quejas sociales, convertidas en pretensiones, tratando de dar satisfacción al reclamante mediante la institución que se conoce con el nombre de proceso”.

Obsérvese que el concepto de pretensión, como reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez, se convierte en la clave de la noción del proceso. Este no es más que un instrumento de satisfacción de pretensiones, en palabras de GUASP.

Con esa reducción al sentido jurídico de los elementos fundamentales del concepto (satisfacción y pretensión), no existe problema para explicar ni el fundamento último de la institución procesal, esto es, la salvaguarda de la paz y la justicia de la comunidad, ni su naturaleza institucional, en

cuanto que agrupa diversas relaciones jurídicas, unidas por el objetivo común, ni su obligada acogida en la norma superior de cada ordenamiento jurídico, ya que, por su carácter, se impone con fuerza vinculante general, debiendo ser acatada por los ciudadanos y por todos los poderes públicos.

Las ideas anteriores, permiten unificar en la noción dada, por razón de la pretensión, de los diversos tipos de procesos que son conocidos en cualquier grupo convivencial organizado (proceso civil, proceso penal, proceso contencioso-administrativo, entre otros), ya que, una vez considerada como básica la idea de satisfacción de pretensiones, todo el resto de notas diferenciales, que las hay, en los diversos tipos de procesos -singularmente entre el proceso civil y el penal- tienen carácter secundario y, desde luego, contingente, en la medida en que su alteración deja intactas las primeras, centro nuclear de la institución.

7.2 El Derecho a un Proceso Debido

Si el verdadero soporte objetivo de todo proceso es la pretensión, hasta el punto de que todas las vicisitudes procesales se ordenan y giran en torno a aquélla, no es menos cierto que el proceso, en cuanto institución jurídica como hemos dicho, se levanta sobre dos pilares o premisas esenciales del sistema, la **Jurisdicción** y la **acción**.

1. Hablamos de **Jurisdicción** para aludir a una determinada función estatal, la de satisfacer pretensiones.

Históricamente se ha identificado la Jurisdicción con uno de los tres poderes básicos del Estado, el Poder Judicial. Nacida tal noción al abrigo de la celebrada doctrina de la división de poder, que tantos excesos y desviaciones ha conocido, actualmente ha venido a considerarse, desde una perspectiva objetiva, como función pública, que los textos constitucionales incluyen atribuyéndola normalmente al Estado. Puede, en efecto, haber jurisdicciones supra, infra o extra-estatales. Sin embargo, el marco de estas reflexiones obliga a limitar el estudio a la jurisdicción del Estado.

La función jurisdiccional tiene como objetivo o finalidad la resolución, mediante la aplicación del Derecho, de los conflictos que en la vida social se plantean y que reclaman la intervención del Estado.

Si, como ya apuntamos, no todo conflicto genera necesariamente un proceso, para hablar de proceso es menester el planteamiento de la solución del conflicto al poder público. Puede reconocerse una justicia privada,

pero las manifestaciones actuales de la autotutela son hoy en día casi excepcionales. Con carácter casi general puede afirmarse que las manifestaciones de la autotutela son testimoniales. Sin embargo, en el ámbito del derecho dispositivo (siempre privado) se reconoce, y cada vez con mayor aceptación, la institución del arbitraje, en que las partes disponen que su controversia sea resuelta por árbitros a cuya decisión (Laudo arbitral) se reconoce el valor de la cosa uzgada. Desde luego, no se desposee el Estado de toda consideración al arbitraje, sino que, de un lado, su eficacia se hace depender del respeto del proceso arbitral a principios básicos procesales, habilitados legalmente (normación estatal del arbitraje) y, de otro, la ejecución del Laudo arbitral se ubica, no pocas veces, en sede jurisdiccional, en caso de inobservancia. Frente a ellas surge el monopolio del Estado en la función jurisdiccional, para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por ello las Constituciones actuales, consagran la función jurisdiccional y su titularidad judicial, de lo que inmediatamente derivan dos necesarias previsiones.

La primera es instrumental, aunque capital para el correcto desarrollo del sistema. Se trata del conjunto de medios personales y materiales que integran el sistema diseñado a tal fin. En el momento actual, el llamado sistema de administración de justicia, con sus órganos de decisión (Órganos Judiciales: Jueces y Tribunales), órganos de colaboración, auxiliares y, en fin, medios materiales necesarios.

En este punto no podemos olvidar que en la concepción material del Estado de Derecho, la idea del derecho no es un a priori cognoscitivo, sino, en palabras de HERNÁNDEZ-GIL, expresión histórica y cultural del significado axiológico del ordenamiento jurídico. Es el derecho quien dice la última palabra. Solo así, en efecto, es concebible la Norma Suprema del ordenamiento, la Constitución, como garante de la convivencia dentro de un orden justo.

El derecho tiende a reconvertirse en justicia y ello reclama inexplicablemente la adopción de decisiones justas. Son tres los niveles de ese decurso, el axiológico (idea de justicia), el normativo (formulación del derecho) y el jurisdiccional (aplicación de la justicia); el tercer nivel, donde se ubica la función jurisdiccional, se encarga al llamado Poder judicial, que personifican los jueces.

La segunda previsión que anunciábamos, es el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de sus derechos y situaciones jurídicas sustanciales, esto es, de sus intereses legítimos.

Atribuida la función jurisdiccional a los jueces, es normal identificar el derecho indicado como el que los ciudadanos tienen a la tutela judicial

efectiva, o derecho a la jurisdicción, obtenido, precisamente, al promover la actividad jurisdiccional para obtener una resolución fundada en derecho, de conformidad con un instrumento jurídicamente regulado : el proceso.

En ese concepto quedan englobadas las diversas garantías que acompañan al derecho a la jurisdicción. Son éstas:

a) El derecho de acceso a los Tribunales.

Es el derecho de promover la actividad jurisdiccional, para obtener una decisión judicial utilizando las vías procesales legalmente establecidas. Este derecho se encuentra previsto expresamente en el numeral 1, del Art. 8, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída...para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, así como en el numeral 1 del Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos internacionales forman parte de nuestro derecho interno ya que han sido ratificados por el Congreso Nacional.

b) El derecho a obtener una resolución fundada en derecho, congruente y motivada.

La resolución judicial ha de referirse al fondo del asunto, esto es, de la pretensión formulada (salvo casos excepcionales, como los de inadmisión basada en causa legal), debe pronunciarse sobre todas las pretensiones planteadas, (todas, éstas y no otras), y, por último, debe explicitar o exteriorizar el fundamento de las decisiones que contenga, de modo que, siendo tal fundamento *secundum legem*, pueda comprobarse de modo suficiente la razonabilidad de aquéllas, lo que permitirá el ejercicio de los recursos procedentes.

Particularmente en el proceso penal, la motivación ha de ser doble: Respecto de los antecedentes fácticos, mediante la declaración de los hechos probados, inferidos de la prueba practicada. Y, en cuanto a la valoración jurídica de tales hechos, razonando suficientemente los mismos y su subsunción °en la selección de normas legales de aplicación.

En lo que respecta a la congruencia, el Art. 336, del nuevo Código Procesal Penal dispone que “la sentencia no puede tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en su ampliación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica diferente

de la contenida en la acusación, o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores”.

En cuanto a la motivación, la Càmera Penal de la Suprema Corte de Justicia, en sentencia de fecha 21 de abril de 1999, señaló que “la motivación de las decisiones es un derecho fundamental de las personas, que forma parte integrante del debido proceso, necesario e imprescindible para la efectividad del mismo y para no dejar en la penumbra tan importante aspecto del enjuiciamiento, ya que no pueden existir zonas de la actividad jurisdiccional, salvo aquellas que la misma ley ordena, que no se sometan a la consideración de la opinión pública y al conocimiento de las partes; quienes no pueden apreciar si la selección de los elementos probatorios es racional y razonable, de no ponerse de manifiesto en la sentencia las razones en que la misma se basa”.

c) El derecho a los recursos.

En realidad se habla de este derecho para referirse a la posibilidad, normalmente reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, de instar la revisión de las decisiones judiciales por órganos distintos, normalmente superiores, a los que las dictaron.

En este momento sólo es de destacar que la existencia de un derecho al recurso, carece, en principio, de alcance constitucional; es decir, debe entenderse existente sólo en los casos y con las condiciones y alcance que las leyes ordinarias dispongan, pues, en definitiva, los recursos constituyen instrumentos procesales de remedio que suponen, como es lógico, que el sistema admita en su configuración equivocaciones y que esté dispuesto a que las mismas puedan ser alumbradas con una revisión del asunto, tan innecesaria teóricamente, como incuestionable en la práctica.

Sin embargo, en opinión del eminente profesor y Magistrado Primer Sustituto del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Rafael Luciano Pichardo, el recurso ordinario de la apelación, así como el extraordinario de la casación, son de naturaleza constitucional, por lo que el legislador no podría suprimirlo en ningún caso. Sustenta el Profesor Luciano su tesis, en cuanto al recurso de apelación, en lo establecido en el Art. 71, numeral 1 de la Constitución de la República que dispone que “son atribuciones de las Cortes de Apelación: 1. Conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia”, así como en un interesante estudio de nuestra evolución constitucional respecto del tema.

La tesis del Prof. Luciano Pichardo ha sido compartida de manera limitada, en lo que respecta exclusivamente a la materia penal, por el

jurista Cesar Pina Toribio, y combatida en todo su alcance por el Prof. Reynaldo Ramos Morel.

En el ámbito penal, el derecho a los recursos ha generado carta de naturaleza superior, imponiéndose en los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice textualmente : *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos al Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la Ley”*. Asimismo, el artículo 8.2, letra h), del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de todo procesado de “recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.

Bien es cierto, que la vinculación que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos entrañan, ha sido objeto de interpretaciones no uniformes, hasta el punto de que se ha dado el marchamo” de su cumplimiento a la existencia de recursos monofilácticos, de cognición limitada (recurso de casación), que son planteados y resueltos por el Tribunal superior al que emitió el fallo condenatorio.

d)El derecho a la ejecución de la Sentencia.

Es un derecho necesario para que la tutela efectiva sea tal. Las resoluciones judiciales no pueden reducirse a meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico.

2.- La tutela judicial efectiva, según hemos señalado, no es concebible sin un instrumento jurídicamente regulado al que se acomode la actividad jurisdiccional; en otras palabras, sin un debido proceso.

Desde luego, el tipo de pretensiones articuladas determina la especialidad de cada proceso. Pero, considerado éste como institución, perspectiva que ahora encaramos, reclama una serie de principios informadores que definen su regularidad, su carácter debido.

En la medida en que el proceso responda a esos principios, podrá admitirse que aquél es el cauce jurídicamente adecuado para conocer de las pretensiones que se sometan a la decisión de los órganos jurisdiccionales y a cuyo través se despliega la actividad jurisdiccional.

Ha sido tradicional en la doctrina hacer una distinción de aquellos principios informadores al destacar los de carácter jurídico – natural frente a los de naturaleza puramente técnica. Los primeros obedecen o responden

a criterios de alcance general y postulados de justicia; se extienden a todo tipo de procesos y actúan como bases informantes de la ordenación de la institución procesal, dada la naturaleza cultural y no natural de tal institución (GUASP). Los principios técnicos responden a los fines concretos que se pretenden alcanzar con el ejercicio de cada manifestación jurisdiccional; obedecen a criterios de política legislativa, de oportunidad y conveniencia, en palabras de F. CORDON, que les otorga un carácter contingente.

A) Con la finalidad de su exposición ordenada, comencemos por examinar los principios que hemos denominado jurídico-naturales:

a) La publicidad del proceso.

Uno de los criterios inspiradores del proceso, la publicidad, es una garantía del mismo y constituye un instrumento para el control social de la justicia, de modo que con el mismo, se consiga a la vez, proteger a las partes de una justicia sustraída al poder público y mantener la confianza de la comunidad en los órganos jurisdiccionales.

Así entendido, un proceso público requiere que las actuaciones procesales sean conocidas, de manera que los juicios sean conocidos, o puedan serlo, más allá del círculo de quienes sean parte o participen de otro modo en los mismos, pudiendo, incluso, tener una proyección general.

La publicidad del proceso aparece consagrada de manera expresa en nuestra Carta Sustantiva, así como en Tratados Internacionales. En lo que respecta a la Constitución de la República, el Art. 8, numeral 2, letra j), dispone que “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. 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”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, en el Art. 8, numeral 5, refiriéndose al proceso penal dispone que éste “debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala a este respecto que “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional, en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida

estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia” (Art. 14.1).

Como puede apreciarse la publicidad de los procesos no es ilimitada y se admiten limitaciones cuya legitimidad depende de su consagración legal, de su justificación en la salvaguarda de otro bien relevante y, en fin, de la congruencia entre la limitación y el valor garantizado, tal y como lo prevé el nuevo Código Procesal Penal en su Art. 308, al disponer que “el juicio es público, salvo que de oficio o a petición de parte, el tribunal decida, mediante resolución motivada, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, siempre que: 1. Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes; 2. Peligre un secreto oficial autorizado por la ley, o un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible”.

b) El proceso no ha de sufrir dilaciones indebidas.

La razón es evidente: Una justicia concedida tardíamente es equivalente a una falta de tutela judicial efectiva, hasta el punto de que pocas veces puede decirse tan tajantemente que la justicia, como servicio público, no admite prestación tardía porque dejaría de serlo.

Obviamente, resulta imposible predeterminar de modo inflexible la duración de un proceso. Realmente la duración debida de un proceso funciona a modo de concepto jurídico indeterminado a concretar en cada caso según criterios objetivos congruentes. En definitiva, no se trata tanto de asegurar el cumplimiento de los plazos procesales, como de conseguir que el proceso se resuelva en un tiempo razonable.

Ese carácter razonable del plazo ha de considerarse caso por caso; pero adquiere una relevancia superior en el proceso penal, en el que existen valores especiales en presencia. En todo caso, para interpretarlo, habrá de considerarse la complejidad del asunto, el comportamiento del afectado o interesado, la actuación del órgano jurisdiccional, las consecuencias del retraso y, además, el estándar admisible, expresión cuya generalidad refiere a criterios de experiencia y sensibilidad sociales.

El nuevo Código Procesal Penal recoge esta garantía para el justiciable como uno de los principios fundamentales del proceso penal (art. 8), la que por demás ya se encontraba inserta en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de lo previsto en el Art. 8.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Art. 14.2, letra c), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

c) El proceso ha de ser desarrollado con todas las garantías.

En esta característica, en realidad, pueden englobarse cuantos principios fundamentan que el proceso se convierta efectivamente, en el cauce o instrumento a través del cual se resuelvan las pretensiones o, si se quiere, por medio del cual se atienda a la tutela judicial.

Sin embargo, es frecuente separar este principio de los dos anteriormente expuestos, a fin de permitir agrupar en él sistemáticamente las diversas garantías del justiciable, que no siempre se encuentran expresamente recogidas en normas de carácter procesal.

Distinguimos de este modo:

a') El derecho a un juez imparcial. Es verdaderamente una de las garantías fundamentales de la Administración de justicia, entendiéndose la imparcialidad, no solamente por referencia a las condiciones subjetivas de ecuanimidad, sino también en relación con la neutralidad respecto del asunto sometido al debate procesal.

En este punto, no puede dejarse de destacar por su especial interés, un problema suscitado en determinados países como consecuencia de la acumulación funcional de las competencias de instrucción y las de juicio y resolución en un mismo órgano judicial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias De Cubber, de 26 de octubre de 1984, y Piersack, de 1 de octubre de 1982, ha venido a subrayar la importancia de la distinción y la posible irregularidad de aquella acumulación, si el Juez decisor ha realizado actividad instructora que le ha podido provocar prejuicios sobre el asunto.

Como regla general ha de consignarse que no puede formar parte del Tribunal que juzga, quien ha ejercido en el mismo proceso la función acusadora. Y por la misma razón, es obligación de los órganos judiciales indicar a las partes la composición exacta del órgano judicial encargado de resolver.

b') El derecho a la asistencia de letrado se encuentra recogido en el artículo 8.2, letras d) y e) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el Art. 18 del nuevo Código Procesal Penal, textos que reconocen al interesado, poder para encomendar su representación y asesoramiento técnico a un profesional de su confianza, sin perjuicio de que, en algunos casos, pueda el interesado defenderse a sí mismo.

Este derecho es en unos casos un derecho del interesado que en otros, además, se constituye como un presupuesto inevitable en el ámbito del

proceso penal, en donde es una exigencia ordinaria respecto de la efectiva y real defensa de los acusados.

En efecto, en determinados procesos, especialmente de carácter civil, puede no ser preceptiva la intervención de letrado, lo que permite a las partes elegir entre la autodefensa o la defensa técnica. En esos casos, que son los menos, la garantía debida del proceso no se lesiona por la ausencia de letrado, salvo que, atendidas las circunstancias (complejidad del debate procesal, conocimientos de la parte que ha comparecido personalmente, etc.) la ausencia de abogado no haya sido compensada por una efectiva defensa personal del comparecido.

Esos casos, no obstante, son los menos frecuentes. Normalmente, tanto en los procesos penales, como en los demás, se requiere la presencia de letrado que defienda los intereses de las diversas partes. Cuando así es, si el interesado carece de medios con los que proveerse de la asistencia de profesional letrado, ha de ser atendido gratuitamente y, en cuanto que la intervención de letrado se ha convertido en requisito del proceso, la designación de letrado ha de ser efectuada a favor del profesional de la abogacía que pueda prestar real y efectivamente una defensa técnica de la parte.

Especial importancia tiene este requisito (verdadero derecho de la parte) en el proceso penal, en el que, por regla general, los acusados o imputados han de contar en todo momento con asistencia letrada. Es en estos casos en los que se subraya el deber del órgano jurisdiccional de velar por la concurrencia de dicha intervención, dada su naturaleza de imprescindible presupuesto procesal.

Distinta naturaleza del derecho de asistencia letrada al imputado o condenado, tiene el de asistencia letrada en diligencias policiales o judiciales previas al proceso. Se trata aquí de una garantía de la situación del detenido, esto es, de quien, privado de libertad, se encuentra ante la eventualidad de un futuro procedimiento penal, por lo que se trata, en realidad, de una garantía del derecho esencial a la libertad.

c') La igualdad de partes es un principio consustancial al proceso, considerado tradicionalmente como verdadero principio jurídico-natural informante de aquél. Por tal razón es, en la actualidad, generalmente admitido, que toda desigualdad injustificada es supuesto de indefensión.

El principio de igualdad en el proceso significa que las partes procesales han de contar con los mismos medios de ataque y de defensa y, en suma, con igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones. El nuevo Código Procesal Penal lo recoge en su Art. 12, como uno de sus principios fundamentales.

La posición de igualdad que recoge el principio es comúnmente denominada como de contradicción, de manera que, en todo proceso, las partes contendientes han de tener la oportunidad dialéctica de oponerse a la contraparte, alegar y justificar procesalmente lo que postulan.

Pero la igualdad procesal no significa que cualquier tratamiento diferenciado a las partes sea condenable. Sólo las desigualdades carentes de justificación merecen ser rechazadas. Y, entre esas desigualdades son perfectamente admisibles las que se producen por la existencia de juicios sumarios, en los que la búsqueda de la rapidez, determina una evidente limitación de la contradicción, sea por la adopción de decisiones inaudita parte, sea por la limitación de medios probatorios, o por otras circunstancias. Es común entender que esas limitaciones son justificadas cuando la parte cuya contradicción se limita tiene la posibilidad de acudir al juicio plenario correspondiente o de utilizar otros instrumentos de apoyo a su pretensión que el ordenamiento le brinde. Personalmente, me inclino por mostrar mi reticencia a esas justificaciones: No las niego, pero creo que es preciso huir de la comodidad simplista de su invocación formal, sin examen de los intereses en presencia, ya que, de no ejercer ese proceso reflexivo, existe el riesgo cercano de conceder derechos formales cuyo ejercicio, tras el efecto perjudicial que en la parte limitada ha producido la decisión no contradicha, es una pura entelequia, consagración de una verdadera indefensión de hecho. Piénsese, por ejemplo, en las medidas cautelares de contenido patrimonial acordadas inaudita parte; que pueden generar un perjuicio para el afectado hasta el punto de determinar, en algunas circunstancias (vgr. situación de escasa solvencia) una situación de perjuicio irreversible.

Cuestión de especial importancia en este enclave, es la relativa a la existencia de un eventual derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. La hipótesis que se considera es la siguiente: Se discute si el principio de igualdad de partes entraña el de que éstas tengan derecho a obtener una resolución igual, en supuestos iguales.

El asunto no es pacífico, aunque como elemento inicial de la discusión parece claro que la existencia de una jurisprudencia o una interpretación uniforme de la ley, exige igualdad de trato de los ciudadanos ante casos iguales, como señala F. CORDON.

Desde luego, nadie duda que la distinta declaración de órganos jurisdiccionales en el relato de unos mismos hechos, supone una desigualdad injustificada, por la sencilla razón, de que unos hechos no pueden, a la vez, existir y no existir. Pero podría decirse que ese es el único caso en que no hay discusión.

En efecto, se considera genéricamente como lícita la distinta apreciación de unos mismos hechos por órganos jurisdiccionales diferentes, cuando tales apreciaciones sean realizadas bajo perspectivas y normas, o grupos normativos, distintos. También se entiende lícita la discrepancia entre dos resoluciones, una administrativa y otra judicial, sobre unos mismos hechos, si en realidad son principios distintos del ordenamiento jurídico los que están siendo considerados, de modo que en los campos en que existe coincidencia básica material o funcional (Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, especialmente), una declaración judicial de sobreseimiento no significa necesariamente la inexistencia de hechos sancionables a efectos de un expediente administrativo.

Donde existe resistencia doctrinal, es en la admisión de un derecho indiscriminado y fundamental, a obtener una resolución igual en supuestos iguales. Realmente considero que la resistencia obedece a razones prácticas o técnicas y, a un más que discutible respeto reverencial a las decisiones judiciales. Así, unas veces se invoca la independencia de los órganos jurisdiccionales y otras la limitación funcional de los Tribunales de última instancia.

Pero, frente a esos argumentos, creo que va ganando vigor la indiscutible consideración de que la ley debe aplicarse de manera igual. Así lo reconoce expresamente el Art. 11 del nuevo Código Procesal Penal.

La independencia de los órganos jurisdiccionales no les permite -salvo en los ordenamientos que así se consagra- convertirse en fuentes del Derecho: Complementan el ordenamiento mediante la interpretación de sus fuentes y en esa función han de gozar de libertad de criterio; pero no es sostenible que esa libertad permita alterar el criterio en casos iguales sin una muy adecuada fundamentación. En ello es irrelevante que el criterio previo de referencia provenga del propio órgano jurisdiccional o de otro distinto, si tal criterio precedente se encuentra suficientemente consolidado. Ahora bien, de igual modo que encorsetar la labor judicial, desembocaría en un intolerable inmovilismo, permitir el cambio de criterio sin fundamento adecuado, convertiría claramente la decisión en decisión susceptible de arbitrariedad y la privaría de una más que deseable confianza social. No en vano se ha venido a consagrar en el ámbito de los Tribunales Internacionales, el principio de confianza legítima como aquél que recoge la legítima expectativa a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívocamente equivalente de los órganos judiciales, y su acomodo al ámbito de las jurisdicciones internas está claramente justificado.

En fin, tampoco los argumentos técnicos de que hablábamos son satisfactorios. Un ejemplo claro lo tenemos en el sistema jurídico español. El Tribunal Constitucional de España ha venido excusándose del estudio

de las denuncias de desigual aplicación de la ley, señalando que no es su función unificar la doctrina de los Tribunales, remitiendo tal cometido al recurso de casación, que resuelve el Tribunal Supremo de Justicia. Bien es cierto, incluso, que ante la limitada accesibilidad de asuntos al recurso de casación y su naturaleza no revisora, sino nomofiláctica, el ordenamiento español ha establecido especiales recursos casacionales (para unificación de doctrina y para interés de ley), pero también lo es que esos recursos, con haber llenado un vacío, no son suficientes para asegurar la aplicación igualitaria de la ley en todos los órdenes jurisdiccionales (por ejemplo, no existen en el ámbito penal), de modo que el mismo Tribunal Constitucional español ha venido a mitigar el rigor de su inicial doctrina, accediendo al control de la interpretación y aplicación de la ley realizadas por los Tribunales ordinarios, cuando se estime que aquéllas pueden lesionar derechos fundamentales, lo que entiende sucedido cuando se produce una actuación judicial manifiestamente arbitraria o irrazonable de manera injustificada, que, en consecuencia, entraña una denegación de tutela judicial efectiva.

d') El principio de audiencia es otra garantía procesal necesaria que, pese a tener especial relevancia en el proceso penal, se despliega sobre todos los tipos de proceso, de forma que puede enunciarse diciendo que nadie puede ser sometido a una resolución que pueda perjudicarle, sin darle la oportunidad de ser oído, formular alegaciones y acreditar procesalmente lo alegado. Alcanza, pues, a todos los procesos cuya resolución haya de afectar en cualquier sentido a los derechos e intereses en conflicto.

La Constitución de la República recoge esta garantía en su artículo 8, numeral 2, letra j), que dispone que “nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley”.

El principio de audiencia exige, por lo indicado, un particular cuidado en los primeros actos de comunicación del proceso. Desde esta perspectiva ha de comprenderse que las notificaciones, citaciones y emplazamientos no son meros actos formales, de trámite, sino verdaderos instrumentos materiales de garantía de los derechos que en el proceso se debaten.

De ello se infiere que esos actos procesales no puedan realizarse de modo arbitrario o caprichoso. En principio, el emplazamiento ha de hacerse personalmente, salvo que el destinatario no sea identificable o se encuentre ilocalizable, casos en que es posible el emplazamiento por otros procedimientos. En el proceso penal y, según mi criterio, en el proceso

contencioso-administrativo sancionador, debe, sin embargo, mantenerse la exigencia del emplazamiento personal, habida cuenta las eventuales consecuencias que de ambos se deriven para el afectado.

Por lo demás, el principio de audiencia no requiere, en general, más que la oportunidad para la parte de ser oída, sin que sea requerida su presencia efectiva en el proceso, con la excepción del proceso penal en que los intereses en presencia, tradicionalmente considerados merecedores de especial protección, reclaman la presencia personal del acusado.

e') Las formas procesales como garantía de un proceso debido.

En realidad, esta garantía, que destacamos con autonomía, comprende o, mejor dicho, es síntesis de principios y derechos ya expuestos, o por indicar. Si la separamos con identidad propia es para confirmar que el proceso debido no puede desasirse de los trámites que componen sucesivamente su devenir si en ellos se encierra la atención a esas otras garantías o a los derechos indicados de carácter esencial.

De entre todos esos trámites, destaca sin duda el de audiencia del afectado. No puede negarse, por ejemplo, que la inobservancia del mismo en la sustitución de la readmisión acordada en un proceso laboral por despido, supone una lesión al esencial principio de audiencia. Pero tampoco se puede negar que no todas las infracciones a formas procesales pueden ser calificadas del mismo modo. Sólo cuando la violación de un derecho fundamental sea consecuencia necesaria de la infracción de la norma procesal, puede rechazarse ésta con eficacia anulatoria.

En definitiva, considerada la garantía del procedimiento como materia de orden público, apreciable incluso de oficio por los Tribunales, en dicha garantía se reconocen las modernas doctrinas antiformalistas, las cuales repugnan las irregularidades procesales en atención a su incidencia en aquellas facultades de las partes que integran su general derecho de defensa.

f') El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes.

Constituye una garantía procesal de primer orden, consistente en que las pruebas pertinentes a la defensa de las diversas pretensiones articuladas en un proceso han de ser admitidas y practicadas por el Tribunal que conoce de dicho proceso. Una vez que dicha garantía se encuentra ya reconocida en las Constituciones, se ha convertido en un derecho que los Tribunales han de cuidar, sin obstaculizarlo, hasta el punto de ser preferible el exceso en la admisión de las pruebas, que su denegación.

Este derecho corresponde a cuantos acuden ante los Jueces y Tribunales en defensa de los que consideran sus derechos e intereses legítimos; por lo tanto, a todas las partes en cualquier tipo de proceso.

Objetivamente, el derecho que ahora examinamos alcanza a las pruebas que reúnan las siguientes características:

1ª) Que se hayan obtenido de modo legítimo.

Las pruebas obtenidas de modo ilícito, con violación de derechos fundamentales, han de carecer de eficacia acreditativa, pues los valores esenciales de la convivencia no pueden colocarse a reserva de la ilícita habilidad de una parte en un proceso. Por eso la prueba obtenida ilícitamente es radicalmente nula y supone una causa contaminante de los actos procesales de ella derivados, que merecen su mismo tratamiento de nulidad (artículo 167 del nuevo Código Procesal Penal).

2ª) Que sea pertinente y relevante.

Estas dos características significan, como es evidente, que no existe derecho a una actividad probatoria ilimitada. Sea porque existen principios que cercenan esa amplitud, como el de presunción de inocencia en el derecho penal, o, en todo caso, sea porque el proceso no puede alargarse en el tiempo de un modo excesivo, siempre se ha considerado limitado de algún modo el derecho a la actividad probatoria. Sin embargo, entiendo que principios encomiables como el de economía procesal, celeridad del proceso o eficacia temporal de la Administración de Justicia han de ser relegados a la hora de aceptar y practicar las pruebas que permitan el conocimiento de los hechos debatidos (artículo 171 del nuevo Código Procesal Penal).

Formulada tal advertencia, digamos que una prueba ha de considerarse pertinente cuando se haya propuesto en tiempo y forma y tenga una efectiva relación con el verdadero tema que en el pleito se discute.

El concepto pertinente incorpora, pues, un contenido eminentemente técnico-procesal. Por eso corresponde a los Tribunales apreciar su existencia y tan legítima será la decisión que la aprecie, como la que rechaza la prueba, cuando la negativa sea regularmente fundamentada, sin componentes de incongruencia o irracionalidad.

La relevancia es la conexión que la prueba ha de tener en el contenido de la sentencia. Considerada la relación de la prueba con los hechos en

que se funde la decisión del asunto, la prueba será relevante en la medida en que su práctica pueda determinar que la resolución tenga uno u otro sentido.

De nuevo su apreciación es labor típica del órgano jurisdiccional encargado de la tramitación y resolución del proceso. No puede concebirse de otro modo, en cuanto que el órgano jurisdiccional es el que, con el material alegado y las pruebas impuestas o acordadas, forma su juicio sobre el debate y dicta su resolución. Y por esa elemental razón, la denegación de una prueba por irrelevante requiere un razonamiento judicial de la innecesariedad de la misma, que no sea caprichoso ni arbitrario.

Para terminar, digamos que el derecho a la prueba supone, no sólo la admisión de las pruebas pertinentes, sino su práctica efectiva, pues en otro caso equivaldría a una inadmisión lógicamente no fundada o motivada.

g) El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Son garantías concurrentes en el proceso penal, de naturaleza y significado diverso.

El derecho a ser informado de la acusación, constituye una garantía del equilibrio que debe existir entre acusador y acusado, a la vez que el primer elemento del derecho de defensa de éste, condicionante de todos los demás, ya que no es concebible una defensa adecuada por alguien que no conoce de qué hechos se le acusa.

Obviamente ese derecho presupone la existencia de una acusación. De ese modo, no forma parte del contenido del derecho que analizamos, la notificación de la interposición y admisión de la querella, pues el órgano instructor debe gozar de un razonable margen de apreciación sobre la verosimilitud y fundamento del relato que se le somete. Pero es claro que el órgano instructor, tan pronto considere que concurren esos elementos, debe favorecer la notificación a la persona contra la que se dirige la querella, a fin de que ésta pueda adoptar las medidas convenientes para su adecuada defensa.

El objeto del derecho que nos ocupa, es la información sobre los hechos considerados punibles, que se imputan al acusado. Dicha información ha de ser expresa, sin que pueda admitirse en modo alguno una acusación implícita, y debe ser efectuada de manera que sea comprensible para el acusador, lo que supone la intervención necesaria de intérprete cuando su función, a los efectos anteriores, sea precisa. Por último, aunque la calificación jurídica de los hechos imputados corresponde al Tribunal

sentenciador, en la información, objeto de este derecho, debe incluirse la inicial calificación jurídica, en cuanto que la misma es también objeto del debate contradictorio.

En definitiva, el derecho a ser informado de la acusación, es reflejo de una garantía formal, el principio acusatorio, que ha de respetarse sin discutibles sacrificios a favor de la “justicia material” y que se encuentra vinculado estrechamente al principio de contradicción, pues en el proceso penal es precisa una acusación formal contra persona determinada y un debate contradictorio entre dos partes para ser resuelto por un órgano imparcial.

Esta garantía se encuentra prevista en el Art. 8.2, letra b), de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho a no declarar contra si mismo y no confesarse culpable es el que asiste al acusado en el proceso penal, que con su silencio se encuentra bajo el cobijo del principio fundamental de la presunción de inocencia. La Constitución lo establece de forma expresa en el Art. 8, numeral 2, letra i).

Debe indicarse, no obstante, que, si bien el silencio del acusado sobre la acusación no puede ser considerado como una confesión presunta, tampoco perjudica el efecto probatorio que pueda resultar de otras pruebas que acrediten sin duda los hechos y la imputación.

B) Junto a todos estos principios fundamentales, todo proceso debido es tributario de una especie de principios técnicos, cuyo carácter contingente ha sido advertido con anterioridad.

a) Principio dispositivo.

En sentido estricto, se entiende por principio dispositivo, aquél según el cual, corresponde a las partes formular sus pretensiones y, en definitiva, delimitar en exclusiva el objeto del litigio, vinculando de este modo con sus peticiones al órgano jurisdiccional.

Su fundamento se encuentra en el carácter disponible de las situaciones jurídicas que se someten a decisión judicial, razón por la cual se califica de nula la resolución judicial que incurra en vicio de incongruencia, esto es, que no resuelva sobre todas, y sólo sobre ellas, las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

EL carácter dispositivo del objeto reduce el principio al proceso civil, y a los demás procesos en que no se ejercite el ius puniendi del Estado.

Similar a este principio dispositivo, e incluso considerado como una

parte del mismo, el llamado principio de aportación de parte es aquél en cuya virtud son las partes quienes disponen de los hechos y de los medios de prueba que interesen para su acreditación.

En puridad, no pueden identificarse los dos principios anteriores, ni admitirse que este segundo sea un componente más del principio dispositivo. Antes bien, entendiendo que son cosas distintas el poder exclusivo de disponer del interés material del proceso y el poder de aportar los medios de prueba interesados, se viene admitiendo que este último poder, al que responde el principio de aportación de parte, se fundamenta en razones de oportunidad, de técnica procesal, sujeto a las contingencias que la política legislativa tenga en cuenta a la hora de decidir.

Ese fundamento ha permitido, como ha destacado F. CORDON, propugnar desde diversas corrientes científicas, un incremento de los poderes del juez en materia probatoria en el proceso, lo que ha producido un cierto acercamiento en el modo probatorio entre los procesos civil y penal. Con todo, a esta fecha se señalan cautelas justificadas a esa intervención crecida del órgano judicial, pues en el proceso civil, en el que se desenvuelve plenamente el principio de aportación de parte, la relación material de base es esencialmente disponible y no sería válido alterar su naturaleza, al menos sin el concurso de las partes interesadas, por la simple aplicación de un método procesal.

En el ámbito del proceso penal, el nuevo Código recoge el principio de aportación de parte, por lo que con su entrada en vigencia se abandona el poder conferido en materia criminal a los jueces por el Art. 231 del Código de Procedimiento Criminal, para acordar todo cuanto se conceptúe útil para el descubrimiento de la verdad.

b) Principio de oficialidad de la acción.

Constituye el reverso del principio dispositivo, recogiendo los supuestos en que es el órgano judicial quien tiene la facultad de dar curso, previa calificación, al proceso. Se trata de los casos en que procesalmente lo que se ejercita es el ius puniendi del Estado y, por lo tanto, ni las partes tienen la disposición – mucho menos exclusiva – del objeto del proceso, ni pueden determinar sus contornos, vinculando al órgano jurisdiccional.

En la medida en que lo que se ejercita es el ius puniendi, las partes carecen de su titularidad y, por tanto, del derecho a castigar. Pueden, eso sí, e incluso deben, poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los hechos constitutivos del delito, e incluso pueden ejercitar propiamente la acción penal – supuesto de querrela – pero, aún en este caso, y aunque

quien la ejercite sea el Ministerio Público, que suele verse obligado legalmente a ello, la iniciación del proceso penal queda siempre en manos del órgano jurisdiccional, que puede rechazarla si entiende que los hechos de que se da noticia no son ciertos o no revisten los caracteres de delito.

Por las mismas razones que venimos señalando, no rige en el proceso penal el principio de aportación de parte en los términos en que es de aplicación en el proceso civil. Desde luego, las partes pueden proponer las pruebas que consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y de la participación de los encausados, pero el Juez penal suele gozar de amplísimas facultades de su determinación a tal efecto (Principio de investigación de oficio), como consecuencia de la propia naturaleza de la pretensión que se ventila: la depuración de responsabilidades en ejercicio de la potestad puniendi del Estado.

Sin embargo, hay que tomar en consideración, que esa situación variará con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal que preveé modalidades en el ejercicio de la acción pública, la que en algunos casos está subordinada a instancia privada, en otros casos se preceptúan delitos que solo son perseguibles exclusivamente por acción privada, así como otros casos en que la acción pública puede ser convertida en acción privada (artículos 31 y siguientes).

c) Principios de escritura u oralidad.

Constituyen, por último, una alternativa que contiene dos opciones igualmente válidas en el plano teórico. Sin embargo, no podemos concluir este apartado sin subrayar que en el proceso penal la concentración de actuaciones en un solo acto bajo la presencia del Juez o Tribunal, reclama una preponderancia absoluta de la oralidad, celebrada comúnmente al entender que es garantía de publicidad y transparencia en el proceso y fruto de confianza de la comunidad en los Tribunales de justicia, lo que ha sido consagrado de forma expresa en el Art. 311, del nuevo Código Procesal Penal.

7.3 Tutela Ordinaria y Tutela Constitucional

Todo cuanto ha precedido, referido a la institución procesal y a las garantías de su regularidad, se ha considerado bajo la concepción uniforme del proceso como mecanismo de satisfacción de pretensiones, en sentido jurídico, cualquiera que fuera la naturaleza de éstas y el tipo de órgano encargado de su examen y resolución.

Sin embargo, por razón, tanto de la pretensión, como del órgano jurisdiccional que la examina, es posible realizar distinciones, a algunas de las cuales (proceso civil frente al proceso penal, por ejemplo) nos hemos referido ya. Entre dichas distinciones se encuentra la que agrupamos en el presente epígrafe al contraponer la Tutela ordinaria de la Tutela constitucional.

Ambas son manifestaciones de la tutela efectiva, como derecho de los ciudadanos a promover la actividad o función jurisdiccional, titularidad del Estado, para obtener, a través de un proceso debido, una resolución fundada en Derecho.

Esta función estatal, como dijimos con anterioridad, se encomienda a los órganos judiciales, cuyo conjunto integra el llamado Poder Judicial, expresión que, antes de cualquier alcance político, sirve para señalar que sólo los Jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados – Tribunales – pueden ejercer la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Esa función jurisdiccional se considera única, correspondiendo al Poder Judicial en exclusiva. Sin embargo, no es infrecuente observar que, en algunos ordenamientos jurídicos, a la jurisdicción ordinaria – la que constituye la base esencial del sistema – se añaden jurisdicciones especiales, formadas por órganos de resolución con estatuto jurídico diferente, encargados de determinadas cuestiones referentes a materias y sujetos específicos.

La unidad jurisdiccional tiene un fundamento clarísimo: Todos los principios constitucionales que informan la actuación de los jueces (sometimiento a la ley, independencia, imparcialidad y responsabilidad) han de presidir tal actuación, cualquiera que sea el tipo de órgano judicial, la materia cuyo conocimiento se le encomiende o el tipo de proceso en que deba atenderse la pretensión; y las garantías constitucionales informantes del proceso deben concurrir en todo tipo de procesos. No existe, pues, razón esencial para distinguir otras jurisdicciones, distintas de la ordinaria que hemos referido, por especializada que sea; a fin de cuentas, el principio de división de tareas, cuya atención se recomienda, permite dividir varios órdenes jurisdiccionales, encargados del conocimiento y resolución de los litigios que surjan respecto de las distintas ramas del Derecho, sin necesidad de separarse de las garantías indicadas; esto es, sin quebrantar la unidad jurisdiccional que se predica.

Por esa razón, la proliferación de jurisdicciones especiales, tantas veces causalizadas en una decidida huida del sometimiento pleno a la ley, constituye un fenómeno afortunadamente superado. Hoy suelen limitarse a muy pocas, entre las que destaca la jurisdicción militar, cuya especialidad *ratione materiae* parece clara; pero, aún así, con un carácter claramente

limitado a lo que sea estrictamente castrense y con respeto, en todo caso, a los derechos fundamentales. En el caso de la República Dominicana, el nuevo Código Procesal Penal consagra la exclusividad y universalidad de la jurisdicción penal respecto de los ilícitos penales “sin importar su naturaleza ni la persona imputada, incluyendo los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, aun cuando los hechos punibles que le son atribuidos hayan sido cometidos en el ejercicio de sus funciones” (Art. 57).

Sin embargo, ha existido una circunstancia jurídico-política concreta que ha hecho nacer una nueva Tutela judicial o jurisdiccional, de ribetes bien distintos a la Tutela ordinaria. Me refiero a la Tutela Constitucional, cuyo punto de arranque debe encontrarse en la consideración, como singular aportación del constitucionalismo norteamericano, de que la Constitución no sólo es un elemento político marco, sino una norma, la norma suprema del ordenamiento jurídico de cada Estado, susceptible, por tanto, de ser aplicada por los Tribunales.

En los Estados Unidos, a esa concepción respondió una jurisdicción constitucional, que, como señalan F. RUBIO y M. ARAGON, se encargó de aplicar directamente los preceptos constitucionales, resolver problemas derivados de la delimitación de ámbitos competenciales distintos (asunto típico de ordenamientos complejos) y defender la Constitución misma como sistema material de valores, frente a los ataques que eventualmente le dirija el mismo legislador, de modo que esa jurisdicción constitucional se convierte en el intérprete autorizado, supremo, de la Constitución.

En Europa ese esquema organizativo se aceptó tras la primera guerra mundial, al surgir nuevas formas federales, entender que los derechos fundamentales y libertades ciudadanas necesitaban garantías más efectivas y reducir doctrinalmente la omnipresencia del legislador. Pero, entre el esquema tradicional europeo de organización de la administración de justicia y el influjo de H. KELSEN, cuya excepcional autoridad fue pronto reconocida, alumbraron un órgano único en que se concentró la jurisdicción constitucional. El sistema, tras la segunda guerra mundial, se mantuvo en Austria y ha sido el inspirador de los que actualmente existen en países como Alemania, Italia y España.

Y, precisado así el origen, volviendo al esquema discursivo que viene presidiendo estas notas, hemos de recordar que la distinción de jurisdicciones hasta el punto de hablar de dos tipos de Tutelas jurisdiccionales distintas, obedecía a dos elementos, el orgánico y el objetivo, este último la naturaleza de la pretensión que se ejerce. Pues bien, al hablar de Tutela Constitucional nos referimos al derecho a la

jurisdicción constitucional, que está integrada por las dos siguientes características:

a) Orgánicamente, se encomienda, bien a órganos integrados en la jurisdicción ordinaria, es decir, en el llamado Poder Judicial, bien a órganos diferentes, fuera de la organización de justicia, siendo sus miembros designados por órganos políticos, sin considerar en absoluto su eventual categoría funcional.

La opción entre uno u otro sistema depende de razones claramente estatales o políticas. Pero, como dicen F. RUBIO y M. ARAGON, *“sólo la necesidad de hacer eficaces las limitaciones que el Derecho impone al poder (a los poderes) explica y justifica la existencia de estos órganos jurisdiccionales segregados de un poder judicial, cuya estructura y cuyas tradiciones (al menos a partir del surgimiento del Estado absoluto) lo hacían poco apto, en los países de nuestro continente (se refieren a Europa), para llevar a cabo esta función”*.

b) Respecto de las pretensiones de que conocen esos órganos jurisdiccionales, cabe resumirlas en las siguientes:

- Control de constitucionalidad de las leyes, tratados internacionales y reglamentos parlamentarios.
- Amparo constitucional de derechos y libertades fundamentales.
- Resolución de conflictos competenciales entre el Estado y las unidades políticas o político-administrativas reconocidas en su seno.

Desde luego, esas son las materias litigiosas esenciales, aunque, como es lógico, su enumeración ni es exacta, ni omnicomprendiva cuando se examinan los sistemas jurisdiccionales constitucionales de distintos países.

Pero, sobre esa variabilidad, interesa destacar que, en el ejercicio de esa función jurisdiccional, el órgano encargado (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, ...) se constituye en intérprete supremo de la Constitución, lo que tiene un doble significado: La interpretación que realiza de los preceptos constitucionales se impone, con carácter vinculante, a todos los órganos judiciales y, a su vez, el carácter vinculante de su interpretación alcanza a otras normas distintas de la Constitución misma, sometibles al control constitucional en que, claro es, las interpretará “constitucionalmente”. De todo ello se deduce la relevancia, en la categorización Tutela Constitucional, la circunstancia de que el órgano jurisdiccional constitucional no sea el único en aplicar los preceptos constitucionales,

porque lo esencial es que sus competencias se reducen sustancialmente a la interpretación última, y por eso vinculante, de la Constitución.

En cualquier caso, las dos notas que se han destacado justifican que se hable de una jurisdicción especial, la constitucional, y también de proceso constitucional, pues, como señala GONZALEZ PEREZ, “En tanto en cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a una clase especial de órganos jurisdiccionales, puede hablarse de un proceso constitucional o político diferenciado de los demás”

En República Dominicana, la Reforma Constitucional del año 1994 estableció el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, a cargo del más alto órgano del Poder Judicial, la Suprema Corte de Justicia, quien haciendo uso de esta facultad, con ocasión de una acción directa de inconstitucionalidad, entendió que el concepto ley a que se hace referencia en el Art. 67.1, parte in fine de la Constitución, debe ser entendido en sentido amplio, por lo que abarca todo acto de cualesquiera de los poderes públicos (sentencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de fecha 6 de agosto de 1998, B.J. 1053, págs. 4 a 7).

7.4 Tutela de los Derechos Fundamentales y Recursos de Amparo

Una de las funciones atribuidas específicamente a los órganos jurisdiccionales constitucionales es, como hemos señalado, la que se denomina de amparo constitucional de los derechos y libertades fundamentales. La expresión, no obstante, requiere algunas reflexiones iniciales.

En primer término, nos hemos referido a los “derechos fundamentales”.

Aunque no son estas notas el lugar adecuado para profundizar doctrinalmente en esa categoría, no podemos pasar por alto que se trata de un concepto ganado con la aparición del moderno Estado Constitucional de Derecho. Reconocida, entonces, la existencia de derechos subjetivos, se destacan algunos, que se califican como inherentes a la condición humana de la persona y a la condición político-social del ciudadano, considerándolos como fundamentales y, por lo tanto, de obligado reconocimiento al más alto nivel normativo.

La delimitación de esos derechos fundamentales es el resultado de un largo proceso de maduración conceptual, que desembocó, después de la segunda guerra mundial, en las Constituciones europeas democráticas (donde el elenco de los mismos aparece de manera más apurada) y en los

Textos Internacionales sobre Derechos Humanos (así, el Convenio de Roma, de 1950), hasta ser considerados elementos esenciales del sistema democrático, encarnación de los valores individuales y colectivos de la comunidad y, por lo tanto, precisados de sistemas que garanticen su reconocimiento y efectividad.

Esas razones justifican que sean diversos los métodos, los instrumentos jurídicos, los procesos, en fin, de tutela o protección de los derechos fundamentales.

El primer instrumento jurídico a cuyo través se realiza la protección de los derechos fundamentales es el que forman los procesos llamados ordinarios, esto es, el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el laboral, diferenciados por el tipo o contenido material de la pretensión que en ellos se debate. Desde luego, en esos procesos se discuten, y tutela, derechos subjetivos fundamentales (v. gr., la propiedad, el derecho a la libertad, a la educación o al trabajo, entre otros) en el fondo de la pretensión material articulada.

Bien es cierto que esas vías procesales normales u ordinarias, pueden constituir garantía suficiente de los derechos fundamentales. Sin embargo, como señala GONZALEZ PEREZ, la experiencia demuestra que adolecen de una deficiente regulación, que reclama reformas adecuadas. El resultado ha sido la aparición de procesos especiales en los diversos ordenamientos cuyo objetivo específico es la tutela de los derechos fundamentales, con la finalidad de servir de cauce rápido de tutela jurisdiccional de los derechos en conflicto. Estos procesos especiales, basados en los principios de preferencia y sumariedad, se desenvuelven en tres niveles: el jurisdiccional ordinario, el constitucional y el internacional. A los tres nos vamos a referir a continuación.

A) Los procesos de amparo ordinario.

Con esta denominación nos referimos a los procesos especiales diseñados para dar cauce a la tutela de los derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales internos, integrantes del Poder Judicial.

Su fundamento es discutido. Realmente, si nadie cuestiona que el ordenamiento jurídico deba regular procesos a cuyo través se consiga una eficaz tutela de los derechos y libertades fundamentales, no es tan incuestionable, según señala FAIREN, que ello deba hacerse mediante procesos especiales cuando, como es de desear, el ciudadano encuentra la tutela de sus derechos fundamentales por medio de los procesos civiles, penales, administrativos y laborales. Pero cuando no es así, repetimos,

los ordenamientos procesales suelen instaurar este proceso especial, cuyo conocimiento corresponde, según la persona del demandado, a los Tribunales de uno u otro orden jurisdiccional.

Para la eficacia del proceso especial que así nace es preciso dotar al órgano jurisdiccional correspondiente de poderes suficientes para adoptar las necesarias medidas cautelares y, como hemos señalado, atribuir al proceso de las características de preferencia y sumariedad que corrija los problemas de tardanza y duración de los procesos ordinarios. La experiencia demuestra, sin embargo, que esas características suelen ser más teóricas que efectivas, porque, siendo los mismos Tribunales quienes han de conocer de estos procesos y de los ordinarios, relegados en el orden de tramitación, es frecuente que los procesos especiales preferentes agraven el problema de los demás, con la consiguiente lesión al derecho a obtener justicia sin indebidas dilaciones, de que se ha hablado ya.

Con el fin de exponer, también de modo sumario, las diversas posibilidades que ofrecen esos procesos, señalemos que en ellos es posible deducir la pretensión de reconocimiento y de restablecimiento de un derecho fundamental, ya sea en atención a la violación del mismo por un particular (amparo civil), como consecuencia de una actividad delictiva de un particular o un poder público (amparo penal), debido a la violación producida por una actuación, o inactividad, administrativa (amparo contencioso-administrativo), o por efecto de una violación con incidencia en el Derecho laboral (amparo laboral). Dada la especialidad de estos procesos, es también frecuente que la misma pretensión, cuando proceda, pueda ejercitarse en el procedimiento ordinario correspondiente, sin que en el mismo fuera procedente la excepción procesal de procedimiento inadecuado.

En la República Dominicana, a partir del 24 de febrero del año 1999, mediante una histórica decisión de la Suprema Corte de Justicia, se reconoció, de manera efectiva, el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales, en aplicación del Art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, determinó que el Tribunal Competente para conocer de la acción de amparo lo es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en donde se haya producido el acto u omisión que transgreda el derecho fundamental

invocado, así como que, el procedimiento a seguir será el instituido para el referimiento.

Otro aspecto que resulta relevante respecto del recurso o acción de amparo en República Dominicana lo constituye la determinación de los presupuestos de admisibilidad, a los fines de precisar los ámbitos de los recursos ordinarios o tradicionales y esta acción especial. En ese sentido es importante conocer la posición de la jurisprudencia venezolana en materia de amparo constitucional¹:

“siendo la acción de amparo de naturaleza expedita y sumaria, obviamente la misma no puede operar cuando el derecho establezca formas específicas para la protección de los derechos de los administrados; porque de no ser así esas normas quedarían derogadas de hecho, ya que resulta preferible adherirse a un sistema que otorga protección inmediata, suplir los complejos trámites que los regímenes ordinarios han establecido. En base a tan consideración, que se fundamenta en la seguridad jurídica, los tribunales contencioso-administrativo y específicamente esta Corte, han mantenido el *carácter excepcional o residual del amparo, el cual solo se atenúa en esos casos en los cuales existe imposibilidad de obtener la satisfacción del derecho lesionado por las vías normales que el orden jurídico establece*”.

Esa decisión está llena de sabiduría, al darle su verdadera fisonomía y alcance a la acción de amparo. Es que en un Estado de Derecho, resulta de principio, que son los órganos jurisdiccionales ordinarios ante quienes los ciudadanos tienen que acudir cuando consideran que sus derechos, fundamentales o no, le son violentados.

La acción constitucional de amparo, como acción autónoma, se articula de manera excepcional cuando ante esos órganos jurisdiccionales ordinarios, no existan procedimientos específicos o mecanismos cautelares que hagan efectivo un derecho constitucional conculcado.

Enfocada correctamente, la acción de amparo constituye una garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que la Constitución consagra, al no dejar sin remedio jurisdiccional aquellas situaciones de transgresión de dichos derechos, no protegidas o insuficientemente tuteladas, por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

1 15 años de Jurisprudencia Amparo Constitucional 1977-1992, publicado por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), año 1994, pag. 126.

Si se permitiera la coexistencia se originaría un caos mayúsculo en el sistema de administración de justicia, como con ojo de maestro lo precisó el eminente jurista dominicano, el Prof. Juan Manuel Pellerano Gómez²:

“la coexistencia de las diversas vías de los procedimientos ordinarios (amparo judicial) y la acción autónoma (amparo constitucional) abre la posibilidad a que el ejercicio concurrente de ambas variantes del derecho de amparo, provoque el desquiciamiento o el caos del sistema jurídico procesal, por lo que se debe reconocer, la necesidad de que se agoten las vías ordinarias que puedan ser ejercidas por el amparo judicial antes de que se recurra a la acción autónoma del amparo constitucional”.

Los criterios expuestos precedentemente, han sido acogidos por nuestros tribunales, actuando como Tribunales de Amparo Constitucional, tal y como se constata en la Decisión 366-01-00774, del 5 de junio del 2001, dictada por la Cámara Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago, que ante una acción de amparo constitucional interpuesta por alegada violación de derechos fundamentales con motivo del cierre por una entidad pública de una Estación de Radio, señaló que la acción de amparo:

“es subsidiaria o excepcional, es decir, podrá incoarse siempre y cuando no exista otra vía judicial o administrativa que satisfaga su objetivo; esto tiene su explicación lógica, ya que no puede haber choque de esta vía judicial, con otras competencias o atribuciones, ya que lo contrario produciría una anarquía y perturbación en los procesos judiciales³”.

Finalmente, la decisión de la Suprema Corte de Justicia que determinó el tribunal competente y el procedimiento a seguir para el conocimiento de la acción o recurso de amparo dispuso que quedaban excluidas de esta acción las decisiones judiciales.

2 Constitución y Política, pag. 264, Ediciones Capeldom.

3 citada por Pellerano Gomez, Juan Manuel, “El Amparo Constitucional”, Estudios Jurídicos, Vol. X No. 3.

B) El proceso de amparo constitucional. El recurso de amparo.

Es una garantía de los derechos fundamentales, jurisdiccional, extraordinaria y subsidiaria, que se encomienda al Tribunal u órgano que se constituye como intérprete supremo de la Constitución.

Como en todo esfuerzo generalizador, delimitar, - como si de una institución rígida se tratara - , los contornos de este proceso de amparo constitucional no es tarea sencilla, ni, posiblemente, indiscutible. Pero, hecha esta advertencia, sí es factible la enumeración de una serie de características generales o comunes, que puedan predicarse de esta garantía constitucional.

1º.- Es frecuente la denominación de este proceso como recurso de amparo y su función efectiva es doble: por un lado, sirve para que el intérprete supremo de la Constitución diga la última palabra en materia de control de los derechos fundamentales, al ser procedente el recurso de amparo frente a las resoluciones judiciales definitivas emanadas de los órganos jurisdiccionales ordinarios; por otro, a través de la necesaria interpretación que su resolución entraña, es un medio de formación de doctrina legal, que vincula a todos los poderes públicos.

2º.- Se trata de un proceso extraordinario y subsidiario, en la medida en que resulta necesario agotar previamente la vía judicial, salvo en el caso excepcional de que el acto lesivo frente al que se impetra el amparo provenga directamente del Poder Legislativo.

Por su alcance, la discusión doctrinal se centra en la calificación de la verdadera naturaleza del recurso de amparo, discutiéndose, en definitiva, si nos encontramos ante un proceso autónomo y diferente del que se produjo en vía judicial, o se trata de un propio recurso, esto es, un auténtico medio de impugnación.

Sin intentar agotar esta interesante discusión, señalemos simplemente que los elementos utilizados para decidir la calificación son, en resumen, tres: la naturaleza misma del órgano constitucional a quien se atribuye el conocimiento del recurso de amparo (autonomía e independencia del órgano y de sus miembros, o su inclusión en el Poder Judicial); la naturaleza de la pretensión y, en particular, si es la misma o no que la planteada en la vía judicial precedente; y, por último, las facultades del Tribunal constitucional en el examen del recurso de amparo, de modo que la conclusión será una u otra según se admita que sean revisables los

hechos fijados por los Tribunales de instancia o se limite a examinar cómo los Tribunales ordinarios han aplicado e interpretado las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales. En este último supuesto, como dice GIMENO SENDRA, nos encontraríamos ante una especie de recurso de casación especial, en defensa, no de la legalidad ordinaria, sino de la Constitución.

3º.- El objeto del recurso de amparo es la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que así se delimiten por el texto constitucional que consagra el recurso.

La indicación es importante, porque no todos los derechos constitucionales son susceptibles de este modo de amparo constitucional. Pero debe observarse que sólo derechos constitucionales son protegibles por el recurso de amparo.

Y la pretensión del proceso es una declaración de voluntad, basada en la lesión efectiva o potencial de algún derecho fundamental, dirigida contra alguno de los Poderes públicos del Estado (no es procedente contra actos de particulares), en solicitud del reconocimiento del derecho fundamental y de la adopción de las medidas necesarias para restablecer o preservar el derecho. Es decir, la pretensión no sólo puede ser de reparación (restablecimiento del derecho ya lesionado), sino también de prevención o abstención por el poder público de lo que afecte al derecho cuestionado (preservación).

Por otro lado, el recurso de amparo procede contra los actos lesivos de derechos fundamentales, siempre que proceda de cualquier poder público y, por lo tanto, frente a actos legislativos sin valor de ley, frente a disposiciones, actos o vías de hecho de las Administraciones Públicas y frente a los actos de los órganos jurisdiccionales cuando se haya agotado, contra los mismos, todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

4º.- Desde la perspectiva subjetiva, son de aplicación al recurso de amparo las reglas generales sobre capacidad procesal, ostentando legitimación activa la persona directamente afectada y, según el tipo de derecho cuya tutela se insta, quienes tengan un interés legítimo y los órganos constitucionales encargados de la defensa de los derechos fundamentales, como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

5º.- El procedimiento se somete a los principios de dualidad y contradicción, publicidad especial (en ciertos casos, su interposición se anuncia en periódicos oficiales), y congruencia.

6°.- Las sentencias, que se publican en los diarios oficiales, producen los siguientes efectos:

- Materialmente, determinan una alteración de los actos lesivos de los derechos amparados y, en consecuencia, de las situaciones jurídicas derivadas de ellos, incluidas las eventuales responsabilidades subsiguientes.
- Procesalmente, la sentencia dictada sobre el fondo producirá los efectos propios de la cosa juzgada.
- Ejecutivamente, la sentencia constituye título suficiente para que la parte a la que favorece pueda instar la adopción de las medidas conducentes para que los pronunciamientos del fallo sean respetados.

Conforme se ha expuesto en este trabajo, en el caso de la República Dominicana el conocimiento de la acción o recurso de amparo no compete a un órgano constitucional extra-poder como lo constituye en España el Tribunal Constitucional, ni tampoco, en principio, al interprete supremo de la Constitución, como lo es la Suprema Corte de Justicia, sino que es el Tribunal Ordinario o Juzgado de Primera Instancia a quien le compete su conocimiento y decisión.

C) El proceso de amparo internacional.

Con esta denominación nos referimos al proceso instaurado, en el ámbito europeo, por el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos, y en el ámbito americano por la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo objeto es conocer de las reclamaciones individuales de los ciudadanos y de los estados de los países que han suscrito estos Convenios de Derechos Humanos, frente a las violaciones que los Estados firmantes del Convenio realicen de los derechos reconocidos en los mismos.

Sin ánimo de examinar pormenorizadamente esta vía de tutela de los derechos fundamentales, nos limitamos a indicar que constituye una última vía jurídica de garantía, a favor de los ciudadanos de los países miembros.

Añadamos, solamente, que las reclamaciones se ventilan en un procedimiento con una fase doble: La primera sucede ante la Comisión, cuya función es recibir todas las reclamaciones y emitir un dictamen de rechazo o de admisión. La segunda fase tiene lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien decidirá, cuando la Comisión o alguno de los Estados firmantes le someta el asunto.

7.5 Tutela de la Libertad y el “*Habeas Corpus*”

Uno de los derechos fundamentales que más pronto fue reconocido como tal, es el derecho a la libertad, cuya relevancia como valor supremo de los ordenamientos jurídicos democráticos no merece ser justificada.

Pero no se trata de un derecho absoluto, sino que, en atención a circunstancias diversas, puede verse limitado, al modo como suelen señalar los textos que lo consagran, es decir, en los casos y en la forma previstos en la ley.

La privación de libertad solo es válida, regular, en el marco de la ley. Y la ley contempla, en todos los casos, un supuesto específico de privación de libertad, la medida cautelar de detención preventiva, unida a la averiguación de conductas delictivas, de carácter provisionalísimo y con la finalidad de poner al detenido a disposición judicial.

Pues bien, ante privaciones ilegales, es decir, no autorizadas por la ley, el procedimiento de Habeas Corpus tiene por objeto someter al órgano jurisdiccional la ilegitimidad de la situación de privación de libertad para el restablecimiento de ésta.

Su origen se coloca en el “Habeas Corpus Act” inglesa de 1679. Pero, como ha señalado FAIREN, dos siglos antes, entre 1428 y 1558, la Corona de Aragón en España conoció un procedimiento de “manifestación de personas” que se producía ante el Justicia de Aragón, encarnación de una jurisdicción muy cercana a las actuales constitucionales. De hecho, en la actualidad en Europa, solo Inglaterra y España mantienen este procedimiento específico para la revisión judicial de las detenciones ilegales, pese a encontrarse especialmente previsto en el artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Pese a su denominación corriente como Recurso de Habeas Corpus, no siempre se trata de un recurso, sino de un procedimiento especial por razón de la materia. Así, en efecto, en Inglaterra la pretensión puede dirigirse contra detenciones “judiciales” ilegales y trasladarse a través de distintas instancias. Pero, fuera de ese caso, es, repetimos, un procedimiento especial declarativo, con consecuencias diversas, como señalaremos.

El presupuesto material de este procedimiento es una detención ilegal, cometida por un particular, o por persona perteneciente a los poderes públicos (normalmente, distintos al Poder Judicial). Ante dicha circunstancia, cabe iniciar este procedimiento, con la única finalidad de obtener una resolución judicial, revisora de dicha detención, que califique la legalidad o no de la misma.

El procedimiento, desde una perspectiva general, responde, en atención a su naturaleza y objetivos, a los principios de agilidad, sencillez y antiformalismo.

Se inicia normalmente mediante una solicitud, que puede ser presentada por la persona privada de libertad, sus parientes y, en su caso, los órganos constitucionales encargados de la defensa de los derechos fundamentales. Pero, al menos en España, es posible la iniciación de oficio, por el Juez instructor de una determinada causa, en cuyo caso, con carácter inmediato, acordará se ponga a su disposición el detenido.

Debe observarse que la parte actora principal ha de ser necesariamente una persona física, puesto que los derechos fundamentales tutelados (libertad, seguridad, integridad física o moral), como señala GIMENO SENDRA, son sólo predicables de las personas físicas. En el lado pasivo de la relación procesal sin embargo, pueden encontrarse tanto personas físicas como jurídicas y de naturaleza privada o pública.

La pretensión de Habeas Corpus sólo puede prosperar si media una detención (pura situación fáctica), ilegal (sin imputación del detenido, o más prolongada de lo que la ley permite, o llevada a cabo sin las garantías preestablecidas) y puede consistir en el restablecimiento de la libertad, el cambio de custodia de la persona detenida o su puesta a disposición de la autoridad judicial. En los tres casos, pues, existen peticiones procesalmente mixtas, es decir, declarativas (el reconocimiento del derecho fundamental lesionado) y de condena (la puesta en libertad, a disposición judicial, o el cambio de custodia). Esta es la limitación del objeto de este especial procedimiento, de modo que si la detención ilegal fuera, además, constitutiva de delito, éste deberá ser examinada en el juicio penal correspondiente y la eventual reparación o reconocimiento de los daños producidos habrá de ser también considerada en proceso civil autónomo al efecto.

Existe un supuesto, sin embargo, que se separa de esa regla general. Me refiero a los casos de detención provocada por la emisión de un acto de la Administración Pública. Como es sabido, el control de los actos de las Administraciones Públicas corresponde a los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos; pues bien, cuando es la actividad administrativa la causante de la detención, convergen dos competencias judiciales, la ordinaria (contenciosa) y la especial (Habeas Corpus), lo que en España se ha resuelto por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 12/1994, manifestando que el Juez del Habeas Corpus ha de revisar, aunque de una manera provisional, el presupuesto material de la medida cautelar de privación de libertad (de la detención, que en ese caso afectaba a una persona extranjera a la que se le denegaba el asilo y se ordenaba su expulsión), con la decisión correspondiente, sin perjuicio de que el acto administrativo – en ese caso, el denegatorio de asilo y orden de expulsión

— sea objeto de recurso contencioso-administrativo, que el órgano judicial correspondiente controlará con plenitud de jurisdicción.

El procedimiento se desenvuelve en dos fases esenciales: La primera, de admisión del Recurso de Habeas Corpus, se desarrolla de modo continuo a la presentación de la solicitud y consiste en el examen por el órgano judicial competente, de la concurrencia de los requisitos procesales y materiales que condicionan la incoación del procedimiento (aunque, respecto de éstos, hemos de advertir que en esta fase es posible que todavía no se tenga evidencia alguna) y, hechas las debidas consideraciones, la decisión, que puede ser desestimatoria o estimatoria, de incoación del procedimiento.

La segunda fase nace en el momento en que el órgano judicial acuerde incoar el procedimiento. Comienza mediante la puesta a disposición judicial de la persona del detenido o, en su caso, personándose el juez en el lugar donde la persona es custodiada, oyendo a la persona privada de libertad (alegaciones), a la persona o autoridad que hubiere dispuesto o ejecutado la detención y a aquella bajo cuya custodia se encuentre la persona privada de libertad.

Practicada, en su caso, prueba, que será procedente, dada la celeridad del procedimiento, si fuere practicable en el acto alegatorio, se dictará la resolución judicial, que habrá de ser siempre motivada.

Si la resolución es desestimatoria, dispondrá el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a derecho la privación de libertad y el modo y demás circunstancias en que se está realizando.

En el caso de resolución estimatoria, ésta declarará la ilegalidad de la detención, con uno de los tres pronunciamientos que ya hemos apuntado con anterioridad, es decir, la inmediata libertad del detenido, el cambio de custodia o la puesta a disposición de la autoridad judicial.

Procederá la puesta en libertad si no existe el presupuesto habilitante de la detención. El cambio de custodia se acordará cuando, estando justificada la detención, se esté realizando en lugar o establecimiento inadecuado o sin las garantías necesarias. Por último, se dispondrá la puesta a disposición judicial cuando la ilegalidad de la detención radique en haber excedido el plazo legal o cuando el Juez considere concluidas las diligencias policiales, o cuando, con independencia de ello, el Juez estime que las diligencias de averiguación deben seguirse por la autoridad judicial.

En la República Dominicana, la propia Constitución de la República consagra la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la acción de habeas corpus, en su Art. 8, numeral 2, letra g). El legislador, por su parte, ha desarrollado esta institución procesal de la libertad en la Ley 5353, del

14 de octubre del año 1914. Su objeto es proteger a los ciudadanos frente a las detenciones ilegales o arbitrarias de que sean víctimas, así como en aquellos casos en que no obstante ser regular en la forma la detención, por haberla realizado autoridad competente y en observancia de los procedimientos legales, no existan indicios de culpabilidad en cuanto al fondo.

Las disposiciones de la Ley de Habeas Corpus que han regido esta institución desde el 1914, quedarán sustituidas por los arts. 381 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal, una vez transcurra el plazo de la vacatio legis que consagra. Las nuevas disposiciones establecen algunos cambios respecto del régimen actual, ya que eliminan el habeas Corpus fundamentado en la ausencia de indicios, así como también hacen admisible esta acción cuando el derecho fundamental a la libertad se viere inminentemente amenazado.

7.6 Tutela y Procesos especiales nacidos de la constitución.

En otro lugar anterior hemos hecho una indicación sumaria de los procesos que quedan bajo la competencia de los órganos jurisdiccionales constitucionales.

La llamada tutela constitucional no alcanza exclusivamente a los derechos fundamentales y libertades públicas, sino que, como dijimos, se extiende a otro tipo de procesos, que nos ocupan ahora.

A) Los procesos de inconstitucionalidad.

Este tipo de procesos tiene por objeto, albergar las pretensiones referentes a la constitucionalidad de normas y disposiciones diversas, ya incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico de un Estado, o en proceso de incorporación.

En efecto, es común atribuir a los órganos jurisdiccionales una labor de depuración e interpretación constitucional que comienza en el mismo momento en que la norma se encuentra en fase de elaboración. Por otro lado, son distintos los momentos en que la pretensión de inconstitucionalidad se puede hacer valer. Y, en fin, las disposiciones susceptibles de ser objeto del control de constitucionalidad típico de estos procesos son también diversas. De todo ello surge, con el fin de no hacer esta exposición excesivamente larga, la siguiente clasificación:

a) El proceso principal de constitucionalidad.

Se dirige contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley y constituye el proceso típico de los que nos ocupan, puesto que se trata de un proceso especial (generalmente denominado recurso) en el que la pretensión que se deduce es, pura y simplemente, la de declaración de disconformidad constitucional o inconstitucional de una disposición con fuerza de ley.

La legitimación para interponer este llamado recurso de inconstitucionalidad es diversa en atención al tipo de acto con fuerza de ley que se cuestione. Pero, con carácter general, puede decirse que concurre en el Gobierno y Parlamentos del Estado y, en su caso, regionales, así como en el Defensor del Pueblo o figura constitucional similar.

En el caso de la República Dominicana, el Art. 67, parte in fine del numeral 1, de la Constitución de la República, dispone que corresponde a la Suprema Corte de Justicia conocer de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Càmaras del Congreso Nacional o de parte interesada.

El concepto de parte interesada ha sido definida en sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 6 de agosto del año 1998, como “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, basados 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”.

El proceso, en el caso de la República Dominicana, no ha de entablarse en un período concreto desde la publicación del acto recurrido y la tramitación se reduce a una esencial fase de alegaciones, concluyendo por sentencia que producirá el efecto de anular el acto de que se trate cuando aquélla sea estimatoria, o la firmeza de aquél en caso contrario.

b) La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad.

Este proceso especial atiende a un supuesto diferente: Es el caso en que ante los órganos jurisdiccionales ordinarios que conocen de un asunto se cuestione la inconstitucionalidad de una disposición con fuerza de ley. Aquéllos carecen de competencia para hacer esa declaración, reservada en exclusiva, como ya hemos dicho, al órgano jurisdiccional constitucional que se constituye en intérprete supremo de la Constitución. En tal caso, el Juez ordinario ha de proceder a plantear el asunto ante el órgano

jurisdiccional constitucional, lo que en el proceso ordinario actuará como cuestión prejudicial.

El planteamiento de la cuestión prejudicial constitucional corresponde en exclusiva al Juez ordinario, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia de todas las partes en presencia en el proceso ordinario, así como del Ministerio Fiscal.

Puede plantearse la cuestión prejudicial de constitucionalidad una vez concluida la tramitación del proceso ordinario en que se suscite, en el plazo para dictar sentencia. Obviamente, al afectar a un proceso o caso concreto, es indiferente el plazo transcurrido desde la fecha en que entró en vigor la ley cuestionada y la tramitación ante el órgano jurisdiccional constitucional otra vez reconoce un trámite esencial de alegaciones y la finalización por sentencia cuyo contenido, desde luego, tiene efectos dentro del proceso ordinario donde se suscitó.

No es uniforme el efecto que la declaración de inconstitucionalidad de una ley por esta vía pueda tener fuera del proceso en que la cuestión prejudicial se suscitó. GONZALEZ PEREZ ha defendido la ausencia de fundamento de la tesis que priva de efectos a la sentencia fuera del citado proceso ordinario, porque, una vez planteada la cuestión prejudicial, la competencia para su conocimiento y decisión se eleva al órgano jurisdiccional constitucional facultado para declarar la inconstitucionalidad de una ley y el procedimiento que ante el mismo se sigue está dotado de las mismas garantías procesales y materiales que el proceso directo de inconstitucionalidad.

En el caso de la República Dominicana, no se plantea como en España el problema de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad que obligue al tribunal que conoce del fondo de una contestación a sobreeser el asunto hasta tanto el interprete supremo de la Constitución se pronuncie al respecto, ya que coexiste el control concentrado y el control difuso, por lo que todo tribunal ante el cual se plantee en el curso de una litis un problema de inconstitucionalidad está en capacidad de pronunciarse al respecto, con la única diferencia, respecto del control concentrado, de que este tiene un alcance erga omnes, mientras que el control difuso tiene un alcance relativo.

B) El control previo de inconstitucionalidad.

Es un supuesto distinto de los anteriores, porque bajo la denominación utilizada nos referimos a los supuestos en que el órgano jurisdiccional constitucional está facultado para declarar si un Tratado Internacional al

que los órganos estatales han prestado su consentimiento se encuentra o no en contradicción con la Constitución.

Este procedimiento de control se diferencia de los anteriores, porque afecta a actos que todavía no se han incorporado al ordenamiento jurídico. Por la misma razón o fundamento es posible que ese control afecte, no solamente a los tratados Internacionales, sino también a determinadas categorías de bienes que, por su especialidad, requieren, según la Constitución, un proceso de elaboración más estricto que el que afecta a las leyes ordinarias.

En todos esos casos no nos encontramos, realmente, ante verdaderos procesos, porque con el control previo de constitucionalidad no se ejerce una propia actividad jurisdiccional; no existe una verdadera pretensión de una parte contra otra, sino una actividad consultiva a requerimiento de determinados órganos del estado.

El dictamen, trámite final y esencial del procedimiento que examinamos, tiene efecto vinculante. Esta es la trascendencia de este supuesto, ya que el órgano del estado encargado de dar el consentimiento preciso para que el acto controlado pueda en definitiva ingresar en el ordenamiento estatal, no podrá separarse del mismo.

En República Dominicana la Constitución consagra el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, en el sentido amplio de este término, lo que incluye las Resoluciones aprobatorias del Congreso Nacional de los Tratados Internacionales suscritos por el Presidente de la República, el que puede ser ejercido por los Presidentes de las Cámaras que integran el Congreso, así como por el Presidente de la República. En la práctica, el Jefe del Estado hizo uso del control preventivo de constitucionalidad respecto de una ley aprobada por las Cámaras Legislativas tendentes a declarar la necesidad de una Reforma Constitucional, al impugnarla, mediante una acción principal de inconstitucionalidad elevada a la Suprema Corte de Justicia, previa a su promulgación.

C) Los conflictos constitucionales.

El último de los capítulos que integran la Tutela constitucional es el referente a los procesos que se plantean entre órganos o entidades estatales, cuando su resolución se encomienda al órgano jurisdiccional constitucional correspondiente.

La existencia de conflictos es común a la convivencia de entidades públicas distintas y de órganos en su seno, dentro de un Estado, con esferas

de atribuciones a veces concurrentes. Muchas veces, esos conflictos se encomiendan a la resolución de un órgano común. Pero, cuando se trata de conflictos entre entidades investidas de autonomía o entre poderes distintos del Estado, el problema toma un cariz en cierto modo político, lo que ha generado distintos modos de solución en los distintos ordenamientos.

Una de estas maneras de solución es la que, como actualmente existe en España, encomienda al Tribunal Constitucional (el órgano jurisdiccional constitucional).

Prescindiendo ahora del procedimiento, diverso en cada supuesto, terminemos diciendo que, normalmente, el planteamiento del conflicto no produce efectos suspensivos en las disposiciones, resoluciones o actos en enfrentamiento. Pero los efectos de la resolución son más complejos: Si el conflicto es negativo, la resolución determinará el órgano o poder competente. Si el conflicto es positivo, la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o acto que produzcan el conflicto.

En el caso dominicano, no tenemos estos tipos de procesos, dada la naturaleza unitaria del Estado.

Tema 8

Acceso a la Jurisdicción y al Recurso

Autores:

Ramón Nuñez Nuñez

Abogado

Fernando Campo Antoñanzas

Abogado

Sumario

8.1 Acceso a la Jurisdicción

8.1.1 Consideraciones generales

8.1.2 Existencia de un interés legítimo

8.2 Derecho al Proceso

8.2.1 El proceso como camino necesario para obtener la tutela judicial efectiva

8.2.2 El reconocimiento de la legitimación

8.2.3 La llamada al proceso. La efectividad frente a la formalidad

8.3 Régimen de Recursos

8.3.1 El acceso al recurso

8.3.2 La reformatio in peius

La segunda parte de esta obra dedicada a la Constitución y el Proceso se inicio, en el anterior tema, con una introducción a la Teoría General de las Garantías Procesales en las Constituciones donde se han estudiado desde distintas perspectivas los diversos aspectos de la tutela judicial plasmada en las garantías procesales.

Debemos entrar ahora a estudiar desde las garantías constitucionales la problemática del acceso a la jurisdicción y el régimen de recursos.

8.1 Acceso a la Jurisdicción

8.1.1 Consideraciones generales

La proclamación de que toda persona tiene en su patrimonio el derecho libre para poder acceder a la Jurisdicción no es más que la manifestación de algo ya reconocido en el acervo legislativo universal y más concretamente en las siguientes normas:

Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“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 o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

Artículo 14 párrafo primero del Pacto Internacional de Hechos Civiles y Políticos de 1966: *“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 un Tribunal competente, e independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”*.

Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950: *“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 obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*.

Se trata como la doctrina lo viene definiendo, de un derecho que constituye la plasmación práctica de un caso concreto de su solución a través del propio proceso o, en otras palabras, es el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial.

El derecho de libre acceso a la Jurisdicción corresponde a toda persona física o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, a quién el Ordenamiento Jurídico reconozca capacidad para ser parte en un proceso.

8.1.2 Existencia de un interés legítimo

Allá donde exista un derecho e interés legítimo digno de tutela, existirá un derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, por lo que la declaración de interés legítimo debe de ser con carácter general, respuesta a un concepto intelectual lo más amplio posible con el único requisito de que dicho interés debe de ser auténtico y derivado de un derecho insatisfecho ya que los órganos jurisdiccionales no están para evacuar consultas hipotéticas, criterios de opinión o consejos sino, para resolver verdaderas controversias.

Un botón ejemplarizante y criterio amplio en el que debe de ser encasillado el concepto de interés legítimo, lo encontramos en la ciudadana Violeta Friebmas, ciudadana judía, planteó ante los Tribunales de Justicia una demanda de preservación de tutela personal contra quién públicamente, dudaba de la existencia de los hornos crematorios en la Alemania Hitleriana y en donde ella misma había sido ingresada. La pretensión tuvo acogida por los Tribunales de Justicia en base a considerar que existía interés legítimo y controvertido que tutelar, ya que la circunstancia histórica que había sido puesta en cuestión afectaba directamente a la conciencia, al honor y a la propia historia de la vida de doña Violeta Friebmas.

Por tanto, no encontramos más requisito para la existencia de un interés legítimo susceptible de ser sometido a la jurisdicción de aquél que en plena controversia sea sometido a los Tribunales de Justicia con petición directa de resolución de conflicto y no en demanda de una mera opinión o conjetura.

Establecido de forma amplia el concepto de interés legítimo y reconocido universalmente el derecho de acceso a la jurisdicción, debemos afirmar que no existen limitaciones de acceso a la jurisdicción a excepción de la que expresamente establezca la Ley pero incluso en ese supuesto, el Legislador no dispone de entera libertad para establecer condicionantes, ya que si el propio Ordenamiento Jurídico estructura un mecanismo de tutela judicial efectiva, el Legislador no puede restringir el acceso a la jurisdicción de tal modo que obstaculice el ejercicio de tal derecho con requisitos infundados, irrazonables o de tal naturaleza, que de hecho supriman o cercenen de manera sustancial el derecho reconocido constitucionalmente.

Por tanto, los límites deberán encardinarse directamente en situaciones que dificulten, o impidan, el acceso a la jurisdicción con el objetivo de proteger y tutelar otros derechos fundamentales.

Tenemos, por ejemplo la protección de la Seguridad Jurídica cuando el propio Legislador en las normas rituarías procesales, puede establecer

plazos de prescripción para el ejercicio de determinadas acciones o de caducidad en los derechos.

Efectivamente, y de todos es conocido, que el transcurso del tiempo tiene su trascendencia en el mundo jurídico. El instituto de la prescripción y de la caducidad no vienen más que a actuar como escudos protectores del principio constitucional de la seguridad jurídica por lo que efectivamente, aquel justiciable que pretenda acceder a la jurisdicción superando los plazos de prescripción o caducidad, no podrá alegar o demandar amparo constitucional por privársele ese Derecho ya que entra en conflicto con la seguridad jurídica en la que se puede amparar aquel contra él que se pretenda el ejercicio de una acción prescrita o la realización de un derecho caducado.

En esta línea argumental, el Tribunal Constitucional Español tuvo la oportunidad de pronunciarse, en 1986, Sentencia 147, sobre la declaración que el legislador había hecho de imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la denominada Ley de Amnistía. La mencionada Ley establecía una serie de derechos para aquellos trabajadores que por represalias políticas en el anterior régimen, previo a la Constitución, podían reclamar ante sus antiguos empresarios las indemnizaciones o restituciones de derecho que estimasen oportunas.

Razonó el Tribunal Constitucional que en la declaración de imprescriptibilidad de las acciones, reconocidas en esa denominada Ley de Amnistía, era susceptible de declaración de inconstitucionalidad por la desproporción que existía entre la finalidad de la Ley y el sacrificio que exigía a los empresarios, dada la inseguridad que les reportaba a éstos en el mantenimiento, sine die, de la posibilidad de ser llamados a juicio por situaciones acaecidas con anterioridad a la fecha de la propia Constitución. Nos encontramos en un caso en el que la inconstitucionalidad de la norma derivaría en favorecer desproporcionadamente el acceso a la jurisdicción que estamos estudiando.

Otro límite de acceso a la jurisdicción, en este caso de carácter absolutamente privado, se da en aquellos supuestos en los que los ciudadanos a la hora de configurar su voluntad contractual someten directamente y de cónsono, la resolución de los conflictos derivados del instrumento contractual suscrito a la vía del arbitraje con renuncia expresa a los foros jurisdiccionales que les correspondería por Ley.

Vemos que en este supuesto son los propios ciudadanos los que se auto limitan el derecho de acceso a la jurisdicción en búsqueda sistemas alternativos a la misma para resolver sus conflictos, en el caso estudiado se trata del Instituto del arbitraje que, bien de equidad o de derecho, se

constituye como un verdadero sistema alternativo a la propia jurisdicción. En todo caso será el propio Ordenamiento Jurídico el que establezca los cauces en los que se deba desarrollar el arbitraje y el alcance y ejecutoriedad de los laudos que se dicten en dicho proceso. Naturalmente, pueden existir sistemas intermedios que no excluyan directamente el acceso a la jurisdicción sino que establezcan requisitos prejudiciales que necesariamente los ciudadanos deben de cumplimentar antes de acceder al propio proceso.

Estas exigencias prejudiciales pueden ser adoptadas como en el caso del arbitraje, en el ámbito de disponibilidad contractual privado, o ser establecidas por el propio legislador. En el primer supuesto, estaríamos contemplando situaciones en las que las partes no excluyen su posibilidad de acceder a la jurisdicción sino adquieren el compromiso de intentar mecanismos de resolución de conflicto previo al pleito como por ejemplo; sometimiento a la mediación de un tercero. En los supuestos previstos por la propia Ley son conocidos singularmente en el derecho social o del trabajo, los requisitos previos que trabajadores y empresarios quieren para acceder a la jurisdicción ya que previamente deben someter su controversia a las denominadas comisiones paritarias o servicios de mediación o arbitraje legalmente previstos en el Ordenamiento Jurídico, como por ejemplo; en el Derecho Interno Alemán, Francés o Español.

Fuera de estos supuestos el acceso a la jurisdicción no debe encontrar ningún tipo de obstáculos, ya que en todo estado de derecho todos los conflictos deben y pueden solucionarse judicialmente.

Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.-

Si la justicia es el espacio institucional para la solución de conflictos en las sociedades democráticas, su legitimidad dependerá en gran medida de la posibilidad que tengan los usuarios del sistema de justicia de tener acceso libre y fluido a los jueces y tribunales.

La Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, consagra expresamente este derecho en su Artículo 8.1 en los siguientes términos:

“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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la de terminación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

La Constitución de la República Dominicana (CRD), al atribuir la función jurisdiccional a un poder del Estado, el Judicial, asigna a los jueces y tribunales la misión de proveer la tutela judicial efectiva a que tienen derecho todos los habitantes de la República. El Artículo 4 de la Constitución, establece claramente una separación de funciones entre los distintos poderes del Estado en los siguientes términos:

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

Más adelante, al respecto de la función jurisdiccional, el artículo 63 de la Constitución de la República dispone:

”El Poder Judicial se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y por los demás Tribunales del Orden Judicial creados por esta Constitución y las leyes...”

El acceso a la justicia no está abandonado a la suerte por la Constitución, ya que esta contiene reglas que permiten identificar en qué condiciones debe ser provisto ese acceso a los ciudadanos, que no son otras que las propias de una sociedad democrática. En efecto, hay determinados atributos que debe presentar la justicia expresamente previstos en nuestra Carta Magna. A saber:

- a) Independencia (Art.4 CRD)
- b) Responsabilidad (Art. 4 CRD)
- c) Imparcialidad (Art. 8.2.j)CRD)
- d) Gratuidad (Art. 109 CRD)
- e) Igualdad (Art. 100 y 8.5 CRD)

A estas características, previstas expresamente por la Constitución cabe agregar otras, como la celeridad o plazo razonable, consagrada en el texto del Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, antes citado. En ese sentido, cabe resaltar el criterio del Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez:

“Si bien es cierto que ese derecho de acceso a la justicia, también llamado de requerir la tutela de los tribunales, implica la

posibilidad de apoderar y comparecer ante las jurisdicciones a formular los pedimentos que correspondan al interés del impetrante, no es menos cierto que el mismo se desdobra y genera el derecho a esperar una sentencia sobre las pretensiones y los medios de defensa de las partes, la que deberá ser rendida por el juez o tribunal apoderado en un plazo razonable”. (Pellerano Gómez, Juan Manuel. El derecho a la justicia en Constitución y Política. Capeldom, Santo Domingo, 1991, Pág. 128)

El conjunto de normas constitucionales y de la Convención Americana previamente referidas nos permite afirmar que son violatorios del derecho al acceso a la justicia todos los obstáculos que limitan irrazonablemente que los usuarios de la justicia, nacionales o extranjeros, puedan acceder a los tribunales en procura de la tutela de sus derechos. Ese es el caso de la exigencia del pago previo de los impuestos, como condición para ejercer el recurso, conocido como el “solve et repete”, tal como lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia en Sentencia de fecha 19 de julio de 2000:

“...que, 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 esta exigencia del artículo 143 coloca a los recurrentes ante la jurisdicción contencioso-tributaria en una situación de franca desigualdad, 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, luce discriminatorio y contrario a los preceptos constitucionales correctamente interpretados por el Tribunal a-quo en su sentencia;...”

Como consecuencia de la supremacía de las normas y principios constitucionales, si bien es cierto que el legislador puede establecer límites, su facultad legislativa no es absoluta y debe pasar la prueba de la razonabilidad prevista en el Artículo 8, numeral 5 de la Constitución, tal como lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia en la decisión precedentemente citada:

“...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 80, 143 y 63 del Código Tributario, se estaría en presencia de un desconocimiento de los preceptos constitucionales consagrados por el artículo 8, ordinal 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, conforme lo establece el artículo 46 de la misma;...”

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, algunas normas del derecho interno dominicano han sido cuestionadas por parte de la doctrina, entre las cuales cabe destacar el caso de la disposición del Código Civil que establece la denominada “fianza iudicatum solvi” o fianza del extranjero demandante; el caso del artículo 539 del Código de Trabajo sobre la necesidad de depositar el duplo de la condenación para lograr el efecto suspensivo del recurso de apelación (un Juez de Apelación, como Juez de los Referimientos consideró que esta disposición *“lesiona el derecho de acceso a la justicia que le corresponde a toda persona”* Cfr. Ordenanza del 17 de febrero de 1994, Juez Primer sustituto en funciones de Presidente de la Corte de Apelación de San Pedro de Macorís) y las disposiciones de la ley 80-99, que aumenta las tasas e impuestos judiciales para cubrir el incremento de los salarios de los profesionales médicos, enfermeras, farmacéuticos y laboratoristas. Estos últimos casos no han corrido ante la Suprema Corte de Justicia la misma suerte que el “solve et repete”.

8.2 Derecho al Proceso

8.2.1 El proceso como camino necesario para obtener la tutela judicial

Reconocido el derecho de acceso a la jurisdicción el legislador viene obligado a establecer la organización y el procedimiento adecuado para su satisfacción, de tal forma que no solamente basta con la existencia de un interés legítimo y un Tribunal al que dirigirse, sino que éste debe poner en marcha un cauce encaminado a obtener una resolución jurisdiccional,

en el supuesto que el Tribunal, o bien prescinda, o se aparte del cauce procesal establecido estaríamos, en función de la intensidad de la desviación, ante una infracción de una garantía constitucional merecedora de ser objeto de amparo ya que se vulneraría el derecho a la tutela judicial.

Los órganos jurisdiccionales solo pueden pronunciarse, esto es, dar una respuesta a la cuestión planteada por el justiciable, a través de la tramitación de un proceso legalmente previsto, con la posibilidad que quiere el justiciable de elegir de entre las distintas posibilidades aquel proceso que más crea convenirle o incluso optar, en determinados supuestos, por una jurisdicción distinta, elección que en cualquier caso no es de libre disponibilidad ya que su concreción estará sometida, obviamente, a la legalidad.

Son conocidos los conflictos que se pueden generar con carácter jurisdiccional entre el ámbito civil y laboral o social y entre el ámbito contencioso - administrativo y civil cuando se dan y se concretan situaciones en que la Administración Pública, actúa sujeta a derecho privado.

Por último, cabe destacar que las posibles exigencias que determinados procesos exijan con carácter previo a la incoación de los mismos, debe regirse necesariamente para no vulnerar el derecho fundamental de acceso al proceso, constar con dos requisitos: Que estén previstos por la propia Ley, que sean de carácter subsanable para que un requisito previo no obstaculice el ejercicio de un derecho fundamental.

Los supuestos son varios y dispares, como ejemplarizante nos podemos referir a aquellos ordenamientos jurídicos cuyas normas procesales exigen, para la admisión e instrucción de la posible comisión de un delito, que atente al honor de las personas, los denominados delitos de carácter privado, la exigencia de un acto de conciliación previo a querella.

El legislador entiende que el bien jurídico a proteger con la existencia de ese tipo delictivo en los Códigos Penales correspondientes sea de carácter estrictamente privado, se puede, sin la intervención propia de la jurisdicción prever un mecanismo conciliatorio que lleve a las partes a arreglar la controversia sin necesidad de la instrucción penal. Este requisito tan razonable no debe, en todo caso, ser impedimento para acceder a la jurisdicción y así poder interponer la denuncia o querella correspondiente, el Tribunal deberá de ponderar las circunstancias pero podrá exigir a la parte accionante, que en tanto, en cuanto, no cumpla procedimentalmente con el requisito previo, suspenderá la tramitación de su denuncia o querella. Son supuestos que no impiden el acceso al proceso ya que, como se ha dicho, están previstos por la Ley y además son fácilmente subsanables.

8.2.2 El reconocimiento de la legitimación

Del tenor literal de los párrafos precedentes cabe deducir que contemplamos la problemática jurídica, sujeta a estudio desde la perspectiva del accionante o aquél que reclama una actuación jurisdiccional concreta, pero el derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso implica necesariamente que se reconozca el derecho a ser parte en el proceso y al poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas a todas aquellas personas, que estén en una determinada relación con dicho proceso, esto es, a todas aquellas partes que entiendan tienen una legitimación derivada de la propia actuación judicial. Como veíamos al comienzo de este tema, la existencia de un interés legítimo para el accionante debe de trasladarse, con el mismo criterio de amplitud, a este momento procesal de tal forma y manera que los jueces y tribunales deberán llamar al proceso a toda persona o figura jurídica que de forma directa esté relacionada con la acción ejercitada y así se le deberá abrir al proceso a participar en él como demandado a toda persona que tenga un derecho o interés en la causa con la posibilidad de ser oídos y en perfecta contradicción, poder resolver la controversia planteada.

El reconocimiento de la legitimación, no es otro que el que se promulga, en otras palabras como el derecho a ser parte o, en otras palabras, tal y como una jurisprudencia universalmente ya aceptada establece es el derecho a: “tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal, y ejercitar el derecho de defensa contradictorio si le conviene, con la dialéctica jurídica y justificaciones oportunas, frente a las pretensiones adversas, constituyéndose en forma adecuada, la relación jurídico procesal entre las partes legitimadas activa y pasivamente, en atención al derecho debatido en el conflicto intersubjetivo de intereses y, su real contenido, para evitar, en todo caso, la ausencia del demandado legitimado, con su condena sin ser oído, conculcándose el principio de contradicción procesal recogido en el axioma “*audiatur et altera pars*”.

En el hecho a constituirse como parte, se debe de reconocer de una forma tan amplísima, que es difícil establecer supuestos que cercenen o limiten tal derecho, al menos apriorísticamente, ya que el propio devenir del proceso podrá situar a cada parte con la legitimidad correspondiente y establecer durante el proceso o en sentencia, las carencias de legitimación que pudiesen corresponder a cada uno de ellos, pero, en cualquier caso, no se debe privar a aquél que manifieste un interés legítimo en el pleito, la posibilidad de hacerse oír para, de esta forma, evitar situaciones de ventaja

o utilidad jurídica derivada de la cercenación de este derecho de poder acceder al proceso.

Por último, señalar que en el trasfondo de toda ésta problemática, existen las discusiones que en materia de litis consorcio se puedan plantear procesalmente y que a los manuales de los derechos rituarios nos remitimos.

8.2.3 La llamada al proceso. La efectividad frente a la formalidad

La llamada al proceso, esto es el emplazamiento a la parte es el instrumento a través del cual se materializa la posibilidad de ejercer los derechos fundamentales de acceso a la jurisdicción y al propio proceso, por ello la citación o el emplazamiento se constituye en elemento indispensable para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no se puede establecer una respuesta garantista a la controversia planteada ante los Tribunales, si aquella no responde a las cuestiones y matices que todas y cada una de las partes con interés legítimo en la causa, hayan podido plantear y esta circunstancia, en ningún caso se puede realizar si no son debidamente llamados y emplazados para que ejerciten su derecho a ser oídos, alegar, y tratar de probar lo alegado, en definitiva a ejercitar el derecho de defensa.

El emplazamiento debe, necesariamente, para responder a un sistema garantista, obedecer a criterios de objetividad que de formalidad, esto es, no basta con el cumplimiento formalista del requisito de emplazar, el sistema garantista exige a los Tribunales de Justicia un esfuerzo complementario, que no es otro que constatar que la llamada al proceso ha sido realizada con la insistencia y medios adecuados necesarios para que, dentro de lo posible, quede constancia que la parte con interés ha tenido conocimiento de la existencia del proceso y que obedece exclusivamente a su propia voluntad su no comparecencia.

En este sentido cabe determinar una serie de reglas de comportamiento para constatar la exigencia razonable del emplazamiento personal que se resume en los siguientes:

- Existencia de la constancia de la citación, para ello no sirven las manifestaciones verbales, un intento de emplazamiento, sino, la constancia documental de que la citación se ha llevado a efecto.
- Que la citación sea personal, dentro de los medios razonables posibles, aquella parte que directamente tenga el interés en el proceso de que se trate, siendo, como luego se verá, excepcional el mecanismo de citación de una persona a través de terceros.

- Cuando sea materialmente imposible la citación personal, se debe razonar porqué no se ha podido hacer así, identificando a la persona que ha recibido la noticia judicial en relación con la parte interesada y plazos de cumplimiento del encargo se le encomienda.
- No cabe la vejación por parte de los Tribunales de Justicia en personas distintas a las del propio Juez o Magistrado en el control de las citaciones, ya que la trascendencia del emplazamiento puede en su caso, derivar en situaciones de verdadera privación de derechos fundamentales y constituir amparos por la vulneración de la tutela judicial, por ello deberá ser el titular de cada órgano jurisdiccional el responsable directo de las citaciones que las partes se deban tramitar.
- Por último y como en toda materia de derechos fundamentales habrá que analizar cada caso para constatar el nivel de infracción o diligencia que sea ejecutado para el emplazamiento y en función de ello, establecer si la entidad de la vulneración, es constitutiva o no de la vulneración del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción y al propio proceso, en este sentido, queda claro que la posibilidad de emplazamiento por edictos debe ser claramente excepcional y los emplazamientos a ciudadanos extranjeros a través de los boletines oficiales o gacetas oficiales deben ser suplantadas por comisiones rogatorias que deberán, en todo caso, tramitarse con las diligencias necesarias para no suspender sine die los derechos que las expectativas de contestación a las cuestiones controvertidas que los solicitantes en respuesta judicial hayan podido ejercitar.

Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.-

Formulada la justicia como un servicio público de libre acceso a todo interesado en la tutela de algún derecho, esta no se configura de cualquier manera, sino mediante la puesta en marcha del debido proceso de ley o del juicio previo, previsto fundamentalmente en el artículo 8, numeral 2, literal j) de la Constitución, en los siguientes términos:

“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 la defensa”.

Como se puede notar, el texto constitucional transcrito establece la forma judicial y las garantías propias del proceso “cual que fuera su naturaleza, puesto que no se hace distinción alguna” (Pellerano Gómez, Juan Manuel. La Constitucionalización del proceso en Estudios Jurídicos, Volumen VII, Número 2, Mayo-Agosto 1997, pp. 290-291).

En el orden de la justicia penal cabe destacar que el nuevo Código Procesal Penal (Ley 76-02, publicada en la Gaceta Oficial en fecha 27 de septiembre de 2002), contiene entre sus Principios Fundamentales, el siguiente:

“Art. 3. Juicio previo. Nadie puede ser sancionado a una pena o medida de seguridad sin un juicio previo.

El juicio se ajusta a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación, celeridad y concentración”.

A propósito del acceso a la justicia y el derecho al proceso, es oportuno resaltar que la regulación procesal no es neutral, sino un instrumento de política judicial. Las formas procesales y los distintos procedimientos son prácticas que el Estado recoge en un determinado código o ley procesal, y es natural que éstos varíen según la orientación democrática o autoritaria del Estado de que se trate. Esta idea nos obliga a abandonar aquellas según las cuales el derecho procesal, sea éste civil o penal, tiene un carácter meramente instrumental por ser “el camino trazado para la realización del derecho material”. No olvidemos que la efectividad misma de los derechos de los que acuden a la justicia depende en gran medida, no de la consagración del derecho de que se trate en la legislación denominada material o sustantiva, sino de la tutela que le provea el sistema de justicia. (Binder, Alberto. Introducción al derecho procesal penal, Ad-hoc, Buenos Aires, 2da ED., 2000)

En el mundo jurídico se habla de una crisis de la ley procesal, que afecta su racionalidad, en la doble dimensión de su necesaria coherencia con el resto del ordenamiento y su funcionalidad. (Taruffo, Michele. Racionalidad y crisis de la ley procesal, Doxa 22, 1999, pp. 311-320) En el caso dominicano, la falta de coherencia más relevante que presenta nuestra legislación procesal, tanto civil como penal, es la que se verifica respecto de las normas constitucionales. En efecto, el divorcio entre la Constitución y el proceso ha sido la nota distintiva de nuestros más de 158 años de vida republicana, situación que ha empezado a ser revertida con importantes decisiones de los tribunales afirmando la supremacía de la Constitución y, de modo particular, con la reciente aprobación del nuevo

Código Procesal Penal que ha venido, por así decirlo, a constitucionalizar el proceso.

8.3 Régimen de Recursos

8.3.1 El acceso al recurso

Cabe afirmar con carácter general, que toda resolución judicial tiene que estar abierta necesariamente a un recurso, si bien como cualquier otro derecho no se trata de un derecho absoluto al recurso sino que, por Ley se pueden establecer límites a la segunda instancia que dependerán fundamentalmente de la escasa importancia del asunto, fundamentalmente en materia civil, o desde una perspectiva procesal pueden establecer vetos a la segunda instancia en diligencias de mero ordenamiento.

En todo caso, en la jurisdicción penal si que es necesaria el establecimiento con carácter general y práctico del doble enjuiciamiento estableciendo aquí forma necesaria, la posibilidad de acceso al recurso.

Tal exigencia viene ya consagrada en el epígrafe quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que textualmente dice:

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

Tal y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama el acceso a la segunda instancia no parece adecuado, al menos en la jurisdicción penal, establecer impedimentos al recurso, bien formalmente, no estableciéndolo por Ley, o constituyendo un mecanismo de revisión de las resoluciones de instancia penales cuyos mecanismos de acceso sean ciertamente excepcionales y limiten el juego de la doble instancia.

A modo de ejemplo señalamos el Ordenamiento Jurídico Español en el que la doble instancia para delitos menos graves o faltas se articula con absoluta facilidad de acceso a través del recurso de apelación, pero ello no ocurre con el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, para delitos graves, cuyos requisitos de admisión a trámite son ciertamente rigurosos y es muy habitual que por medio de auto se rechacen los anuncios de casación que intentan revisar el contenido de la sentencias penales

dictadas en materia de delitos graves, de esta forma vemos como, aunque formalmente se articula por Ley la doble revisión o acceso al recurso, es posible cercenar tal derecho con los impedimentos procesales en la tramitación del recurso se puedan establecer, ello merma por sí al propio sistema garantista.

En conclusión la denegación de un recurso legalmente establecido y echa de ésta forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas, ya que el no poder acceder a los recursos legalmente establecidos vulnera el principio general constitucional de la tutela judicial efectiva pues el derecho al acceso del propio proceso incluye el derecho al recurso, entendiendo por tal no cualquier recurso doctrinalmente aconsejable o hipotéticamente conveniente o deseable, sino aquél que las normas vigentes en el ordenamiento en que se trate hayan establecido para el caso.

Al tratarse del mismo derecho de acceso al proceso, y en consecuencia de una continuación del mismo, la resolución del recurso debe de tener las mismas garantías procesales que las resoluciones judiciales dictadas en instancia y revisadas a través del propio recurso. Por tanto, estamos ante una resolución judicial que vulneraría la tutela judicial efectiva si se dictara de forma inmotivada, con argumentos irrazonables, erróneos etc.

De la misma forma, para hacer verdaderamente efectivo el derecho al recurso las resoluciones que se dicten en instancia deberán advertir al justiciable cuál es el mecanismo procesalmente previsto por la Ley para revisar esta resolución y así poder acceder a la segunda instancia debiéndose señalar, necesariamente, los plazos de revisión y ante que órgano jurisdiccional debe presentarse el recurso y la naturaleza del mismo.

Por último señalar, que de la misma forma que debe interpretarse con amplitud la posibilidad de acceso al recurso a través de la aplicabilidad del principio general del derecho pro actione, ha de entenderse que también existe un principio pro recurso al ser éste, como ya se ha dicho, una continuación del propio proceso, por ello las causas de inadmisión de un recurso deben ser interpretadas restrictivamente y en todo caso, detectado un fallo procesal, deberá valorarse la posibilidad de subsanación del mismo para poder acceder de forma garantista a la revisión de la resolución judicial dictada en instancia.

Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.-

El derecho a la justicia implica también el derecho al recurso. El doble grado de jurisdicción está organizado en los sistemas inquisitivos como un doble juicio y esto genera no pocas controversias, toda vez que la

tendencia en las reformas procesales penales que se han venido operando en Iberoamérica, incluyendo República Dominicana, ha sido, contrario a la tradición inquisitiva, la de poner límites al recurso de apelación que sólo permiten su apertura previa justificación de los motivos expresamente previstos por la ley.

El paso de un esquema de justicia monárquica a uno de justicia republicana ha supuesto, en efecto, abandonar la concepción del recurso como un mecanismo de control sobre la “justicia delegada”, concepto al cual Mario A Houed se refiere del siguiente modo:

“Justicia delegada: El sistema inquisitivo supone un régimen político de gran concentración de poder en un sólo órgano estatal (el Monarca, el Papa, etc.), que determina las principales funciones del Estado, tanto administrativas, como legislativas y judiciales. De él emana la justicia, y por cuestiones de orden práctico, delega en órganos subalternos su función. De ahí que se justifique la doble instancia (mediante el recurso de apelación)”. Houed V., Mario A. El debido proceso penal en Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Escuela del Poder Judicial de Costa Rica, San José, 1997, Primera edición, pág. 27)

En la práctica dominicana, los recursos se convierten muchas veces en vías de dilación de los procesos, de modo que la solución del conflicto se ve entorpecida por efecto de la presentación y el conocimiento de un recurso, todo en detrimento de la impartición de una justicia pronta y cumplida.

Salvo el recurso de casación, que es extraordinario, y el de revisión, que puede calificarse como especial, los recursos que contempla la legislación vigente conducen a una repetición del juicio.

La repetición del juicio resulta lógica en el sistema que hasta ahora hemos tenido los dominicanos, por las siguientes razones, consideradas individualmente o en su conjunto:

- porque el primer juicio no fue tal, por no cumplir las condiciones a que obligan la sustancia y forma judiciales;
- porque los jueces no satisfacen debidamente la motivación de las sentencias;
- porque la composición unipersonal de los juzgados de primera instancia, hace que la sentencia descansa sobre una sola persona, lo cual debilita el juicio.

La lógica anterior no funciona del mismo modo en un sistema estructurado sobre la base de un juicio ajustado a las formas que les son consustanciales, cuales son independencia, identidad e imparcialidad del juzgador, la oralidad, publicidad, contradicción, inmediatez y concentración de los debates, la incorporación de la prueba lícitamente obtenida y la motivación en hecho y en derecho de las decisiones.

Partiendo de que en primera instancia, tal como está diseñado en el nuevo Código Procesal Penal, se realizará un verdadero juicio con todas las de la ley, los recursos se han diseñado de modo que no conduzcan inevitablemente a la duplicación del juicio.(Cfr. Artículos 393 al 435 del Código Procesal Penal de la República Dominicana, Ley 76-02)

Por otra parte, cabe preguntarse si el derecho al recurso en materia penal, es un derecho de las partes o sólo del imputado condenado. A este respecto, Maier, destacado jurista argentino insiste en la necesidad de contemplarlo de modo unilateral, como un derecho del imputado condenado:

“La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión al acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio -sistema “bilateral” de recursos-; al menos en algún momento es preciso romper esa cadena de “bilateralidad”, para conceder un recurso único al condenado contra la sentencia condenatoria. Lo es, además, jurídicamente, porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado -absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida- a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un bis in idem y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio del Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple” (Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal, Fundamentos. Segunda edición, Editores del Puerto, 1996, pp. 638-639)

En el nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana, el recurso de apelación continúa siendo bilateral, o sea, abierto tanto al imputado como a la parte acusadora.

Debemos tocar un último aspecto que habrá de generar no pocos debates. Se trata de la limitación de las causales en las que se puede fundar el recurso de apelación, ya que en el nuevo Código Procesal Penal la apelación es regulada de modo que sólo es admisible cuando se invocan los agravios expresamente previstos por el Artículo 417. A saber:

1. La violación de normas relativas a la oralidad, intermediación, concentración y publicidad del juicio;
2. La falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral;
3. El quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos, que ocasionen indefensión;
4. La violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

En República Dominicana se ha sostenido el carácter constitucional del recurso de apelación. En efecto, el Dr. Rafael Luciano Pichardo, en un interesante artículo periodístico recogido en su obra *De las Astreintes y otros escritos*, llega a la siguiente conclusión: *“que la apelación es un recurso ordinario de carácter o naturaleza constitucional que el legislador no puede limitar y menos suprimir”*. El destacado jurista sustenta su afirmación en lo dispuesto por el Artículo 71 de la Constitución, que en su numeral 1 establece como atribución de las Cortes de Apelación “conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los juzgados de primera instancia”. Según esta posición, el carácter ordinario del recurso supondría que no necesita fundarse en causa legal preestablecida y, por consecuencia, el establecimiento de causas *numerus clausus* contenido en la nueva legislación constituirían una violación de la norma constitucional.

Sin embargo, la Dra. Margarita Tavares, al abordar la cuestión del carácter del doble grado de jurisdicción, respecto del recurso de apelación, sin dejar de destacar la posición doctrinal del Dr. Luciano Pichardo, pone de relieve que el criterio francés tradicional ha sido el de considerarlo como “de orden público aunque no de carácter constitucional”, criterio que hasta la fecha -continúa la Dra. Tavares- ha mantenido nuestra Suprema Corte de Justicia.(Cfr. Tavares, Margarita A. El recurso de apelación.-

Principio del doble grado de jurisdicción.- Su carácter en Estudios Jurídicos, Volumen V, Número 2, Mayo-Agosto 1995, pp. 315 y siguientes)

Por nuestra parte, no ponemos en duda el carácter constitucional del recurso de apelación, pero en lo previsto por el Artículo 71, numeral 1, de la Constitución de la República, que es una norma de organización judicial, no de procedimiento, y en el solo establecimiento de las atribuciones de las Cortes de Apelación -entre las que se incluye conocer del recurso de apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de Primera Instancia- no vemos razón suficiente para afirmar que el legislador no puede regular dicho recurso. En otras palabras, la libertad del legislador para reglamentar el recurso de apelación no resulta suprimida por la disposición del numeral 1 del Artículo 71 de la Constitución, puesto que si bien es cierto que el texto constitucional no indica expresamente que el recurso se ejercerá “de conformidad con la ley” u otra expresión equivalente, no es menos cierto que tampoco dice lo contrario. Otra cosa distinta fuera si los límites impuestos por el legislador resultaren desproporcionados o vacíos de contenido garantista, es decir, si violaren los límites de la razonabilidad establecidos en el Artículo 8, numeral 5 de la Constitución de la República.

8.3.2 La Reformatio in peius

Constituye la ‘reformatio in peius’ un principio general de derecho procesal que se ve infringido cuando la condición del recurrente empeora, como consecuencia de su misma impugnación.

Dicho principio jurídico tiene trascendencia efectiva en materia de recursos, pero puede ser abordado con carácter general a través del estudio de la interdicción de la indefensión, como se realiza en otras partes de esta obra a la que nos remitimos.

Queda pues claro, que tal principio se infringe cuando el justiciable, no conforme con el contenido de la resolución judicial dictada en su asunto en primera instancia, interpone un recurso y en virtud del mismo el Tribunal Superior le sitúa al recurrente en una condición inferior de la que ya venía en primera instancia.

Pero el principio no se vulnera cuando la sentencia de instancia es recurrida no sólo por el interesado, sino por las otras partes. En este supuesto, el Tribunal Superior atendiendo a las razones del caso y a las argumentaciones del resto de las partes procesales recurrentes, puede agravar la situación en una de ellas no en virtud del recurso interpuesto por el agravado, sino en virtud de las argumentaciones esgrimidas por el resto de las partes procesales y que le son al Tribunal Superior, de mejor consideración que las otras.

Quede, por tanto, claro, que la ‘reformatio in peius’ se integra directamente en el derecho de defensa y su vulneración deja a quien la padece en una situación de absoluta indefensión ya que el Tribunal sentenciador en segunda instancia va a empeorar la condición del recurrente con argumentaciones distintas a las que son propias del recurso y contra las que obviamente, el recurrente no se ha podido defender.

Es el recurrente quien establece los intereses y objeto de la resolución judicial dictada en instancia y es en defensa de ese interés, por el que se debe pronunciar el Tribunal Superior, si no lo hace, estaremos ante la vulneración del principio aquí estudiado ya que toda resolución judicial dictada en segunda instancia debe obedecer a la aplicación del principio de congruencia con los límites fijados en el propio recurso y a los que el Juez superior debe respeto y cumplir con su finalidad.

Para finalizar cabe matizar la aplicabilidad de este principio en materia civil y en materia penal y para ello recurriremos a los términos en los que el Tribunal Constitucional Español se pronunció al respecto:

“La interdicción de la ‘reformatio in peius’ en el ámbito del proceso civil no está impuesta, como es sabido, por ninguna norma procesal concreta. La doctrina y la jurisprudencia la suelen construir como una consecuencia necesaria del principio tantum devolutum quantum appellatum, proyección a su vez del principio dispositivo que inspira toda la organización del proceso civil, cuyo objeto son derechos que solo a la voluntad de las partes compete hacer valer.

No siendo aquél el objeto propio del proceso penal, cuya organización no responde tampoco por esto, al principio dispositivo, es claro que no podría concluirse que también en éste esta la reformatio in peius por ser contradictoria con la naturaleza propia de la institución procesal penal, a la que no repugna. La interdicción, limitada, de la reformatio in peius requiere por eso un precepto legal concreto que limite en este sentido la plenitud del efecto devolutivo externo propio del recurso. Este precepto, contenido en el Derecho Español en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, limita la libertad de la Sala de Casación que, en su virtud, no podrá imponer en segunda sentencia pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor. La consagración legal de la prohibición de la reformatio in peius está así en función de preservar el principio acusatorio para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del juez, sin que éste pueda anular o sustituir las funciones atribuidas al fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación”.

Como conclusión debemos señalar, que para analizar el supuesto de que se trate, llegar a la conclusión de que estamos ante una vulneración de la ‘*reformatio in peius*’, debemos comprobar en primer lugar, que la parte ha empeorado su situación establecida jurisdiccionalmente con anterioridad al recurso, por lo tanto no habrá *reformatio in peius* cuando el Juez de Primera Instancia agrava la sanción impuesta a un funcionario por la Administración, previa al pleito, ya que el grado de sanción viene establecido por una de las partes procesales y no por el órgano jurisdiccional, es necesario ubicar el principio aquí estudiado en vía de recurso y compararlo con situaciones establecidas jurisdiccionalmente por órganos de la Administración de Justicia.

En segundo lugar, deberemos estudiar que el empeoramiento sea consecuencia del propio recurso interpuesto por el interesado, por lo que no estaremos ante la vulneración de la *reformatio in peius* cuando la situación de uno de los recurrentes empeora por admisión de las argumentaciones efectuadas por otras partes.

En tercer lugar y ya para finalizar, debemos estudiar si realmente se ha producido una verdadera indefensión, cuando la *reformatio in peius* se produce como consecuencia del propio recurso y sin intervención de ninguna otra parte, es evidente que ello se ha producido por obra del propio órgano judicial, por lo que el recurrente no ha tenido ocasión de defenderse.

Si se ha producido una situación de empeoramiento establecida entre dos resoluciones judiciales, que el empeoramiento sea consecuencia del propio recurso de la parte empeorada y si realmente se ha producido una verdadera indefensión estaremos ante el panorama de la aplicación del principio general del derecho de la *reformatio in peius* por lo que la resolución judicial que lo vulnere estará afectando directamente a la tutela judicial efectiva al encardinarse, en vía de recurso, ese principio en el propio derecho de defensa.

Tema 9

El Desarrollo del Proceso

Autores:

Eric Raful Pérez

Abogado

Francisco Chamorro Bernal

Abogado

Sumario

9.1 Concepto y Caracteres de la Indefensión

- 9.1.1 La indefensión general y la indefensión constitucional
- 9.1.2 Requisitos para la trascendencia constitucional de la indefensión
- 9.1.3 La reparación de la indefensión
- 9.1.4 Alegaciones
- 9.1.5 La amplitud de las alegaciones y la libertad de expresión

9.2 La Prueba

9.3 La Igualdad en el Proceso

- 9.3.1 Igualdad de armas, igualdad de trato
- 9.3.2 El abogado como exigencia de la igualdad de partes

9.1 Concepto y Caracteres de la Indefensión

La segunda parte de esta obra está dedicada al estudio de aquello que la cultura jurídica universal conoce como sistema garantista constitucional dentro del propio proceso. Por ello se ha archivado toda teoría general de las garantías procesales en las constituciones y la problemática que acarrea el acceso a la jurisdicción y al recurso por parte de los justiciables.

Nos compete ahora abordar, ya dentro del propio proceso, y desde una postura garantista constitucionalista cuáles son los hitos importantes desde el ejercicio del derecho de defensa, que se va a encontrar a lo largo del proceso y que se centrara en los siguientes aspectos:

- El acercamiento al concepto de indefensión en general, indefensión constitucional, sus requisitos y reparaciones.
- El garantismo que rodea a la posibilidad de alegar ante el Tribunal las pretensiones de las partes.
- Cómo se debe desarrollar el período probatorio de lo ya alegado en un sistema contradictorio y de igualdad.
- Y por último, el estudio de la posibilidad de que todos los intervinientes en el proceso tengan las mismas posibilidades de utilización de armas y de trato defensa de sus intereses.

9.1.2 La indefensión en general y la indefensión constitucional

La indefensión no es un concepto de legalidad, esto es, la Ley no lo define, por ello nos deberemos de remitir, y en esta obra saldrá en repetidas ocasiones, al estudio de las circunstancias concretas del caso, para realizar una valoración ponderada del supuesto y así determinar, y nos encontramos ante una situación de indefensión o/y la privación o menoscabo de un determinado derecho constituye, en sí mismo, una indefensión de tipo absoluto o una indefensión reparable.

En todo caso y por la necesidad sistemática de ir acercando al lector al concepto aquí estudiado podemos definir la indefensión como:

“Aquella que equivale a la eliminación o restricción del derecho de defensa, en tanto que éste significa el que la parte pueda alegar y probar lo que convenga en orden a la protección de sus derechos e intereses legítimos”.

Como se puede ver la definición obedece a la determinación de un concepto jurídico indeterminado susceptible de ser conceptuado desde otras perspectivas que en todo caso no hacen más que señalar, que el concepto que estudiamos es de difícil definición ya que obedece a una noción abstracta que debe ser aplicable en situaciones muy concretas por lo que, como ya se ha dicho, necesariamente habrá que estudiarse a cada caso para concretar la existencia o no de indefensión y, además, el nivel y alcance de la misma.

A modo de ejemplo, el profesor Díez-Picazo Jiménez (*El Derecho a la Tutela Judicial y el Recurso de Amparo una Reflexión sobre la Jurisprudencia Constitucional* –Madrid 1995) se acerca al concepto de no padecer indefensión como: “puede ser sintetizado como el consistente en no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa -alegación y barba o prueba- a lo largo del mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes, siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quién lo alega”.

Debemos por tanto, avanzar, que la indefensión será aquella situación en que queda el justiciable como consecuencia de la infracción de una norma o garantía procesal, imputable al órgano judicial, que le priva de medios de defensa con perjuicio para sus derechos o intereses.

Ahora bien no debemos conformarnos con acercarnos al concepto genérico de indefensión, desde la perspectiva constitucionalista nos vemos en la obligación de estudiar si realmente toda situación de indefensión requiere y exige un amparo constitucional o si, por el contrario, se pueden dar vulneraciones del derecho de defensa que no requieran el amparo constitucional, en este sentido es significativo el racionamiento, el Tribunal Constitucional Español estableció en una sentencia dictada en 1986 (Sentencia 41/86 de 2 de Abril), en la que el Alto Tribunal razonaba que los derechos que reconoce y consagra la Constitución no pueden interpretarse de forma tan amplia que den cobijo a todas las normas y requisitos procesales, de manera que las vulneraciones que de aquellos pudieran producirse se convierten por sí solas en un problema de orden constitucional. La Constitución no atribuye al Tribunal Constitucional la función de garantizar la corrección de todas las actuaciones e interpretaciones de todos los órganos procesales, ni eleva a rango constitucional cualquier infracción de las normas procesales, siempre que tal infracción no cierre a los ciudadanos la posibilidad de acceder a los Tribunales, defender ante ellos lo que crean ser sus derechos e intereses legítimos y obtener una decisión fundada en derecho.

Podemos por tanto, hablar de una indefensión conceptual general, consistente en la prohibición o limitación del derecho de alegar o probar contradictoriamente y en situación de igualdad y, por otro lado, podemos acercarnos al concepto de indefensión constitucional que es aquella que está directamente originada por los actos de los órganos jurisdiccionales y que ocasionan un perjuicio real a las partes.

En todo caso estos acercamientos conceptuales exigen, necesariamente un estudio más pormenorizado y establecimiento de exigencias para la determinación de su existencia y alcance, circunstancias que pretendemos abordar a continuación.

9.1.2 Requisitos para la trascendencia constitucional de la indefensión

Como ya se ha dicho, no todo quebranto que se oponga a una indefensión merece la tutela o el amparo constitucional, para que éste se produzca debemos de atender aquellos requisitos que la doctrina científica y la jurisprudencia de los altos tribunales constitucionalistas han venido a lo largo de los años estableciendo en sus resoluciones; de todo ello, cabe destacar los siguientes elementos de trascendencia que nos llevarán a determinar que un supuesto concreto de indefensión es susceptible de amparo constitucional.

1º.- La existencia de una privación o limitación sustancial del derecho de defensa, consistente básicamente en la posibilidad de efectuar alegaciones y de probar lo alegado, manifestada por el propio perjudicado.

Vemos por tanto que la limitación debe e ser sustancial en la alegación o en la prueba de lo alegado y además debe de ser puesta en manifestación por el propio perjudicado no existiendo la posibilidad de solicitud de amparo por terceros.

2º.- El derecho a la no indefensión en su dimensión constitucional requiere fundamentalmente la existencia de un contenido material, de suerte que solo resulta lesionado si las partes no han podido de ningún modo proveer a la defensa de sus derechos e intereses legítimos en el proceso mediante las alegaciones oportunas.

Ha de tratarse, por tanto, de una privación real y sustancial y no hipotética de los medios de alegación o prueba, que cause un perjuicio de consecuencias prácticas que han de argumentarse.

Este requisito tiene una gran trascendencia práctica, conviene aquí recordar el pronunciamiento que el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos realizó respecto a la alegación de la parte, de haber sufrido una absoluta indefensión, dada la falta de pericia del abogado que ejercitó el derecho de defensa en su nombre.

El Tribunal en lo peor, razonaba que no estamos ante el supuesto susceptible de amparo de indefensión garantista ya que ésta no existió, efectivamente se acreditó la intervención de un letrado en su nombre, la falta de pericia del mismo podrá, si se demuestra, encontrar satisfacción reparadora en otros cauces procesales pero no por la vía del amparo constitucional de la indefensión.

La indefensión constitucional ha de ser total, esto es, una reducción a la nada de las posibilidades de defensa de quién las sufre con el consiguiente perjuicio de sus intereses, si bien es cierto, que determinadas irregularidades detectadas en el proceso pueden ser de tal relevancia que nos encontremos ante un supuesto de indefensión constitucional.

Esta claro que la imposibilidad de practicar prueba en un determinado proceso y por voluntad propia del órgano jurisdiccional nos daría el concepto genérico de indefensión constitucional, pero también nos encontraríamos en ese supuesto cuando el Tribunal, de forma arbitraria deniega a la parte la posibilidad de practicar una prueba que se antoja trascendente para apuntalar las alegaciones efectuadas en ese proceso.

Vemos que el estudio detallado de cada supuesto es trascendente para determinar la existencia de indefensión y, en función de su grado o categoría, la trascendencia de tal pronunciamiento.

3º.- La minoración de los mecanismos de defensa que las leyes procesales constituyan o establezcan en determinados procesos sumariales o ejecutivos, no constituyen por sí mismo indefensiones constitucionales ya que normalmente se refieren a procesos de contenido económico en donde la existencia de un negocio jurídico previo, fija los pilares de las relaciones entre las partes y las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas.

4º.- La indefensión no ha debido ser provocada ni consentida por la parte que la alega, no es por tanto susceptible de amparo garantista la petición de las partes que manifiestan haberse visto privados de los medios de defensa cuando ni siquiera lo han intentado ejercer en el propio proceso.

5º.- Por último, para que una indefensión requiera el amparo constitucional ha de ser imputable de forma directa e inmediata a un órgano jurisdiccional y no a terceros como puede ser la negligencia en la llevanza de la representación y defensa de las partes ante los Tribunales de Justicia.

9.1.3 La reparación de la indefensión

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se ha puesto de acuerdo acerca de cómo encauzar los mecanismos de reparación de la indefensión.

Para unos la reparación debe establecerse con posterioridad, una vez detectado el quebranto establecido y sus consecuencias, sin embargo otros piensan que la indefensión constitucional no tiene más reparación que la declaración de nulidad de lo actuado y la reproducción del debate procesal con las garantías constitucionalmente reconocidas.

La discusión tiene un gran calado, ya que el establecimiento de un perjuicio fuera del propio proceso del que trae causa la indefensión, nos llevaría a no valorar en su justa medida las consecuencias que un debate producido conforme a la legalidad procesal ordinaria se alcanzaría.

Si defendemos como un pilar garantista, la existencia del debate procesal en una situación de contradicción y de igualdad de armas, debemos necesariamente restituir el mismo a la legalidad ordinaria de donde trae causa y corregir las actuaciones que del órgano jurisdiccional haya podido cometer en sus resoluciones y que atenten al derecho de defensa.

Por ello nos decantamos, en términos generales, por la reparación de la indefensión con una declaración de nulidad para que las partes, ahora sí, plena contradicción e igualdad, puedan reproducir su debate y así se resuelva por quien proceda las cuestiones litigiosas que le puedan plantear.

9.1.4 Alegaciones

Para que la parte tenga posibilidades reales de que sus argumentaciones lleguen ante el Tribunal, aquéllas deben de encontrar un camino fácil y amplio para que cumplan con el primero de los elementos esenciales del derecho de defensa, alegar; de tal forma que debemos de centrarnos desde una perspectiva garantista, si la citación para ser oído en un acto o trámite procesal, viendo instrucción en el mundo penal o, por supuesto, de la vista, en donde se han de alegar las razones de la defensa de la parte, poder infringir el principio de contradicción propio de la tutela judicial efectiva en su aspecto más esencial, no estamos ante un supuesto de infracción de una Ley Procesal Ordinaria, sino que, por producirse indefensión, ya que no se ha podido alegar, trasciende al ámbito constitucional ya que atender al principio de contradicción representa una exigencia imprescindible del derecho a un proceso con todas las garantías.

Por tanto nos encontramos ante una figura fundamental para el ejercicio del derecho de defensa, la citación en forma, para ser oído y la posibilidad de alegar en el sentido más amplio, todo aquello que la parte entienda de interés para defender su postura procesal en el pleito de que se trate.

El profesor Díez-Picazo Jiménez (El Derecho a la Tutela Judicial y Recurso de Amparo, una reflexión sobre la Jurisprudencia Constitucional), razona que la única regla que pueda resultar orientadora para determinar que tipo de limitaciones de la defensa pueden considerarse irrelevantes o no susceptibles de causa indefensión es desentenderse en cierta medida de la configuración legal del derecho para atender a su contenido esencial o, dicho de otro modo, no atender a si se ha producido una infracción legal para después dotarla de relevancia constitucional o no, según su gravedad, sino, con independencia de su regulación legal, elevar el caso a la categoría de regla general. Desde este punto de vista, dado que la privación o limitación del derecho de defensa consiste en que todas o algunas de las alegaciones o pruebas de uno de los justiciables no han podido ser aportadas al proceso para que fueran tenidas en cuenta al adoptar la decisión de fondo, la pregunta que hay que hacerse es, si esa limitación, tal y como ha resultado de las circunstancias del caso concreto, sería admisible si se convirtiera en norma jurídica de aplicación general.

El mismo autor nos propone un caso ejemplarizante: se trata de un recurso ante el Tribunal Supremo en el que no se celebra vista sin perjuicio de que la Ley Procesal lo exige, está claro que se produce una limitación del derecho de defensa, puesto que se priva al recurrente de las alegaciones que en la vista fuera a realizar. Sin embargo, el recurso del Tribunal Supremo es un mecanismo en el que a la vista precede el escrito de interposición, por lo que la pregunta no debe ser si la infracción del deber de celebrar vista tiene o no relevancia constitucional, sino si en el caso de que todos los recursos de casación se sustanciaran sin vista, causaría ello, indefensión. La respuesta parece que ha de ser negativa, porque si la falta de celebración de vista causa indefensión, la misma debía ser preceptiva en todos los casos.

Como siempre, debemos, por tanto, estar al resultado del caso concreto y ver si realmente se produce, en cada supuesto, la posibilidad de alegar de la parte los requisitos trascendentes y necesarios para establecer que la imposibilidad de ser oído reviste caracteres susceptibles de amparo constitucional o por el contrario tales circunstancias no afectan al fondo del asunto o, en otro sentido han sido provocados por la propia parte que alega indefensión.

9.1.5 La amplitud de las alegaciones y la libertad de expresión

Es conocida la anécdota del abogado que en trámite de información en vista cuando el Presidente del Tribunal le concedió la palabra al tiempo que le exigía brevedad inició su discurso en los siguientes términos:

“Señorías la brevedad o laxitud en el informe de este letrado la impone exclusivamente mi conciencia”.

Es habitual la práctica ante los distintos foros por motivos ajenos al proceso que a los profesionales que ejercitan el derecho de defensa en nombre de los justiciables y les exija brevedad en sus alegaciones. Tal práctica puede llevar en muchas ocasiones a situaciones susceptibles de calificarse de verdaderas indefensiones ya que ante la exigencia de rapidez se pueden quedar en el camino matices, incluso argumentaciones, que pueden constituir relevancia para la defensa encomendada.

Hemos de manifestar rotundamente que las alegaciones deben realizarse con la amplitud necesaria para llevar a buen puerto los argumentos que a la parte le interesen resaltar, ante el Tribunal de que se trate y esta amplitud en cualquier parte del proceso esté prevista la posibilidad de alegar sólo tiene como límites la referencia a la cuestión litigiosa concreta y la no reiteración en las argumentaciones, fuera de estos dos supuestos las partes pueden expresar con la amplitud que estimen conveniente, sus alegatos ante los Tribunales de Justicia.

Está claro, que las alegaciones efectuadas en un proceso traen causa directa de la libertad de expresión, -bien jurídico susceptible de amparo constitucional -, pero que la doctrina científica ha venido resaltando que tal derecho que asiste a la totalidad de la ciudadanía cuando se incorporan al derecho de defensa, se ve especialmente protegido ya que no sólo está en juego la posibilidad de manifestarse con libertad sino que se incorpora tal ejercicio, a otro bien jurídico, especialmente protegido, el del ejercicio del derecho de defensa y, en definitiva el de la tutela judicial efectiva al que se une de forma indisoluble.

Si como hemos visto más arriba, la amplitud de las alegaciones encontraban su límite en la reiteración argumental y su reiteración, la libertad de expresión encuentra su límite en el respeto personal a las partes intervinientes en el proceso.

Obviamente, el control de tales circunstancias obedecerán en estrados a quien presida el Tribunal, pero tal control deberá de ponderar las circunstancias de moderación, para no incurrir en limitaciones a la libertad de expresión y amplitud de las alegaciones fuera de los supuestos legales previstos, ya que en otro caso, estaremos cercenando la posibilidad de alegar y, en consecuencia, el ejercicio del derecho de defensa.

Capítulo aparte merece la consideración y el estudio de constatar la congruencia entre lo alegado en juicio y el contenido de la propia sentencia, circunstancia desde la perspectiva de las alegaciones de gran trascendencia, pero que remitimos su valoración al siguiente tema de este libro la

sentencia, donde con detenimiento se estudiará el capítulo de la congruencia o la respuesta a las pretensiones.

9.2 La Prueba

Una vez producido el alegato, las partes deben necesariamente tratar de probar lo alegado con lo que se cierra de esta forma el ejercicio del derecho de defensa sin perjuicio de establecer un posterior período de alegaciones dirigidas fundamentalmente a la valoración de la prueba practicada por las partes.

Nos encontramos, en materia de prueba, también con la misma problemática de garantía constitucional. Por un lado, podemos estar ante la imposibilidad absoluta de poder practicar prueba, lo que nos llevaría directamente a reconocer una situación de absoluta indefensión y, por tanto, susceptible de amparo constitucional.

La inadmisión de algunas determinadas pruebas no constituye en sí mismo situaciones de desamparo o indefensión ya que, como en otros supuestos, habrá que estarse a la naturaleza de la prueba inadmitida, su trascendencia en el proceso, su virtualidad, para determinar si efectivamente se le ha privado de este mecanismo fundamental de la defensa a la parte que se ha visto imposibilitada de practicar una prueba por su denegación.

En este segundo supuesto, denegación de una determinada prueba, para valorar su categoría o trascendencia jurídica debe el Tribunal que la rechaza motivar y fundamentar su decisión ya que de la misma dependerá la determinación por instancias superiores que la inadmisión no constituyó indefensión o, por el contrario, se vulneró de forma fundamental la posibilidad de probar a la parte lo alegado.

En todo caso, el sistema garantista nos exige que la práctica de la prueba se realice en contradicción, que es elemento fundamental de la igualdad de la defensa entre las partes llamadas a un proceso.

La indefensión se produce ante la imposibilidad de practicar las pruebas propuestas en contradicción y en condiciones de igualdad ya que se produce indefensión cuando se rompe el equilibrio entre las partes y cuando las decisiones del órgano judicial provocan una disminución indebida de las posibilidades legales de la defensa.

Estas circunstancias adquieren mayor relevancia, si cabe en el proceso penal donde la posibilidad de practicar prueba solo encuentra los límites en situaciones desorbitadas o estrafularias, pero que el principio de admisión de prueba debe primar en el comportamiento de los Tribunales ante cualquier situación de duda más allá de toda condición razonable.

Sin salir del orden jurisdiccional penal, la posibilidad de practicar prueba está íntimamente ligada a la presunción de inocencia, circunstancias que son estudiadas con profundidad en el último tema a desarrollar del presente libro donde se abordan las problemáticas referentes a la prueba y la presunción de inocencia, en los aspectos de las garantías legales y constitucionales en la obtención de las mismas y en los estudios concretos de determinadas prácticas procesales como la entrada y registro, la tortura y tratos inhumanos y degradantes, la intermediación del juez etc.

Especial significación, por último, adquieren los supuestos en los que se pretende alegar una indefensión cuando, en definitiva, se ha producido una ineficacia de la defensa ejercida por la falta de pericia de la prueba practicada o, incluso, por no practicar la prueba determinante en defensa de lo alegado. Ya se ha mencionado con anterioridad, que en estos supuestos no estamos ante situaciones de amparo por indefensión, sino que la falta de pericia de quién ejercita el derecho de defensa deberá buscar cauces reparadores distintos a los propios términos del amparo constitucional en donde no deben ubicarse estas acciones reparadoras ni aquellas que provengan de la insatisfacción del resultado de la práctica, realizada en donde confluyen intereses particulares con los intereses generales y garantistas siendo éstos y no aquellos los que merezcan la protección constitucional.

9.3 La Igualdad en el Proceso

9.3.1 Igualdad de armas, igualdad de trato

Como señala el Profesor De la Oliva Santos en su obra “Derecho Procesal Civil” el principio de igualdad consiste en que los sujetos del proceso, quién solicita una tutela jurídica y aquél contra o frente al cual la tutela se solicita, disponga de iguales medios para defender en el proceso sus respectivas posiciones, esto es, dispongan de iguales derechos procesales, de parejas posibilidades para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente.

La desigualdad procesal se produce con la privación o limitación para una de las partes de un medio de defensa.

Pero también quiebra la igualdad procesal en el propio período de alegaciones ya que si el demandado no tiene conocimiento del proceso no va a poder defenderse y va a quedar en situación de desigualdad e indefensión, todo conculcamiento del principio de audiencia constituye una violación máxima del principio de igualdad.

La protección constitucional en la prueba para defender el principio de igualdad, incluye en sus garantías la protección del derecho de todo posible litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio y que de no ser así, supuesto un impedimento no legal o legal pero no atemperado a una aplicación razonable, se causaría indefensión susceptible de amparo constitucional, al no gozar la parte impedida y obstaculizada de los mismos derechos que la contraria.

Vemos como el principio de igualdad se encuentra íntimamente ligado al derecho de defensa, ya que la desigualdad en los medios de defensa e indefensión son las caras de una misma moneda, pues se implican mutuamente.

Razonaba en su sentencia de 17 de Marzo de 1994 el Tribunal Constitucional Español, haciendo consideraciones sobre el principio de igualdad de armas y medios en el proceso como corolario de los principios de contradicción y bilateralidad, principio que 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.

9.3.2 El abogado como exigencia de la igualdad de partes

No hemos de ocultar que la intervención y el uso de abogado por todas las partes implicadas en un proceso viene a favorecer el respeto a la igualdad en las mismas merecen dentro y en el curso del propio proceso.

La intervención del abogado permite solventar el problema de la imparcialidad del Juzgador, derivada de la necesidad de concretar la denuncia, en el proceso penal, ante la existencia del Ministerio Fiscal se garantiza la igualdad de las partes que resultaría seriamente dañada si el acusado tuviera que enfrentarse por sí solo a la acusación.

La intervención del abogado evita que las partes acudan al juicio oral sin preparar las pruebas que le puedan resultar favorables y, por último, la intervención de los letrados puede ser útil a la hora de facilitar acuerdos u otras formas de terminación del proceso distintas a la de la sentencia.

Si la intervención del abogado es conceptualmente benigna para el sistema garantista, no vemos, sin perjuicio de ello, problemas para que determinadas situaciones admitan la posibilidad de autodefensa, en el mundo penal en pequeñas infracciones y en el mundo civil en pequeñas reclamaciones, pero el respeto de la igualdad prima cuando una de las partes comparezca con abogado y la otra solicite, una vez constituida la vista oral o plenario, suspensión del acto procesal para designar su propio

abogado que le defienda, ya que no se le ha advertido previamente que la contraparte utilizaría tal arma o mecanismo de defensa. La solicitud de suspensión debe de merecer respuesta afirmativa ya que está en juego el principio de igualdad que se constituye, dentro del proceso, como elemento diferenciador de un sistema garantista a otro arbitrario.

Necesariamente en esta línea argumental, debemos abordar la problemática de la justicia gratuita, esto es, la posibilidad de acceso en plano de igualdad a la existencia de un abogado de la parte que no tenga medios económicos para sufragar los gastos de su letrado.

El Ordenamiento Jurídico que quiera respetar estos principios fundamentales, deberá establecer mecanismos de accesibilidad del ciudadano especialmente necesitado económicamente, a la existencia de un abogado cuando se ha llamado a un proceso civil o penal para que la diferencia de la situación económica no constituya en sí mismo una diferencia de trato por la Administración de Justicia de que se trate.

Abordar aquí los distintos sistemas o mecanismos existentes para paliar estas circunstancias en el hecho de comparado nos llevaría muy lejos, pero aunque sea a los solos efectos enumerativos digamos que existen dos bloques o sistemas distintos; uno con origen en el continente Europeo y de denominación genérica de sistema de Justicia Gratuita y otro, de más raigambre anglosajona, reconocido por defensoría pública. En todo caso y respecto a lo que aquí nos interesa es de destacar que lo importante estriba en que cualquier Ordenamiento Jurídico que pretenda establecer un sistema judicial garantista deberá prever sistemas de designación de abogados que garanticen el derecho de defensa a aquellos ciudadanos que se encuentren en situaciones de necesidad económica, ya que, privarles de ello reportaría situaciones de verdadera indefensión y de injusticia social manifiesta.

Por último no hay que olvidar la finalidad de esta obra que no es otra que la de formar a Defensores Públicos. Para ello vamos a retomar un pensamiento de un gran jurista, recientemente fallecido, que estuvo toda su vida profesional vinculado a mundo de la Justicia, primero como fiscal y luego como Magistrado, que intelectualmente defendía, en cuantas oportunidades le ofrecían, el papel de la abogacía como garante de un sistema judicial más justo.

El Maestro RUIZ VADILLO razonaba que la consagración de la Abogacía a la Justicia en sus más diversas manifestaciones, hace de ella uno de los instrumentos más valiosos para la plena realización, no sólo de la Justicia en el caso concreto, sino de todos los valores Constitucionales en general, en cuanto que, el derecho es el soporte básico del Estado y del

respeto de todos los derechos y libertades; ahora bien, no existe ningún derecho que tenga naturaleza de absoluto e ilimitado, y el abogado en el cumplimiento de su misión actuará, sí, con toda libertad e independencia, pero con las limitaciones impuestas por la Ley, en función de la teleología del proceso que se trate.

Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana

Para abordar el concepto de la indefensión debemos necesariamente remitirnos a la totalidad que constituye la tradición jurídica e institucional en una sociedad determinada. En otras palabras, por la necesaria vinculación que tiene el concepto de indefensión con el garantismo constitucional y todo lo que constituye la cultura jurídica universal, resulta a nuestro entender, metodológicamente apropiado, el abordar este tema en el contexto de lo que en la República Dominicana constituye de manera general la “tradición autoritaria” y particularmente la forma como se ha desarrollado la construcción del estado de derecho en que vivimos.

En este sentido, es preciso entender como se ha ido tejiendo en nuestra sociedad la institucionalidad, partiendo de normas de derecho que por lo general han resultado de un proceso de implantación desde afuera en el que la sociedad civil, y con ello gran parte de los agentes sociales, no han sido históricamente agentes participativos o definitorios en la creación de nuestro tejido normativo. Estas particularidades del proceso de implantación normativa en nuestro país han reivindicado la tradición autoritaria y la marginalidad jurídica, incluso de actores importantes social y económicamente, reproduciéndose con ello usos y costumbres que refuerzan lazos primarios o premodernos en las relaciones entre sociedad civil y estado en sentido estricto o limitado.

En efecto, nuestra cultura jurídica se concentra principalmente en la implantación de los códigos napoleónicos, cuya naturaleza y fundamentos son radicalmente distintos a aquellos que dieron origen a la implantación de nuestros textos constitucionales. Esta situación ha conllevado a que nuestro proceso jurídico histórico se encuentre caracterizado por una dualidad que ha resultado fatal en el contexto de la tradición autoritaria, verticalista y no participativa en que se ha construido el estado de derecho, en el que, se ha reivindicado la ley en sentido estricto, disminuyéndose lamentablemente el valor del texto constitucional así como el de los convenios internacionales ratificados por la República Dominicana, conforme conceptúa y organiza el Art. 3 de nuestra Constitución.

Resulta importante en términos pedagógicos reproducir dos párrafos de un trabajo publicado por el Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez¹, los cuales revelan cómo, en el mundo académico del derecho ha prendido esta dicotomía absurda y ajena a los más elementales principios del derecho; citamos:

“Importa recordar que esos códigos, doctrina y jurisprudencia, inyectaron en la práctica dominicana lo que la doctrina española llama: *el principio monárquico*, según el cual la ley es la norma jurídica por excelencia al ser la expresión de la voluntad del soberano, a la que está subordinado el juez de modo exclusivo y riguroso. Para el control de esa subordinación, fue instituida la Corte de Casación, la que al juzgar los recursos garantiza el mantenimiento de la unidad en la interpretación de la ley.

El dogma de la soberanía parlamentaria que fundamenta el derecho público francés, a cuyo amparo el legislador podía dictar todas las órdenes y prohibiciones sin cortapisa alguna, transformó la Constitución de la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, en una simple declaración de voluntad que debía servir de inspiración a los legisladores, sin ellos estar obligados a respetarla, al punto que en una obra de reputados autores franceses, que aún en años recientes, es libro de texto en la enseñanza del derecho en el país se lee lo siguiente: “Nadie puede invocar la inconstitucionalidad de la ley para rehusar someterse a ella. Ningún tribunal judicial o administrativo tiene, en efecto, competencia para comprobar este vicio, en razón de la concepción francesa según la cual el legislador es soberano”

Como consecuencia de la falta de primacía de la norma constitucional en nuestra realidad jurídica, la ley adjetiva constituye prácticamente la totalidad de la normativa con fuerza vinculante para el universo jurídico dominicano en general y particularmente para los jueces y fiscales, siendo su mandato primordialmente protegido. Al ser la constitución dominicana

1 Pellerano Gómez, Juan Manuel; “La Constiutcionalización del Proceso”. Estudios Jurídicos, Volumen VII, Númeroa 2, Mayo-Agosto, 1997, Santo Domingo, República Dominicana, Pág.284.

la principal garante del derecho de defensa, no hay que hacer uso de grandes dotes imaginativas para asumir lo que ha sucedido en el contexto autoritario de nuestra tradición jurídica, con el derecho de defensa.

Efectivamente, en nuestro contexto social e institucional se puede asumir que la indefensión implica una profunda y sustancial restricción al derecho de defensa, toda vez que no ha existido una voluntad política y social que fuerce al respeto del mandato constitucional como garantía del derecho de defensa, tanto en las estructuras judiciales como en el ministerio público; muestra de ello se evidencia en que en la mayoría de los casos, la construcción de los elementos probatorios de un proceso se ha realizado tradicionalmente a espaldas de todo tipo de control o conocimiento por parte del acusado, lo que incluye al juez de instrucción (que a partir del 2004 pasará a ser el juez de la instrucción) que desde 1884 y sobre la premisa del alegado secreto de la investigación, “ha legalizado” los expedientes, que por lo general no vienen a ser conocidos en la jurisdicción de juicio sino hasta varios meses después de haberse apresado el imputado. En ese contexto, las posibilidades reales de un derecho de defensa exitoso han sido profundamente cercenadas.

El Art. 221 del Código de Procedimiento Criminal Napoleónico asumido por la legislación Dominicana en 1884 consagra el derecho de todo acusado de ser asistido por un abogado, debiendo el Estado proporcionarle uno en caso de no tener los medios para costearse un abogado privado. Sin embargo, esta norma constituye un “derecho de defensa” tardío para aquellos que no pueden proveerse de un abogado desde el inicio del proceso, puesto que los elementos de prueba vienen a establecerse en el expediente acusatorio sin que hayan podido ser rebatidos, cuestionados o valorados oportunamente, lo que plantea un escenario de desigualdad entre las partes que viola el principio de “igualdad de armas”, el cual es consustancial al derecho de defensa.

Ahora bien, tal como ha sido reconocido por la doctrina internacional, la indefensión no puede ser concebida de manera general, sino que deberá ponderarse en función de las situaciones concretas en cada caso, para poder establecer las particularidades y alcance de la misma.

La defensa en el cuerpo normativo dominicano

El colapso de la justicia penal dominicana ha revelado entre muchas otras cosas, que el derecho constitucional a la defensa que ha sido ratificado en diversos convenios internacionales que se enunciarán mas adelante, ha sido mínimo, limitado o nimio, tanto en su contenido como en su alcance.

En efecto, en un país con una cultura autoritaria reafirmada desde la praxis por los poderes públicos coercitivos y avalada por los grupos política y económicamente dominantes, no puede hablarse de un real derecho a la defensa a partir del inicio de los actos de persecución y coerción, independientemente de los logros positivos generados por los programas de defensa pública iniciados a mediados de los años noventa.

La reforma constitucional de 1994 sentó las bases para la reforma del poder Judicial que se empezó a ejecutar en el 1997, creando un ambiente propicio para la reforma integral del sistema judicial; sin embargo, pese a que la ley de carrera judicial consagró la incorporación de la defensa pública como obligación de la Suprema Corte de Justicia,² no es sino cuatro años después de votada esa ley que se materializa el trascendente hecho de incorporar la defensa pública a las obligaciones de nuestro más alto tribunal de justicia. Se trata sin dudas de un hecho trascendente en el contexto de nuestras particularidades institucionales.

Con este hecho, el Estado Dominicano ha dado una respuesta a un mandato constitucional y a ciertas obligaciones asumidas en virtud de instrumentos del derecho internacional ratificados por la República Dominicana, que de acuerdo a lo prescrito por el artículo 3 de nuestra Constitución, tienen fuerza de ley. Veamos algunas de esas normas para luego ponderar los retos que debemos enfrentar a los fines de hacer realidad, en la práctica, la consagración efectiva e integral de este derecho fundamental el cual va de la mano con el de presunción de inocencia, que también tiene rango constitucional.

1. Instrumentos normativos:

- Constitución de la República Dominicana:

“Art.8, párrafo 2, literal j: 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”.

- Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948:

2 Ley de Carrera Judicial, “Art. 77.- La Suprema Corte de Justicia queda facultada para establecer el número de Abogados de Oficio de cada tribunal, y dispondrá todo lo necesario para organizar un sistema de asistencia legal gratuita que, de manera eficiente, garantice el derecho de defensa de las personas carentes de recursos económicos.”

“Artículo 8- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

“Artículo 10- 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 o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

“Artículo 11- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

“Artículo 12 -Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49:

“Art. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;”

• Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

“Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. 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 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

1. Posiciones jurisprudenciales: Criterio planteado por la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa No. 971 del 2 de junio del 1997.³

“Asistencia es consejo; es transmitir desde el punto de vista técnico aquellos elementos que obran en su detrimento. Es labor desarrollada siempre a favor del imputado, dentro del marco de la legalidad y al amparo de la Constitución Nacional, ... la representación se refiere a la actuación presentada por el abogado en los actos que practica en su ministerio por el imputado, es una particular representación conforme a las leyes procesales. Son todos los actos del proceso controlados y vigilados por los ojos del defensor, y mirados desde la óptica de éste, son pretensiones, requerimientos, resistencias y demás actuaciones útiles en procura de un logro a favor del imputado.”

2. Opiniones doctrinales:

El profesor Luigi Ferrajoli establece en su obra “Derecho y Razón”, refiriéndose a la en principio utópica forma en la que habría de funcionar el sistema de justicia, garantista del derecho de defensa, que: “para que la contienda se desarrolle legalmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictorio en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos.”⁴

Para garantizar el derecho de defensa el distinguido doctrinario Luigi Ferrajoli⁵ opina que conjuntamente con las garantías anteriores, de la igualdad de capacidad, de los poderes de actuación y de la prerrogativa de la contradicción, para asegurar la verdadera igualdad de las partes, se requiere que el magistrado de la defensa se encuentre dotado de las mismas

3 Martínez, Stella, “¿quién defiende a la Defensa?”, Revista Gaceta Judicial, año 6, Numero 131, cita el Criterio planteado por la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa No. 971 del 2 de junio del 1997.

4 Ferrajoli, Luigi “Derecho y Razón”, citado por Martínez, Stella, “¿quién defiende a la Defensa?” Gaceta Judicial año 6, Numero 131, año 2002, p.13.

5 Ibidem.

funciones y potestades investigadoras que el acusador, cuente o no el acusado con defensor de confianza.

El magistrado dominicano Domingo Vásquez, considera que: “De importancia capital dentro del contenido del debido proceso, el derecho de defensa consiste en la facultad de todo justiciable a disponer de todos los medios, garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real de sus derechos e intereses jurídicos cuya privación o desconocimiento en su perjuicio conlleva lo que denominamos indefensión o violación al derecho de defensa. La violación al derecho de defensa no sólo se produce cuando se vulneran las reglas procesales, sino también cuando se atenta contra cualquier otro derecho envuelto en el proceso, ya sea por parte del órgano jurisdiccional, o por la de una de las partes, siempre que implique la privación o disminución de las posibilidades de defenderse.”⁶

El Dr. José Cafferata Nores, por su parte, nos refiere a las razones por las cuales es importante el respeto al derecho de defensa: “El derecho de defensa no es solo una emanación de la dignidad personal del imputado, sino, además, un requisito indispensable para asegurar (a él y a la sociedad) el desarrollo de un proceso respetuoso de la escala de valores del Estado de Derecho. Por eso, el sistema Constitucional (Constitución Nacional y normativa supranacional incorporada a ella) asegura todas sus manifestaciones (la material y la técnica) desde el primer momento de la persecución penal y en cada una de las etapas procesales. Solo podrán tolerarse restricciones de origen legal y de carácter reglamentario y a condición de que no lo afecten en su esencia, porque es un componente insustituible de juicio previo (proceso) y un límite infranqueable a la búsqueda de la verdad sobre la acusación de un delito, que solo puede obtenerse legítimamente con el inexcusable resguardo de la defensa del imputado. O sea, que el ejercicio valido de la jurisdicción, con el mismo rigor que requiere el de la acusación, requiere de la defensa, porque se necesitan de ambas para legitimarse: *Nemo iudex sipe defensio*”⁷.

3. Nuevo Código Procesal Penal.

El Nuevo Código Procesal Penal en sus artículos del 111 al 117, establece las normas y principios que han de regir la defensa pública para garantizarle al procesado esta prerrogativa constitucional.

6 Vásquez, Domingo “Curso de Garantías Constitucionales: Unidad 8 “El debido Proceso””, Santo Domingo, 2000, p.167-194.

7 Cafferata Nores, José. “Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre los derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p.105.

El imputado de un delito tendrá, según el artículo 111, el “derecho irrenunciable a hacerse defender desde el primer acto de procedimiento por un abogado de su elección y a que si no lo hace se le designe de oficio un defensor público”, además se le permite al inculcado asumir conjuntamente con su abogado su propia defensa debiendo fungir el juez como garante de que esto no le perjudique. La inobservancia de los derechos anteriores conlleva la nulidad del procedimiento, sanción que como vimos al describir la decisión de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina en la causa No. 971 del 2 de junio del 1997, se encuentra también contemplada en textos legales de otros países.

Por otra parte, bajo el amparo del Artículo 113, “cuando el imputado esté privado de su libertad, cualquier persona de su confianza puede proponer, por escrito u oralmente, ante la autoridad competente, la designación de un defensor...”

Indefensión y mecanismos existentes en la normativa dominicana para su reclamo.

Partiendo de la premisa ya abordada de que la Constitución de la República Dominicana y los convenios internacionales, o sea las normas del Derecho Internacional general y americano que en virtud del Art.3 de la Constitución de la República forman parte de nuestra normativa, constituyen los instrumentos de mayor rango que garantizan el derecho de defensa en la República Dominicana, pasamos a abordar las vías que existen para hacer valer el mismo, en nuestro ordenamiento judicial.

1. Control de la constitucionalidad.

Con la Reforma Constitucional de 1994, la República Dominicana pasó a tener concomitantemente, dos mecanismos para garantizar el control de la institucionalidad: el control concentrado, en virtud del cual por la vía principal se puede atacar cualquier ley, decreto, resolución o acto contrario a los mandatos de la Constitución y el control difuso, en virtud del cual la inconstitucionalidad de cualquier ley, decreto, reglamento o acto puede ser alegada como medio de defensa en la jurisdicción apoderada del asunto de que se trate. Esta dualidad presupone que una de las condiciones para que una persona o entidad con “interés legítimo” pueda solicitar a la Suprema Corte de Justicia la inconstitucionalidad de cualquier ley, decreto o reglamento, es que ésta no pueda ser alegada como medio de defensa en la jurisdicción de juicio. En otras palabras, la indefensión debe ser planteada como medio de defensa, pues por la vía directa sería improcedente, puesto que existe la posibilidad de elevar un recurso de amparo.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha establecido respecto al control de la constitucionalidad, lo siguiente:

“Las problemáticas constitucionales son de orden público por lo que todo tribunal está obligado a estatuir sobre ellas”.⁸

“Todo tribunal ante el cual se alega la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia, y ésta debe examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al caso.”⁹

“El control de la constitucionalidad puede ser por vía principal o por vía de excepción”.¹⁰

“El recurso de inconstitucionalidad debe ser interpuesto ante el tribunal que conoce de la demanda principal”.¹¹

“La declaración de inconstitucionalidad por la vía directa tiene carácter erga omnes y por la vía difusa su efecto es relativo”.¹²

2. El Amparo:

Uno de los mecanismos más efectivos para contrarrestar la indefensión, lo constituye la acción de amparo o derecho de amparo, que permite el ejercicio de manera rápida y por la vía principal de una acción para que sean preservadas las garantías relativas al derecho de defensa. Esta institución jurídica relativamente reciente en Latinoamérica con excepción de México, ha venido a constituirse en un procedimiento excepcional, urgente y sumario a diferencia del procedimiento ordinario, que procura hacer cesar las arbitrariedades o los actos que lesionan los derechos y garantías de los ciudadanos, ya fuere que procedan de particulares o de autoridades públicas; sin embargo, esta acción está supeditada a que la garantía lesionada esté consagrada en la Constitución de la República.

El amparo como institución jurídica en América Latina tiene una base jurisprudencial, puesto que se originó sin que ninguna ley adjetiva previera

8 S.C.J., Sentencia del 1/9/88; Boletín Judicial No.946-947, páginas 1187 y 1188.

9 S.C.J., Sentencia del 10/7/91; Boletín Judicial No. 968, páginas 831, 832, 833 y 834.

10 S.C.J., Sentencia del 9/9/95.

11 S.C.J. Sentencia del 22/9/95; inédita.

12 S.C.J. Sentencia del 6/8/98; Boletín Judicial No.1053, Vol.I, Agosto, 1998, páginas 3-18

expresamente su aplicación, a pesar de que actualmente en algunos países ha sido ya consagrado en textos legales e incluso con rango constitucional, como sucede en Argentina. En la mayoría de los países como ocurre con México en el que existe un Tribunal Especial de Amparo, esta figura comprende los casos de privación ilegítima de libertad individual o habeas corpus, que en nuestro país están reglamentados mediante una ley especial.

En nuestro país no existe ley adjetiva alguna que reglamente la acción del amparo, por lo que su aplicación se origina de manera jurisprudencial, mediante Resolución de la Suprema Corte de Justicia del 18 de junio del 1991, como consecuencia del mandato establecido por la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José, la cual fue ratificada por el Congreso Nacional mediante Resolución No.739 del 25 de diciembre del 1977 y promulgada por el Poder Ejecutivo en el 1978 (Gaceta Oficial No.9460), y en cuyo artículo 21 se reconoce el derecho de toda persona a recurrir ante los jueces o tribunales competentes mediante un procedimiento rápido y sencillo, que la ampare contra los actos violatorios a sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, por la ley o por dicha convención, aún cuando dichos actos sean cometidos por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Este reconocimiento jurisprudencial ha venido entonces a complementar la garantía a la libertad personal o individual establecida por la Ley 5353 del 1914 y sus modificaciones sobre habeas corpus, admitiendo que el derecho al ejercicio de la acción de amparo se extiende a todos los casos de violación de derechos fundamentales que le son reconocidos al ciudadano por la Constitución de la República, cuenten o no con una reglamentación especial para su puesta en ejecución.

Por sentencia del 24 de febrero del 1999¹³, nuestra Suprema Corte de Justicia reglamentó tímidamente la acción del amparo, admitiéndola expresamente como una institución de nuestro ordenamiento jurídico para la tutela y protección de los derechos fundamentales de los dominicanos reconocidos por la Constitución de la República. Dicha sentencia estableció las siguientes previsiones:

- a) Reglas de Competencia: Tendrá competencia para conocer del recurso de amparo, el juez de primera instancia del lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado.

13 S.C.J.; Sentencia del 24/2/99; B.J No.1059, Vol..I, páginas 78-95.

- b) Plazo para interponer la acción: La acción o recurso de amparo deberá ser interpuesto por el impetrante dentro de los quince (15) días subsiguientes a la producción del acto arbitrario u omisión violatoria de que se trate.
- c) Reglas de procedimiento: Dicha acción se llevará a cabo siguiendo las reglas previstas para el referimiento en los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 del 1978. La audiencia para el conocimiento de dicha acción deberá ser fijada dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente, teniendo potestad el juez apoderado para rechazar la acción y ordenar el archivo del expediente, en caso de que fuere ostensiblemente improcedente a juicio de dicho magistrado, lo cual deberá hacerlo constar en el auto que dicte al efecto, el cual no será susceptible de recurso alguno.

Podría llegar a constituir un acto de indefensión el hecho de que el juez apoderado tenga la potestad de rechazar la acción de amparo mediante auto que dicte al efecto, sin que se haya otorgado el derecho al impetrante de defender su acción, sobre todo, teniendo en cuenta que dicho auto no es susceptible de apelación. Sin embargo, cabe entender que cuando la Suprema Corte de Justicia señala que tal rechazo puede producirse en caso de que fuere “ostensiblemente improcedente”, ha querido señalar que es necesario que se evidencie a todas luces que el acto u omisión atacado no lesiona alguno de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución para que la misma sea rechazada. Deberemos pues ser observadores atentos de las actuaciones de los jueces de primera instancia en las acciones de amparo que sean sometidas a su consideración.

- d) Plazo para dictar la sentencia: Dentro de los cinco (5) días a partir del momento en que el asunto quede en estado de fallo, el juez apoderado deberá dictar su sentencia sobre el asunto.
- e) Reglas respecto al recurso de apelación: El recurso de apelación contra una sentencia sobre amparo, deberá ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles a partir de la fecha de notificación de la sentencia, debiendo ser sustanciado en la misma forma y plazos previstos para la primera instancia. Este recurso será conocido por la Corte de Apelación correspondiente, la que dispone del mismo plazo concedido al juez de primera instancia para dictar su sentencia.
- f) Costas y gastos procesales: Los procedimientos relativos a la acción o recurso de amparo se llevarán libres de costas judiciales.

En un comentario hecho por el Dr. Allan R. Brewer-Carias, Miembro del Consejo Directivo de la Revista *Ludicium et Vita*, órgano de difusión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en Costa Rica, según fuera reseñado por el Magistrado Dr. Luciano Pichardo, Miembro de la Suprema Corte de Justicia¹⁴, se evidencia la importancia de esta decisión en el ámbito nacional e internacional, al señalar que la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana “no solo pone en evidencia el valor del principio de la progresividad en la protección de los derechos humanos, sino al poder creativo de los máximos órganos judiciales, particularmente cuando se trata de proteger los derechos y garantías constitucionales”. Señala que esta sentencia sentó los siguientes importantes criterios:

1. El reconocimiento de la acción de amparo como medio judicial sencillo y rápido de protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos no solo en la Constitución, sino en la Convención Americana y en la ley.
2. El reconocimiento de que ese medio de protección procede no solo contra actos emanados de las autoridades del Estado, sino también de los particulares.
3. Que la acción del amparo se admite contra sentencias y demás actos judiciales, conforme se deriva del texto de la Convención Americana.
4. Que el recurso de amparo es un mecanismo protector de la libertad individual en sus diferentes aspectos, aún cuando los actos violatorios provengan de particulares o de personas que actúen en el ejercicio de esas funciones oficiales, por lo que “no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales”.
5. Que “la acción del amparo contra sentencias y demás actos judiciales por violación de derechos fundamentales no puede entenderse como la introducción de una nueva instancia para la revisión de procesos judiciales”, al establecer que los jueces no pueden acoger el amparo

14 Luciano Pichardo, Rafael M.L.; “El Amparo y los Derechos Fundamentales” Trabajo presentado en el Seminario de Derecho Procesal celebrado en Santo Domingo, D. N., los días 29 y 30 de noviembre del 2002, páginas 9 a 12.

para revocar por la vía sumaria lo resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, aunque deja abierta la posibilidad de la acción contra toda omisión o acto administrativo, no jurisdiccional, del Poder Judicial que lesione, restrinja o altere un derecho constitucionalmente establecido.

Y es que en efecto, nuestra Suprema Corte de Justicia al establecer algunos lineamientos sobre el procedimiento a seguir para el ejercicio de la acción en garantía de los derechos fundamentales del ciudadano establecidos en la Constitución de la República cuya reglamentación no ha sido, como en el caso de la libertad individual, establecida en leyes especiales, ha dado un paso importante que sirve de guía a los ciudadanos y a los órganos judiciales encargados de aplicar los principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que representa la base legal para la protección de dichos derechos, para hacer cesar todo acto u omisión que los restrinja o lesione. Ahora bien, esta iniciativa debe ser completada por el legislador a los fines de contar con un texto especial que regule la acción de amparo e incluso, no estaría de más, la inclusión en nuestra Constitución de los principios que fundamentan la Convención Americana de Derechos Humanos a los fines de darle un rango constitucional a estas prerrogativas fundamentales entre las que se incluye el derecho de defensa en el mismo rango que el derecho a la libertad individual.

3.- Medios para combatir la indefensión contemplados en el Nuevo Código Procesal Penal.

En septiembre del año 2002 fue publicado el Nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana, cuyo principal logro consiste en hacer ley adjetiva los principios constitucionales y otros principios derivados de normas de derecho internacional que ordenan lo que se ha denominado el debido proceso.

Esta ley consagra, para la creación de condiciones que viabilicen su adecuada implementación, un período de vacación legal (*vacatio legis*) de dos años, lo que implica que, conforme preceptúa nuestra constitución para establecer la obligatoriedad de una norma legal adjetiva, este nuevo código entrará en vigencia en septiembre del 2004.

El Art. 111 del Nuevo Código comprendido en el Título V que se refiere a la defensa técnica en el proceso penal, establece el derecho irrenunciable de que es acreedor el imputado para hacerse defender desde el primer acto de procedimiento, por un abogado de su elección, o por un

defensor público. La parte in fine de este artículo se establece lo siguiente para todo el contenido del mismo: “la inobservancia de esta norma produce la nulidad del procedimiento”.

La existencia de esta garantía en el texto mismo del Nuevo Código Procesal Penal otorga una herramienta para hacer valer el mandato constitucional que garantiza el derecho de defensa, aunque habría que preguntarse si es realmente nueva la herramienta, puesto que básicamente consiste en un mecanismo para hacer más efectivo, en el contexto de la cultura jurídica nuestra, que le da un rango vinculante y fundamental a la ley adjetiva por encima de la constitución, dicho derecho consagrado en esta última.

Efectivamente, si tenemos en cuenta que el derecho de defensa tiene rango constitucional y que el artículo 46 de la carta magna reputa nula de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento o acto contrario a la misma, es evidente que en virtud del control difuso y sin necesidad de apelar a las disposiciones al respecto del Nuevo Código, los jueces deben declarar nulo todo proceso en el que se haya cometido una violación al derecho de defensa.

Ahora bien, es necesario aclarar que el hecho de que sea declarado nulo un proceso por haberse cometido durante el mismo una violación o limitación al derecho de defensa, nada impide la apertura de un nuevo proceso contra el inculpado motivado en los mismos hechos, circunstancias y pruebas del primero, en el que se preserve este derecho fundamental.

Alegatos y amplitud de los mismos durante el proceso:

Cabe entender que el derecho de defensa durante el proceso no podría quedar garantizado a ninguna parte, si no se le concede la posibilidad de exponer ampliamente todo lo que entienda necesario y útil para defender su postura en la litis de que se trate.

Ahora bien, es una práctica de los jueces, en su rol de policía de la audiencia, usar sus poderes para limitar el uso de la palabra a los fines de evitar la extensión de los debates de manera innecesaria durante el desarrollo del proceso, lo que podría entenderse como una limitación al derecho de defensa cuando dicho poder se usa de manera abusiva, evitando el desarrollo de los alegatos de manera libre y adecuada.

En consecuencia, para evitar la violación al derecho de defensa, los jueces deberán limitar el uso de la palabra solo en los casos en que los abogados se vuelvan reiterativos en sus argumentaciones o cuando sus alegatos no se refieran a las circunstancias del proceso, o como comúnmente decimos, ande por las ramas.

La prueba en el proceso.

En la República Dominicana por mandato de la Constitución existe el principio de la presunción de inocencia, en virtud del cual, toda persona se reputa inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario en un juicio oral público y contradictorio, en base a la legalidad de las pruebas que sean aportadas durante el proceso.

Por otra parte, en el derecho dominicano en términos doctrinales persiste la máxima que establece que todo el que alega algo en justicia debe probarlo (“actore incumbe probatio”). Esta necesidad de probar los hechos que se alegan unido a la presunción de inocencia establecida como norma constitucional, muchas veces es vulnerada en nuestro sistema de justicia en el que prevalece la tradición autoritaria al igual que la escasa o nula conciencia respecto del valor normativo de la Constitución de la República, como consecuencia del prejuicio ideológico que una sociedad como la nuestra atribuye a los imputados de escaso nivel económico y social. Así, en la práctica toda persona acusada de un crimen o delito se ve precisada a demostrar su inocencia, lo que se traduce en una especie de presunción de culpabilidad.

El Código de Procedimiento Criminal vigente establece el principio de la libertad de prueba, la cual debe ser valorada por el juez, quien deberá comprobar la existencia de todos los elementos de la infracción.

En la valoración de la prueba uno de los elementos que mayor incidencia tiene en lo que hemos denominado indefensión, consiste en la imposibilidad material del imputado de controlar y valorar, desde el inicio mismo del proceso, los medios de prueba que se están utilizando en su contra con el propósito de destruir su presunción de inocencia. En efecto, es muy común que un imputado no conozca o valore los medios de prueba utilizados en su contra sino meses después de estar sufriendo de prisión preventiva. El asunto llega más lejos incluso en la jurisdicción de juicio, pues los cuerpos del delito en más de un 90% de los casos nunca se presentan, así como los testigos y querellantes cuyas declaraciones deben sustanciar el proceso, muchas veces no se presentan a la jurisdicción de juicio a pesar de haber sido legalmente citados.

Estas circunstancias, en la opinión de algunos doctrinarios dominicanos que suscribimos, ha devenido en que el juicio, más que una ponderación de hechos y circunstancias verificables, o más que un juicio propiamente hablando a personas, se ha convertido en un juicio a expedientes, en el cual se asume que las pruebas de la imputación se contraen a las que conforman el expediente sin valorarlas o verificarlas de manera oral, pública y contradictoria, lo que promueve la indefensión.

Este manejo de las pruebas en nuestra realidad procesal viola, en el contexto del derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, pues una de las partes comparece al juicio desprovista de los mecanismos adecuados para contrarrestar en un plano de igualdad, las pruebas en que se fundamentan las acusaciones en su contra, lo que afecta sensiblemente la posibilidad de efectuar una defensa adecuada.

Uno de los elementos en nuestra historia procesal que ha fortalecido esta práctica lo ha constituido el uso inadecuado del principio de la íntima convicción del juez para la valoración de la prueba en el proceso penal, puesto que dicha convicción queda en la mayoría de los casos conformada por hechos y pruebas alegados en el expediente que no han sido verificados en el juicio, por presunciones, e incluso por apreciaciones subjetivas del juez. Esta situación llegó a un nivel tan grave, que nuestra Suprema Corte de Justicia, en una decisión muy reciente, se ha visto precisada a establecer los elementos en que debe fundamentarse un juez para formar su íntima convicción.¹⁵

Muchos de estos vicios que de hecho se presentan actualmente en el proceso penal han querido ser subsanados por algunas disposiciones del Nuevo Código Procesal Penal. Así, el Art.338 estipula que solamente se puede producir una condena cuando la prueba aportada sea suficiente para establecer con certeza la responsabilidad penal del imputado; por su parte, el Art.334, que enumera los requisitos de la sentencia, obliga a determinar de manera precisa las circunstancias sobre las cuales el tribunal está acreditado y el porque de su calificación jurídica; y lo que es sumamente importante, los Arts. 24 y 26 obligan a que toda decisión esté debidamente motivada, pero sobre todo prohíbe de manera expresa “la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas...” exigiendo que los medios de prueba de un proceso cumplan con los requisitos de legalidad e idoneidad, so pena de que sea declarado nulo el acto o las pruebas mismas que no cumplan con dichos requisitos y estableciendo sanciones para los que incumplan los mandatos exigidos en materia de prueba. De esta manera, la íntima convicción ha sido sustituida por la sana crítica.

15 S.C.J., Sentencia del 20/10/98; B.J. 1055,

Tema 10

La Sentencia

Autores:

Eric Raful Pérez

Abogado

Francisco Chamorro Bernal

Abogado

Sumario

10.1 El derecho a obtener una resolución que ponga fin al proceso.

Las resoluciones tácitas o implícitas. La resolución ha de ser normalmente de fondo: el principio “pro actione” o el “favor actionis”

10.2 El ius “ut procedatur” en materia penal

10.3 Requisitos de la sentencia:

10.3.1 La motivación;

10.3.2 La fundamentación en Derecho

10.3.3 La razonabilidad de la resolución

10.4 La congruencia de la sentencia como respuesta a las pretensiones de la parte. Incongruencia e indefensión. Distintas clases de incongruencia.

10.5 La congruencia en el proceso penal: el principio acusatorio

10.6 La congruencia en el recurso: La “reformatio in peius”

10.1 El derecho a obtener una resolución que ponga fin al proceso. Las resoluciones tácitas o implícitas. La resolución ha de ser normalmente de fondo: el principio “pro actione” o el “favor actionis”

La libertad de acceso a la jurisdicción para plantear cualquier cuestión jurídica a los Tribunales está recogida en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950 ¹ y también en el art. 24 de la Constitución española (CE) ²

Pero una vez que se ha tenido acceso a los Tribunales, se tiene también derecho a obtener de ellos una respuesta. La inexistencia de contestación por parte de los órganos jurisdiccionales a la cuestión que les ha sido planteada en forma legal, o una respuesta ambigua, constituyen una vulneración de ese derecho humano que en la CE se califica como derecho a la tutela judicial efectiva

1 Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «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 o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal»

Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «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 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...»

Art. 6.1 de la Convención Europea: «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...»

2 Art. 24 de la Constitución española:

“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 letrada, 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”.

3 «Por consiguiente, el Juez o Tribunal que, no obstante haberle sido formalmente planteada, omita todo pronunciamiento sobre esta cuestión previa, no sólo comete incongruencia sino que además infringe el art. 24.1 de la Constitución» (STC 116/1986 de 8 octubre, FJ 5, BOE 22/10/86, JC XVI pág. 77)

Así, se viola ese derecho a la tutela judicial efectiva si, solicitada la personación en una causa penal, no se resuelve nada sobre ella; o si, propuesta una cuestión previa sobre la admisibilidad de un recurso, el Tribunal no se pronuncia al respecto³ ya que los órganos jurisdiccionales tienen obligación de resolver tales cuestiones previas que se les planteen (Sentencia Tribunal Constitucional – STC — 169/1988 de 29 septiembre, Fundamento Jurídico –FJ — 2, Boletín Oficial Estado – BOE — 14/10/88, Jurisprudencia Constitucional – JC — XXII, pág. 118).

Sin embargo, ello no debe entenderse como una supeditación de los órganos judiciales a las peticiones que, fuera de los cauces y plazos procedimentales, les formulen las partes, ya que es razonable y en modo alguno contrario a ese derecho de acceso a los Tribunales, que queden sin respuesta las cuestiones planteadas fuera de tiempo, las notoriamente impertinentes o aquéllas que lo sean inadecuadamente; siempre y cuando, claro está, les falten requisitos auténticamente necesarios y esenciales y no se trate de meros formalismos.

La respuesta a que el ciudadano tiene derecho no es ni tiene que ser siempre, sin embargo, sobre el fondo del asunto ya que puede haber ocasiones en que esté justificado que el Tribunal no entre en el fondo de la cuestión que le ha sido planteada, si bien, ello debe hacerse siempre mediante una resolución motivada, por razones expresamente establecidas por la ley e interpretadas en el sentido más favorable a la continuación del proceso. De ahí que si la resolución de inadmisión o de no entrar en el fondo del asunto está adecuadamente motivada y fundamentada, es perfectamente válida desde el punto de vista constitucional.

Es decir, que si bien excepcionalmente son válidas las decisiones de inadmisión o de no entrar en el fondo del asunto, el principio general que debe animar a los órganos jurisdiccionales es el de solucionar definitivamente, en el proceso ya iniciado, la cuestión planteada por el ciudadano

Cuando se plantea adecuadamente a los Jueces y Tribunales una pretensión, el no pronunciamiento expreso sobre la misma, comporta una denegación de justicia.

A veces se habla de resoluciones tácitas o implícitas de los Tribunales. Así, cuando una parte opone a la otra una objeción de índole procesal (por ejemplo, haberse presentado la demanda o el recurso fuera de plazo), cabe la posibilidad de entender que no ha existido denegación de justicia si el órgano jurisdiccional entra en el fondo del asunto sin resolver esa objeción porque se supone que, al hacerlo así, el órgano jurisdiccional estaría denegando al mismo tiempo la objeción procesal.

Aunque la posición del Tribunal Constitucional español es vacilante al respecto, hay que decir, rotundamente, que la posibilidad de las respuestas tácitas o implícitas no casa en absoluto con los principios fundamentales.

En efecto, hay dos objeciones básicas a las presuntas respuestas tácitas o implícitas de los Tribunales:

1.^a Una decisión judicial sin motivación no es tal decisión judicial, sino un acto de puro voluntarismo fuera de todo recurso y de todo control. Por consiguiente, como quiera que en las respuestas tácitas o implícitas no existe, por definición, motivación de las mismas, es claro que son inexistentes como decisiones judiciales.

2.^a Por otra parte, las respuestas tácitas o implícitas pueden ocultar muchas veces una auténtica denegación de justicia, porque ¿cómo sabe el justiciable que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta su pretensión y no se trata, más bien, de un olvido o de un soslayo?

El Tribunal Constitucional español ha sido sensible a lo dicho y así tiene declarado, en relación a cuestiones de inadmisibilidad propuestas por las partes, que no puede aceptarse, como una respuesta constitucionalmente válida a tales cuestiones; la mera entrada en el fondo del asunto sin resolverlas previamente, así como, la respuesta implícita, aun de poder aceptarse como tal, no sería válida por falta de motivación

Es decir, el contenido normal del derecho de acceso de los ciudadanos a los Tribunales es obtener una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, sea o no favorable al interesado y por ello, los Jueces y Tribunales deben interpretar toda la legislación en el sentido más favorable a esa posibilidad de entrar en el fondo del asunto y a su vez, deben hacerlo restrictivamente en cuanto a las normas que permitan la inadmisión o la no entrada en él (SSTC 11/1988 de 2 febrero, FJ 4, BOE 1/3/88, JC XX, pág. 124; 57/1988 de 5 abril, FJ 1, BOE 4/5/88, JC XX, pág. 700 y 200/1988 de 26 octubre, FJ 2, BOE 26/11/88, JC XXII, pág. 414). La obtención de una resolución, normalmente de fondo, como contenido esencial y normal del derecho a la tutela judicial efectiva, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es constante, reiterada e invariable ⁴

Precisamente porque el contenido esencial y normal de la tutela judicial efectiva, consiste en la obtención de una resolución de fondo, las decisiones judiciales de inadmisión afectan a ese contenido y pueden incurrir en inconstitucionalidad si la negativa a entrar a conocer del fondo no se ha realizado de acuerdo con una interpretación favorable a la entrada en el fondo

4 Cfr. más in extenso mi obra "La tutela judicial efectiva"; Bosch, Casa Editorial; Barcelona 1994

La tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar — de forma no arbitraria y razonable — el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido

El legislador puede regular el proceso, pero esa configuración legal no está exenta de toda limitación ya que todo obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos. El derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas procesales que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que tales normas legales sean innecesarias, excesivas y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador

Sin embargo, «... no toda resolución judicial de inadmisión o de desestimación por motivos formales puede dar lugar a que este TC entre a analizar en un recurso de amparo, si la causa de inadmisión apreciada por el órgano judicial lo fue con arreglo a derecho» ATC 333/83 de 6 de julio, FJ 2; JC VI pág. 1048, que recuerda en el mismo sentido la Sentencia 60/1982 de 11 de octubre, FJ 1, JC IV, pág. 255.

La inadmisión de un proceso sin entrar en el fondo del mismo, decretada por una causa legal y razonable, desde el punto de vista constitucional sólo podrá ser examinada por el TC para comprobar:

a) Si la inadmisión ha sido razonada o motivada, ya que la falta de razonamiento equivale a arbitrariedad

b) Si la motivación existente es razonable y se ajusta a los principios conforme a los que el TC interpreta el derecho fundamental a la tutela (básicamente, principios *pro actione*, de subsanabilidad y de proporcionalidad).

c) Si al resolver la inadmisión el órgano judicial ha incurrido en un error patente

En síntesis, «El Tribunal Constitucional, a través de estas y otras Sentencias, ha fijado en definitiva el criterio de que el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo; si bien tal derecho se satisface cuando la resolución es de inadmisión si se dicta en aplicación razonada de una causa legal, razonamiento que ha de responder a una interpretación de las normas conforme a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. El Tribunal, dado que el recurso de amparo no es una tercera instancia, no revisa con carácter general la legalidad aplicada;

pero teniendo en cuenta que la inadmisión arbitraria o irrazonable, o basada en una interpretación distinta de la expuesta, afecta al contenido normal del derecho fundamental, entiende que en estos supuestos la resolución judicial puede incurrir en inconstitucionalidad que dé lugar a la estimación del amparo, como sucede en los casos en que se declara la inadmisión por estimar inaplicable un procedimiento que sí era aplicable (Sentencia 11/1982, citada, fundamento jurídico 3) o en que se ha padecido un error patente (Sentencia 68/1983, mencionada, fundamento jurídico 6), o en que la normativa no se ha interpretado en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental y ello ha impedido entrar en el fondo (Sentencia 19/1983, aludida, fundamento jurídico 4)» (STC 69/1984 de 11 junio, FJ 2, BOE 11/7/84, JC IX, pág. 192)

El principio del *favor actionis* o *pro actione* tiene su aplicación especialmente en todo lo relativo a los derechos de acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución de los Tribunales a la cuestión que se les haya planteado

El principio *pro actione* puede formularse como aquel que impide interrumpir el desarrollo normal de una acción ejercitada, si no es en base a una causa expresamente prevista por la Ley e interpretada en el sentido más favorable a su desarrollo normal hasta el fin (STC 33/1987 de 12 marzo, FJ 3, BOE 24/3/87, JC XVII pág. 377 y STC 31/1990 de 26 febrero, BOE 22/3/90, JC XXVI, pág. 359) y que obliga a resolver un litigio de una vez y por todas, si cabe hacerlo (STC 71/1991 de 8 abril, FJ 4, BOE 14/5/91). O dicho de otra forma, de acuerdo con este principio, no debe cerrarse al ciudadano la vía para la obtención de una respuesta judicial al fondo del asunto que haya planteado, si una interpretación lógica de la norma permite otras alternativas

Es prioritario, por tanto, para el principio *pro actione*, en aras a la efectividad del derecho de acceso a los Tribunales y a obtener una respuesta a las cuestiones que se les hayan planteado; facilitar el acceso del ciudadano al final de la tutela judicial, por encima de otras consideraciones que, en principio, han de supeditarse a él. Este principio debe presidir toda realización de la tutela judicial y para conseguir sus objetivos, actúa a través de otros principios subordinados, como son el antiformalista y el de subsanabilidad.

Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.

La libertad de acceso a la jurisdicción en la República Dominicana ha sido reconocida como el derecho a la justicia, que está concebido como consecuencia de la garantía fundamental a la seguridad individual consignada en el literal 2 del artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana.

Efectivamente, de manera general, los literales b) d) y e) de dicho texto constitucional expresan que toda persona que sea privada de su libertad, tiene derecho a ser sometida a la autoridad judicial competente en la forma prescrita por las leyes, y de manera específica, el literal j) de dicho texto expresa que:

j) 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. 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.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce igualmente estos derechos en su Artículo 8-1, el cual establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a ser oída con 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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la terminación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el Art. 8 de la Convención reconoce el principio de “debido proceso legal” y relaciona el mismo con lo dispuesto en los artículos 7.6, 25.1 y 27.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, son las que se refieren al derecho de todo ciudadano a recurrir a la autoridad judicial competente para que ésta decida sobre la legalidad de la privación de libertad que le afecta, al derecho de amparo y a todo lo inherente a la preservación del Estado de Derecho, aún bajo la legalidad excepcional que resulta ante, determinadas situaciones, de la suspensión de garantías.

La responsabilidad de asegurar el respeto a estas garantías ha quedado encomendada a los integrantes del Poder Judicial, a quienes les compete aplicar los mecanismos legales en el marco de la Constitución y las leyes para que el acceso a la justicia culmine con una decisión evacuada en un plazo razonable, puesto que como reza la máxima jurídica, justicia dilatada es justicia denegada.

Cabría preguntarse: ¿que debe entenderse por “plazo razonable”? La Corte Interamericana ha considerado⁵ que a los fines del cómputo del “plazo razonable” debe tomarse el período de tiempo transcurrido entre el primer acto procesal y la conclusión del proceso, incluyendo los recursos que pueden interponerse, especialmente en materia penal; considerando que la prolongación innecesaria de un proceso podría conllevar a que la pena máxima que puede ser impuesta, resulte inferior que el tiempo que efectivamente se mantenga la privación de libertad durante el período en que se desarrolle el mismo; que una prolongada detención viola el principio de inocencia y que la incomunicación durante varios días del imputado con su abogado defensor o cuando no se mantiene un contacto libre y privado con éste, viola el derecho de defensa.

Ahora bien, el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable no debe ser garantizado solo en los casos de privación de libertad, puesto que aun en ausencia de dicha privación, toda persona tiene derecho a ver concluido su proceso dentro del plazo razonable; con una decisión que haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

Cabe señalar que la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, ha dejado a la consideración del juez la evaluación de lo que sería un plazo razonable, según las circunstancias que rodeen cada caso en particular; habiendo considerado que excede del plazo razonable en unos casos un período de tiempo mucho menor que en otros casos.

En nuestro país, la ley ha señalado cual es el tiempo en el que una decisión deberá ser evacuada en algunas jurisdicciones; tal es el caso del juez de instrucción al cual la Ley 334 del 24 de diciembre del 1925 le ha otorgado un plazo de 60 días para evacuar la providencia calificativa o auto de no ha lugar, contado a partir del momento en que el acusado haya ingresado en una cárcel pública. Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal cuya “vacatio legis” concluye en septiembre del 2004 establece en su artículo 148 un plazo de tres años como máximo desde el requerimiento introductivo hasta la decisión final, incluyendo en este plazo los recursos que puedan interponerse.

Esta disposición constituye un gran paso de avance para garantizar el derecho constitucional al debido proceso, y frenar de manera radical la práctica extendida desde hace tantos años en nuestro país, que ha llevado a que el promedio de un proceso penal habitual esté situado en un tiempo que oscila entre 6 y 10 años, extendiéndose en muchos casos a un período mayor.

5 Sentencia del 12/11/97, Caso Suárez Rosero; citado en el libro de Wlasic, Juan Carlos “Convención Americana Sobre Derechos Humanos, anotada y concordada con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Editorial Juris, 1998, página 93.

10.2 El ius “ut procedatur” en materia penal.

En los procedimientos civiles, como acabamos de ver, el ciudadano, una vez cumplidos los requisitos formales establecidos en las leyes procesales, tiene derecho a que se siga el procedimiento establecido hasta obtener una resolución judicial, normalmente sobre el fondo, que podrá serle o no favorable

En cambio, en la jurisdicción laboral la situación no es distinta. El ciudadano que ejercita la acción penal en forma de denuncia o de querella no tiene el mismo derecho que el demandante civil porque puede ser que de entrada se le inadmita la denuncia o la querella porque los órganos jurisdiccionales consideren que los hechos denunciados no son constitutivos de delito alguno; o puede ser que admitida la denuncia o querella, después de realizadas las oportunas averiguaciones, se llegue a la misma conclusión de inexistencia de delito.

Y es que en los supuestos de ejercicio de la acción penal, lo que está haciendo el ciudadano es simplemente solicitar la actuación del “ius puniendi” del Estado. De acuerdo con la STC 111/1995 de 4 de julio, FJ 3, JC XLII, pág. 540, “El artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. Como en múltiples ocasiones ha declarado este Tribunal, el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, 63/1985, 131/1991, 37/1993, 108/1993, 217/1994), siendo un derecho digno de protección el que el ofendido tiene a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado, dentro del sistema penal instaurado en nuestro Derecho, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal, se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (artículo 110 y concordantes de la LECrim) (SSTC 108/1983, 206/1992, 37/1993). Sin embargo, y asimismo de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, *ese ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querella presentada (STC 11/1985, 148/1987, 33/1989, 203/1989, 191/1992, 37/1993, 217/1994).

Sin embargo, esa solicitud de actuación del ius puniendi del Estado, “este ius ut procedatur que ostenta el ofendido por el delito, no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral; pues también este Tribunal tiene declarado la legitimidad tanto de los autos de inadmisión de la notitia criminis - los cuales pueden dictarse inaudita parte - como

los de sobreseimiento, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal”⁶

Ahora bien, si un hecho inicialmente aparece con las notas caracterizadoras de lo delictivo, la denegación de la acción penal, de ese “*ius ut procedatur*” constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial⁷. Y no puede negarse la apertura del procedimiento penal aduciendo la justificación del hecho que sólo puede producirse, tras las garantías del procedimiento previsto, a través del sobreseimiento o de la sentencia.

Este *ius ut procedatur* da derecho, sin embargo, a que los Jueces deban practicar las diligencias necesarias para identificar a los posibles autores de un hecho delictivo y determinar las características delictivas del hecho denunciado

Debido a esas especialidades del proceso penal, éste puede concluir legítimamente por una resolución distinta de la Sentencia y, en especial, mediante Auto de sobreseimiento, no pudiendo impugnarse constitucionalmente la resolución judicial, siempre que sean respetadas las garantías procesales⁸ que incluyen el agotar los medios de investigación procedentes⁹

Sin embargo, se vulnera el derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión si, planteada una mutua denuncia entre una señora y un policía nacional por supuesta desobediencia de la señora al policía y de lesiones del policía a la señora, el entonces Juzgado de Distrito abre juicio de faltas sólo sobre la supuesta desobediencia¹⁰

6 STC 37/1993 de 8 de febrero, BOE 11/3/93, JC XXXV, FJ 3, pág. 368

7 “Como en el derecho a la tutela jurisdiccional, que dice el artículo 24.1 de la CE, se comprende el concretado a la jurisdicción penal dentro del sistema plural instaurado en nuestro Derecho, en que, junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal, se establecen otras titularidades privadas, entre ellas las del perjudicado por el delito (artículo 110 y concordantes de la LECrim.), es claro que la denegación de la acción - «*ius ut procedatur*» -, en el primero de los escalones ahora del reconocimiento gradual de la acción, entraña una violación del indicado precepto constitucional.” (STC 108/1983 de 29 de noviembre, FJ 2, BOE 14/12/83, ...)

8 “... en el estado actual de la discusión, no resulta posible formular una crítica de carácter constitucional a la regulación que del sistema del sobreseimiento hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna tacha puede oponerse al sistema del sobreseimiento libre previsto por el art. 637 para los casos en que no existen indicios racionales de haberse perpetrado los hechos y para los casos en que los hechos no son constitutivos de delito o hay una manifiesta exención de responsabilidad criminal, así como en aquellos otros en que prospera lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina artículo de previo y especial pronunciamiento, según el art. 675...”

Es cierto que han existido críticas doctrinales al sistema del sobreseimiento provisional, sin que hayan faltado opiniones que ven en él un resurgimiento de la vieja figura de la absolución en la instancia hoy proscrita por el art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (STC 40/1988 de 10 de marzo, BOE 5-03-1988).

9 STC 46/1982 de 12 de julio, FJ 3, BOE 4/8/82

10 STC 189/1988 de 17 de octubre, BOE 7/11/88, JC XXII, pág. 327.

La STC 31/1996 de 27 de febrero, FJ 9 y 10, BOE 2/4/1996, JC XLIV, pág. 340 examina el supuesto del Abogado que fue detenido el día 12 de agosto de 1991 a las 14,15 para notificarle determinadas actuaciones de un procedimiento penal que había intentado esquivar y fue puesto en libertad el día 13 de agosto a las 14,45 horas. Interpuesta querrela por detención ilegal y prevaricación, el Abogado interpone recurso de amparo contra la inadmisión de la querrela, que es admitido por no valorar el Auto de inadmisión la excesiva duración de la detención para efectuar las notificaciones ¹¹

Siendo cierto que el *ius puniendi* pertenece al Estado y que el perjudicado no tiene realmente un derecho a que se sancione al presunto culpable ¹², sí, en cambio, tiene derecho a que se le preste la adecuada tutela también en la jurisdicción penal, cosa que supone la adopción de una resolución motivada y fundada en Derecho sobre la denuncia efectuada así, como las diligencias de investigación que se soliciten.

11 “10. Ahora bien, y con esto pasamos a la tercera de las cuestiones que la presente demanda plantea, la conclusión anterior no significa en modo alguno que este Tribunal Constitucional haya de pronunciarse sobre la pretensión penal deducida por el señor Sola contra el titular del Juzgado de Verín. Nuestro pronunciamiento por el contrario, ha de limitarse a la inadmisión de su querrela. Con ello procedemos a analizar la tercera y última de las cuestiones suscitadas en el presente proceso de amparo.

Como dijo el Pleno de este Tribunal, en la STC 157/1990, cuyo fundamento jurídico cuarto sintetizó una firme línea jurisprudencial en este sentido, no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi* con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado. Es cierto que nuestro ordenamiento prevé la acusación privada, por parte de los perjudicados por los hechos delictivos. Pero el derecho a la acción penal de los ciudadanos no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi*, a imponer sanciones penales con independencia de que concurran o no en cada caso las circunstancias determinantes de la pena (STC 83/1989, fundamento jurídico segundo). Por ende, la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el castigo de quienes los vulneran (art. 25.1 CE). Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico tercero, y 128/1995, fundamento jurídico cuarto).

Más aún, el ejercicio de la acción penal no comporta tampoco un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC 157/1990, fundamento jurídico cuarto, que se hace eco de las SSTC 108/1983 y 148/1987). Esta firme doctrina es la mantenida por el Tribunal, como muestra la reciente Sentencia 111/1995.

12 “El particular, en efecto, no ostenta ningún derecho a castigar, pues el *ius puniendi*, es de titularidad estatal (SSTC 157/1990, fundamento jurídico 4.º y 31/1996, fundamento jurídico 10). Es más: pese a que, por disposición de la ley, puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés; pero al que, por todo lo expuesto, no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación” (FJ 7)

Por tanto, no puede afirmarse sin ninguna matización, como hace esta sentencia, que las sentencias penales absolutorias no pueden ser revisadas en amparo. Distingamos. Ciertamente que el TC no podrá entrar nunca en el análisis de la pertinencia de la condena¹³, pero sí que puede entrar en el control de que se haya ejercido correctamente la jurisdicción. Así, si en el caso analizado, la sentencia penal hubiera declarado la existencia de la conducta típica y en cambio no hubiera aplicado la pena correspondiente, está claro que esa arbitrariedad por su parte puede ser denunciada en amparo; no para que se dicte una sentencia condenatoria sino para que, con anulación de la sentencia, el Tribunal penal dicte otra que no sea arbitraria y respete los derechos fundamentales formales del art. 24 CE.

Porque, incluso en las materias de estricta legalidad ordinaria, existen garantías constitucionales que los órganos jurisdiccionales deben respetar, en especial la motivación, la razonabilidad y la no arbitrariedad.

Así en la STC 85/1997 de 22 de abril, FJ 3, BOE 21 mayo 1997, JC XLVII, pág. 1195, señala que “La decisión de sobreseer podría ser revisada en esta vía de amparo «si se violan las garantías constitucionales, entre las

13 “Dilucidar si el contenido de los derechos fundamentales comprende la tutela que puede obtenerse a través de la concreta imposición de la pena en caso de vulneración de los mismos requiere un análisis de nuestra jurisprudencia al respecto.

Más allá de lo que pudiera inferirse de algunas resoluciones (SSTC 170/1994 y 78/1995) que al otorgar el amparo por vulneración del derecho al honor anulan la sentencia absolutoria correspondiente, la doctrina expresa, constante y reiterada de este Tribunal, cada vez que se le ha planteado específicamente el problema, se ha inclinado por la solución negativa (ATC 228/1987, fundamento jurídico 2.º; SSTC 147/1985, fundamento jurídico 2.º; 83/1989, fundamento jurídico 2.º; 157/1990, fundamento jurídico 4.º; 31/1996, fundamento jurídico 10; 177/1996, fundamento jurídico 11 y, por último, 199/1996, fundamento jurídico 5.º). Como tajantemente afirman estas últimas resoluciones: «la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales».

Este ha de ser, pues, el criterio a aplicar en la resolución del presente caso.

Y no podría ser de otro modo. Pues la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan lugar a la estimación del delito y a la aplicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución. Y, si bien la Constitución consagra en su art. 25.1 el principio de legalidad, como derecho a no ser condenado ni sancionado sino por acciones u omisiones legalmente previstas, no existe un «principio de legalidad invertido», esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido.

La doctrina opuesta, según la cual la pretensión punitiva pertenecería al contenido de los derechos fundamentales, llevaría inexorablemente a este Tribunal a tener que apreciar en cada caso, si se dan o pueden darse los presupuestos de la imposición de la pena, cuestión que excede del ámbito del proceso de amparo ya que hemos reiterado que son los Tribunales penales los únicos competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 3.º; 83/1989, fundamento jurídico 2.º; 128/1995, fundamento jurídico 4.º; 31/1996, fundamento jurídico 10, y 199/1996, fundamento jurídico 5.º)” (FJ 4)

que se encuentra el agotamiento de los medios de investigación (SSTC 46/1982, fundamento jurídico 3.º, y 40/1988, fundamento jurídico 3.º); entendido no como un derecho a practicar todas las diligencias que la parte solicite, sino, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, solamente aquellas que el Juez estime pertinentes» (STC 351/1993, fundamento jurídico 4.º). Lo que no es el caso. 4. En definitiva, los autos que acordaron y confirmaron el sobreseimiento provisional no lesionaron el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, pues el *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene ni un derecho absoluto a la tramitación de toda la instrucción penal, ni un derecho a la práctica de todas las pruebas que las partes soliciten. Tampoco se tutela constitucionalmente un derecho incondicionado, a la apertura del juicio oral. Este Tribunal tiene declarada la conformidad con los principios y normas del ordenamiento constitucional, tanto de los autos de inadmisión de la *notitia criminis*, los cuales pueden dictarse *inaudita parte*, como los de sobreseimiento, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989, 191/1992 y 37/1993, entre otras)”

10.3 Requisitos de la sentencia

10.3.1 La motivación

La prestación jurisdiccional se obtiene cuando, después de un proceso o de los trámites adecuados, el Juez o Tribunal dicta la Sentencia o la resolución pertinente, acto decisorio que, a través de un juicio racional y voluntario, conlleva la apreciación subjetiva de conformidad o disconformidad de la pretensión ejercitada con el derecho objetivo, otorgando o denegando dicha pretensión

En esa función el Juez no es un autómatas, sino que dispone de un margen de apreciación que hay que respetar, siempre y cuando ese margen no afecte a derechos fundamentales. Ese margen de apreciación se manifiesta en el hecho de que la interpretación y aplicación de las leyes tiene normalmente varias opciones y mientras esas varias opciones se muevan dentro del campo de la racionalidad o de la razonabilidad, el TC no puede inmiscuirse en ellas; incluso aunque pueda creer que una interpretación es más razonable que otra. Sólo puede intervenir si la motivación es irrazonable y de constatarlo, se limitará a anular la resolución a fin de que se dicte otra adecuadamente motivada.

La resolución en la que se materializa la tutela judicial efectiva debe reunir una serie de requisitos, el primero de los cuales es el de ser motivada.

Donde más claramente expone el TC la finalidad de la motivación es en la STC 55/1987 de 13 mayo, FJ 1, BOE 5/6/87, JC XVIII pág. 36, donde se dice textualmente: «La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 de la CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las Sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento; no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido debe mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

Por otra parte, la motivación de la Sentencia es una exigencia sin la cual — como es generalmente reconocido — se privaría, en la práctica a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la Sentencia está motivada, es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional «sometido únicamente al imperio de la Ley, de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la Sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho, bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la Sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes». En esta sentencia, el TC examina el supuesto de una absolución por el Juez de Distrito de una falta de imprudencia y la posterior condena por el Juez de Instrucción en apelación, sin motivar la razón de la condena.

En dicha Sentencia el TC señala que la finalidad de la motivación, que en un Estado democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional, es múltiple ya que:

1.º Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.

2.º Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución.

3.º Permite la efectividad de los recursos.

4.º Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la Ley

No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar por qué encajan. En el caso concreto de la STC 55/1987 la condena por imprudencia no está fundada si no se explica cómo la falta de diligencia se conecta con el resultado dañoso: "Se trata, sobre todo, de que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad, pero significa, además, que el ciudadano tiene derecho a conocer, en el caso concreto del proceso penal, las razones por las que resulta condenado o, a la inversa, absuelto; lo cual exige por lo menos, en algunos casos, ir más allá de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica, puesto que con ello, las razones de la decisión pueden mantenerse todavía como desconocidas". Asimismo, es preciso que se establezca motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado producido. Sin llevar a cabo fundadamente la concreción del deber de cuidado o de la diligencia exigida y su vinculación con el resultado en el caso que es objeto de juzgamiento, no cabe estimar que la Sentencia esté suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera que no podrá posibilitar plenamente a otro Tribunal, que disponga de competencia para ello, el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la Ley y al Derecho.» (STC 55/1987 de 13 mayo, FJ 2, BOE 5/6/87, JC XVIII, pág. 37)

Antes de pasar adelante, convendrá precisar la diferencia entre motivación y fundamentación en derecho. Motivación y fundamentación no son conceptos sinónimos, aunque están íntimamente relacionados. Una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser razonada o motivada; puede citar muchas disposiciones, pero no explicar el enlace de esas normas

con la realidad que se está juzgando. Asimismo, una resolución puede ser razonada y motivada, pero no estar fundada en Derecho, supuesto que se daría si un Juez justificara su resolución en principios puramente filosóficos, ajenos al ordenamiento jurídico o no reconocibles como aplicación del sistema jurídico

En definitiva, la motivación es la explicación de la fundamentación jurídica de la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición sino que ha de ser un razonamiento lógico, ha de explicitar el proceso de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico.

La motivación supone la prohibición de la arbitrariedad

Ahora bien, ¿qué es una aplicación manifiestamente arbitraria? El Diccionario de la Real Academia Española define la arbitrariedad como «acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho»

La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada sólo con base en la voluntad o capricho del que la toma, como un puro voluntarismo

Una resolución puede ser arbitraria no sólo porque no sea motivada y por tanto no ponga de manifiesto la razón de la misma; sino también, porque aun siendo aparentemente motivada, tal motivación sea claramente impertinente, no tenga nada que ver con lo que se está cuestionando

Una motivación irracional o no razonable, tampoco cumple las exigencias del art. 24.1 CE. Constituye una motivación o fundamentación no razonable, por ejemplo, aquella que deniega un recurso alegando simplemente razones de seguridad jurídica, ya que por ese argumento todos los recursos deberían ser desestimados

La motivación racional apela a la lógica. No sería una motivación racional la que vulnerara los principios de aquélla. Por ello, no basta, como motivación, una mera yuxtaposición de proposiciones que no tengan ninguna conexión entre sí.

La motivación debe ser también concreta y no abstracta. Y es que unos razonamientos generales sin ninguna conexión con el caso sometido, continúan siendo arbitrarios y no cumplirían ninguna de las finalidades que tiene la motivación ni asegurarían el conocimiento de las razones de

hecho y de derecho que justifican la decisión ni posibilitarían su impugnación

La motivación de una resolución judicial supone, por tanto, una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esa justificación de la resolución deberá incluir:

- a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma.
- b) la aplicación razonada de la norma.
- c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión.

Normalmente, cuando hablamos de motivación, nos referimos a motivación sobre el derecho. Sin embargo, los recursos contra las resoluciones judiciales pueden referirse obviamente tanto al derecho aplicado como a los hechos considerados probados y que sirven de base a las mismas. Y, tanto o más importante que el derecho es la motivación de la selección del material que el Juez da como probado, ya que tal selección predetermina normalmente la solución jurídica. Porque, si no se motiva esa selección del material fáctico ¿cómo puede la parte, en el ejercicio de su derecho al recurso, alzarse contra la misma?

En general y por vía de apelación en los recursos ordinarios y, excepcionalmente en los extraordinarios, es posible examinar la corrección de la apreciación de la prueba efectuada por el Juez de instancia y esa posibilidad es ilusoria en la práctica si no se motiva la selección de hechos declarados probados. Por ello, hay que entender que la motivación de los hechos probados es un derecho fundamental del ciudadano, que forma parte integrante del derecho al recurso, necesario e imprescindible para la efectividad del mismo y para no dejar en la penumbra tan importante faceta del proceso. No pueden existir zonas de la actividad jurisdiccional que no se sometan a la opinión pública y de las partes; quienes no pueden controlar si la selección del material probatorio es racional y razonable, de no ponerse de manifiesto las razones en que la misma se basa.

La motivación, como hemos dicho, siempre ha de ser expresa. Por ello, la afirmación de que una desestimación de la demanda, o una sentencia absolutoria, resuelve todas las pretensiones; ha de matizarse en el sentido de que ello será así si se han analizado y motivado las diferentes peticiones de las partes, porque toda sentencia, incluso la absolutoria o desestimatoria ha de motivar el por qué de la misma

El carácter necesariamente concreto de la motivación, ya que difícilmente se dan dos supuestos idénticos, impide la utilización de impresos en las resoluciones judiciales; uso que tan sólo sería lícito en supuestos de múltiples afectados por una misma situación jurídica, siempre que además, ello permita conocer las razones efectivamente tenidas en cuenta, ya que no es admisible eludir la consideración correcta y completa del caso propuesto, en base a una solución genérica que no atienda a sus peculiaridades o matices.

En este sentido, no puede considerarse motivada la resolución que no razona detalladamente el por qué del *quantum* de una indemnización; la que hace una remisión genérica a un capítulo de la ley, sin más especificación; o la que omite todo razonamiento sobre alguna pretensión

10.3.2 La fundamentación en Derecho

Analizada la motivación, vamos a ver ahora qué comporta la exigencia de que la resolución esté fundada en Derecho.

La fundamentación es inherente a la idea de Sentencia y comporta que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional se base en ley adecuada al caso y no contenga elementos arbitrarios o irracionales, siendo arbitraria una resolución cuando carece de motivación o la misma es ajena al ordenamiento jurídico

La fundamentación, aunque distinta, está íntimamente relacionada con la motivación. Si no hay motivación, por definición, tampoco puede haber fundamentación, pero aun existiendo motivación, puede no existir fundamentación ya que ésta representa un plus sobre aquélla. Ese plus consiste en que la motivación ha de ser una motivación técnico-jurídica, de tal forma que una resolución judicial no estará fundamentada si su motivación se basa en elementos externos al ordenamiento jurídico aplicable o puramente filosóficos

Es obvio que la ley aplicada ha de pertenecer al ordenamiento jurídico de que se trate, ser la apropiada al caso, haber sido adecuadamente publicada y no ser ajena a las reglas y principios de tal ordenamiento

La finalidad de la fundamentación es, como en la motivación, el convencimiento de las partes, la publicidad y la posibilidad de control de las resoluciones judiciales. Esas finalidades sólo son posibles «... si la Sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la Sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente

a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes» (STC 55/1987 de 13 mayo, FJ 1, BOE 5/6/87, JC XVIII, pág. 36)

El que una resolución esté fundada en Derecho supone por tanto: 1) Que se seleccione la norma a aplicar de forma razonada y razonable, de acuerdo con el sistema de fuentes de cada ordenamiento; 2) Que la norma elegida sea la adecuada al caso, elección que, de ser razonable y no afectar a ningún derecho fundamental, no podrá ser revisada por el TC; 3) Que se exponga razonadamente el por qué la norma jurídica que haya sido seleccionada justifica la resolución adoptada.

De acuerdo con ello y con la doctrina del TC podemos concluir que una resolución no estará fundada en Derecho:

a) Cuando la norma seleccionada para su aplicación, carezca patentemente de validez, no sea la adecuada o cuando no se motive racionalmente su elección

b) Cuando no especifique el artículo o parte del mismo en que se basa, si no es posible deducirlo del contexto o se limite a copiar artículos, ya que copiar artículos no es fundamentar

c) Cuando la decisión sea arbitraria, irrazonada o irrazonable, errónea, se base en normativas contradictorias, no exista conexión entre la motivación y el fallo o la argumentación sea incoherente

d) Cuando se omita todo razonamiento respecto de alguna de las pretensiones o causa de inadmisibilidad.

d) Cuando se parta de un hecho erróneo

f) Cuando el Juez, a pesar de estar obligado a juzgar según la ley, no la respeta y resuelve más allá de su jurisdicción, haciéndolo, por tanto, sin fundamentación.

El sometimiento de los Jueces y Tribunales a la ley ha de evidenciarse de tal forma que la selección e interpretación de la norma puedan ser consideradas siempre como una aplicación del sistema jurídico y como una derivación de su sistema general de fuentes

La selección y aplicación de las leyes a un supuesto concreto, además de ser motivada y razonable, ha de efectuarse por tanto entre aquellas normas que, encontrándose dentro del ordenamiento jurídico de que se

trate, son señaladas para ello por el sistema de fuentes establecido. El órgano jurisdiccional está obligado a resolver sometido al imperio de la ley, es decir, *secundum legem*, pero además, ha de hacerlo de acuerdo con la ley que esté previamente señalada en el sistema de fuentes establecido y mediante un razonamiento que sea reconocible como aplicación del sistema jurídico y no constituya un mecanismo irrazonable para dejar de aplicar la ley

Resumiendo, podríamos decir con PEREZ ALGAR: «No basta, en efecto, manejar artículos de una ley para que la resolución sea una resolución fundada en Derecho. La resolución fundada en Derecho incorpora no sólo el dato legal, sino también las reglas del razonamiento jurídico en virtud de las cuales ese dato legal debe aplicarse a la realidad fáctica. En caso contrario, cuando sólo existe una amalgama de preceptos legales prescindiendo del método jurídico necesario para aplicarlos, la decisión tendrá una apariencia de Derecho, pero en realidad no será una decisión fundada en Derecho»¹⁴

10.3.3 La razonabilidad de la resolución

Un supuesto que expresa gráficamente la diferencia entre racionalidad y razonabilidad en el campo del Derecho es el que, tomándolo a su vez de otros autores, menciona RECASENS SICHES¹⁵: Un campesino polaco acudió con un oso a una estación de ferrocarril y se encontró allí con un letrado que decía «Prohibido pasar al andén con perros». La interpretación estrictamente lógica y racional habría sido que, al no estar comprendidos los osos en la categoría de perros, el empleado de los ferrocarriles debería haber dejado pasar al campesino al andén con su oso. Sin embargo, obviamente, la decisión que adoptó el empleado de los ferrocarriles fué la de prohibirle el paso, decisión que no era estrictamente racional sino la razonable que, en su lugar, habría tomado cualquier persona con sentido común.

Pues bien, RECASENS SICHES señalaba el carácter marginal — contra lo que pueda creerse — de la lógica pura o racional en el campo del Derecho frente a la lógica de lo razonable, que es la lógica de la conducta humana y por tanto, la aplicable en el terreno jurídico. En el campo del Derecho no se pueden aplicar elementos o estructuras puramente lógicas sino logoides, es decir, más o menos relacionadas con la lógica

El campo de la estricta racionalidad es, por tanto, muy limitado en el Derecho. Como dice RECASENS SICHES, quedaría reducido a las formas

14 PEREZ ALGAR, Félix, «La relevancia constitucional del método jurídico», en Poder Judicial, 1990, n.º 20, pág. 59.

15 RECASENS SICHES, Luis; Tratado General de Filosofía del Derecho; Quinta edición; México-1975; pág. 645

jurídicas puras o a priori (por ejemplo, no puede existir derecho sin el correlativo deber), al principio de identidad o no contradicción, a las inferencias, a determinadas cuestiones prácticas (matemáticas etc...) y poca cosa más. Todo lo demás habría de basarse en la lógica no de lo racional sino de lo razonable.

Y es que la decisión puramente racional sólo puede ser una, mientras que, descartada ésta por los motivos que sean, las decisiones razonables posibles pueden ser varias, debiendo tener por tanto los órganos jurisdiccionales un cierto margen de libertad. Dentro de este margen, al Tribunal Constitucional le está permitido tan sólo constatar que una decisión no es razonable, que no se encuentra en ese ámbito de posibles decisiones razonables, pero no, si una es más razonable que otra.

La racionalidad o razonabilidad de las resoluciones judiciales es un requisito distinto de la motivación y fundamentación en Derecho. Una resolución puede ser irracional o irrazonable a pesar de estar motivada y fundamentada en Derecho y esa irracionalidad o irrazonabilidad puede afectar tanto a la propia motivación y fundamentación como a su resultado.

El derecho del ciudadano a obtener una respuesta de los Tribunales, incluye también el derecho a que esa respuesta no sea absurda o manifiestamente irrazonable, de tal forma, que es posible basar un recurso de amparo única y exclusivamente en la falta de razonabilidad de la decisión jurisdiccional (ATC 577/1987 de 13 mayo, FJ único, JC XVIII pág. 1017) o de la interpretación efectuada (STC 174/1991 de 16 septiembre, BOE 10/10/91)

Que el requisito de la racionalidad o razonabilidad de las resoluciones judiciales es algo distinto a su motivación o fundamentación en Derecho, lo demuestran dos supuestos que pasamos a analizar, entre otros muchos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podría proporcionarnos. Se trata de los hechos contemplados en las SSTC 13/1985 de 31 de enero y 200/1987 de 16 de diciembre.

En la primera de estas resoluciones se estima el recurso de amparo interpuesto por un periódico, contra la prohibición de un Juzgado de Instrucción de que publicara las fotografías de un incendio por el que dicho Juzgado instruía un sumario. Inicialmente la prohibición del Juzgado no fue motivada, aunque posteriormente, al resolver el recurso de reforma, se basó en el secreto del sumario y en el posible perjuicio para la investigación.

Prescindiendo del tema de la legalidad del secreto del sumario — que se analiza en la Sentencia —, lo cierto es que dicha resolución, denegando el permiso para publicar tales fotografías, fué motivada (daba como razones del mismo el posible peligro para la instrucción) y fundamentada en

Derecho (alegaba la institución jurídica del secreto del sumario). Pues bien, a pesar de que la resolución del Juzgado de Instrucción y la de la Audiencia que la completaba reunían todos los requisitos formales de las resoluciones judiciales, el recurso de amparo fue estimado por no considerarse razonable tal decisión en los términos en que fue hecha. Y difícilmente podrá objetarse el razonamiento del Tribunal Constitucional. La decisión del Juzgado, confirmada por la Audiencia, es irrazonable para el TC porque, pretendiendo basarse en un posible perjuicio para la investigación sumarial, el Juez prohibió la publicación de las fotografías *sin ni siquiera haberlas visto, con lo que mal podía conocer si eran o no perjudiciales para la investigación sumarial*.

En la segunda de las Sentencias citadas, la STC 200/1987 analiza el siguiente supuesto: Una limpiadora de un colegio público demanda ante la Magistratura de Trabajo al Ministerio de Educación y al Ayuntamiento de una población, en reclamación de salarios por trabajos prestados en la escuela de la población. En el juicio no se pone en cuestión en ningún momento que no se adeuden a la actora los salarios que reclama, sino, que únicamente se discute a quién corresponde su pago, si al Ministerio o al Ayuntamiento. La sentencia de la Magistratura de Trabajo condena finalmente al pago al Ayuntamiento y absuelve al Ministerio. Recurre el Ayuntamiento condenado y el Tribunal Central de Trabajo, estimando el recurso, declara la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento y por tanto, deja sin efecto la condena a éste

El juego de la absolución en primera instancia, del Ministerio y la estimación del recurso formulado por el Ayuntamiento, dejó a la actora sin poder reclamar los salarios – que no se habían discutido – a ninguna de las instituciones demandadas. Interpuesto recurso del amparo, evidentemente el TC lo admitió, remediando tamaño despropósito

Evidentemente, en ambos supuestos las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no eran razonables y así lo declaró el TC para quien los diversos sentidos del concepto de razonabilidad pueden ordenarse por su respectiva frecuencia e importancia, en la siguiente jerarquización:

1. La razonabilidad de una decisión como exigencia de una causa real para tomarla. Se equipara falta de razonabilidad a falta de causa o motivo verdadero para la toma de una decisión. Decisión no razonable sería aquella que se toma sin motivo, sin razón o causa y paralelamente, decisión razonable sería aquella que tiene un motivo, una causa, una finalidad para ser adoptada

2. La razonabilidad como exigencia de proporción entre los fines y medios de una decisión. Se equipara razonabilidad con proporción y

concordancia entre los fines anunciados de una decisión y los medios empleados para conseguirlos.

3. La razonabilidad como exclusión de lo contradictorio y de lo absurdo. Se considera irrazonable aquello que es en sí mismo contradictorio o que conduce a un resultado absurdo.

4. La decisión razonable como aquella que, después de ser analizada, puede ser reconocida como tal por cualquier persona. Sería aplicable a aquellas situaciones en las que la decisión ha de tomarse optando entre múltiples posibilidades, todas razonables, cuando ninguna de ellas puede imponerse sobre las demás y cuando no es posible tampoco estudiar exhaustivamente en todas la proporcionalidad de fines y medios.

5. Lo razonable equiparado a lo justo y a lo que respeta los valores constitucionales

Como resumen, y siendo acumulativas las acepciones examinadas, puede decirse que para el Tribunal Constitucional es razonable un acto o decisión cuando tiene una causa o finalidad que lo justifica, cuando esa finalidad es acorde y proporcionada a los medios empleados, cuando la decisión no conduce al absurdo y respeta los valores constitucionales y cuando, después de analizada, podría ser reconocida como tal por cualquier persona.

Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.

Elementos que debe contener una sentencia para garantizar el adecuado acceso a la justicia.-

Otro elemento consustancial que incide en el derecho al debido proceso, es la necesidad que tienen los tribunales del orden judicial de garantizar que las peticiones o planteamientos que viertan las partes en el curso de un proceso sean adecuadamente respondidos, de manera que no se caracterice una omisión de estatuir o una ausencia de motivos que fundamenten la decisión, que nuestra Suprema Corte de Justicia ha denominado como “falta de motivos”.

La ausencia de una respuesta motivada a las peticiones vertidas constituye una de las principales causas de casación de sentencias por parte de nuestro Tribunal Supremo. Como ejemplo vamos a citar una de las consideraciones que han fundamentado la casación por ausencia de respuesta a las peticiones de las partes, también conocida como “omisión de estatuir”:

“Considerando, que la sentencia impugnada muestra asimismo que en ninguno de sus considerandos se estatuye sobre este punto de las referidas conclusiones; que los Jueces del fondo están en el deber de responder de manera clara y precisa a los pedimentos que le formulen las partes en causa, sobre todo cuando se trata como en la especie, de conclusiones formales y explícitas”.¹⁶

Ahora bien, no todas las sentencias evacuadas por falta de motivos se concretan a la ausencia de dictámenes sobre las peticiones de las partes; por ejemplo, nuestra Suprema Corte ha considerado como falta de motivos la ausencia en la sentencia de la relación completa de los hechos de la causa y su vinculación con la decisión adoptada:

“Considerando, que ciertamente, el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil expresa que: “La redacción de las sentencias contendrá, entre otras cosas, las consideraciones, la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo”; y el artículo 23 de la Ley sobre Procedimiento de Casación expresa en su inciso 5to. Que la anulación de la sentencia se seguirá “cuando la sentencia no contenga los motivos”.

“Considerando, que de los textos citados anteriormente, resulta para los Jueces del fondo, la obligación de motivar sus sentencia; que, en materia represiva, como en la especie, estos deben enunciar los hechos que resultan de la instrucción y además, calificar estos en relación con el texto de la Ley Penal aplicable; que el examen de la sentencia impugnada muestra que ésta fue dictada por la Cámara a-qua, en dispositivo y no contiene la relación completa de los hechos que ocasionaron el accidente, ni los motivos del fallo, por lo que esta Suprema Corte de Justicia no está en condiciones de apreciar si se hizo una correcta aplicación de la Ley ya que la sentencia apelada, que fue confirmada, fue también dictada en dispositivo.”

16 Sentencia del 5 de mayo del 1972, Boletín Judicial No.738, páginas 1069-1070.

“Considerando, que los Jueces del fondo, están en la obligación de motivar sus sentencias y en la materia represiva deben enunciar los hechos que resulten de la instrucción y calificar esos hechos con el texto de la Ley penal aplicada; que al no precisar la sentencia impugnada los hechos y estar carente de motivos, la Suprema Corte de Justicia está en la imposibilidad, al ejercer su poder de control, de decidir si la Ley ha sido bien o mal aplicada; por lo que procede la casación del fallo impugnado.”¹⁷

Así también ha sido causa de casación, la existencia de una contradicción de motivos en la sentencia, que impida evaluar si la ley ha sido bien o mal aplicada:

“Considerando, que la contradicción entre los motivos y el dispositivo impide a la Suprema Corte de Justicia verificar si la ley ha sido bien o mal aplicada.”

Igualmente la insuficiencia de motivos expuestos en una sentencia, de manera que no revele la justificación ponderada de la decisión adoptada, ha fundamentado la casación de una sentencia por falta de motivos; veamos:

“Los motivos no pueden suplirse por la simple referencia de los documentos o los elementos de la causa, sin haber sido objeto de la depuración, análisis y ponderación de su alcance”.¹⁸

Otra sentencia que fue casada por insuficiencia de motivos expresa que el rechazo de un pedimento por improcedente y mal fundado no constituye en si mismo un motivo:

“Considerando, que el examen de fallo impugnado pone de manifiesto que por ante la Cámara a-qua, los apelantes principales, ahora recurrentes, en el ordinal tercero de sus conclusiones pidieron a dicha Corte “Pronunciar la nulidad de la decisión de que se trata, por violación al derecho de defensa, a la Ley 1015, y a los artículos 188 y siguientes del

17 Boletín Judicial No.785, página 697; Boletín Judicial No.788, página 1169.

18 Boletín Judicial No.1078, páginas 111-116

Código de Procedimiento Civil”; que la citada Corte pronunció el rechazamiento de las mismas, sin dar más motivos de su fallo que el siguiente: “que analizadas y ponderadas las conclusiones de las partes en litis, a juicio de esta Corte de Apelación, es procedencia rechazar en todas sus partes las emitidas por la parte intimante en apelación, señora Lavignia E. Altagracia Bautista R., a través de su abogado constituido Dr. J. O. Viñas Bonelli, por improcedente y mal fundadas en derecho y acoger en parte las emitidas por la parte demandante principal, quien también es apelante, por ser justas y reposar en pruebas legales”;”

“Considerando, que de lo anteriormente dispuesto, resulta que la sentencia impugnada, en lo que concierne a los recurrentes, está carente de motivos que justifiquen su dispositivo, por lo que la misma debe ser casada, y sin que haya que ponderar los demás medios del recurso;”¹⁹

En adición a la falta de motivos, la falta de base legal es otro de los vicios que frecuentemente se percibe en muchas de las decisiones adoptadas por los tribunales en nuestro país, que se traduce en un impedimento al acceso a la justicia de manera adecuada. Se trata de una causa de casación muy vinculada a la falta de motivos, que se concreta en la insuficiente exposición de los elementos de hecho que fundamentan la aplicación de una norma determinada como base legal del dispositivo de la sentencia.

A este respecto, nuestra Suprema Corte de Justicia ha señalado que la falta de una exposición completa de los hechos en la sentencia impide a ese alto tribunal verificar si se ha hecho una correcta aplicación de la ley:

“Considerando, que la Corte a-qua incurrió en falta de base legal, desnaturalización y falsa apreciación de los hechos y documentos de la causa, atribuyéndole un alcance que no tienen, y en virtud de tales cambios, alteraciones y desconocimiento, decidió el caso contra el recurrente;”

“Considerando, que la Corte a-qua no estableció, en sus motivos de hecho y de derecho, la existencia de un mandato, expreso o tácito, de donde pueda inferirse la facultad del recurrido para recibir el pago a nombre de la empresa Viales y Francisco A. Tapia; que la carencia de

19 Boletín Judicial No.821, página 630.

*una exposición completa de los hechos de la causa, ha impedido a la Suprema Corte de Justicia ejercer su poder de verificar, si, en la especie, la Corte a quo ha hecho o no, una correcta aplicación de la ley;*²⁰

Otra sentencia de nuestra Suprema Corte de Justicia, más reciente, ha señalado que incurre en falta de base legal la sentencia que da motivos vagos e imprecisos y concebidos en términos generales, que impidan a la Corte de Casación verificar si la ley ha sido bien aplicada o no.²¹ Esta decisión resulta, a nuestro particular modo de ver, de suma importancia para contrarrestar una tendencia que ha existido en nuestra jurisprudencia de los tribunales de primer grado, por la cual los jueces se limitan a hacer una relación de hechos, muchas veces anecdótica, con elementos contradictorios e imprecisos, sin que se especifique concretamente en qué medida, esos hechos violentan las disposiciones legales que fundamentan la decisión. Por ejemplo, no es difícil encontrarse con decisiones que luego de una enumeración torpe de los hechos, se circunscriben, a citar los textos legales en los que basa el dispositivo, bajo el señalamiento de: “vistos los artículos... de la Ley...” sin que se señale de manera particularizada cómo los hechos narrados, infringen la norma legal.

Por otra parte, otra de las causas que provocan en nuestro país la ausencia de un acceso adecuado a la justicia y la vulneración del derecho a obtener una resolución judicial del proceso en un plazo razonable; lo constituye la sostenida práctica de presentar innecesaria y abusivamente incidentes y medidas de instrucción con la finalidad de prolongar el conocimiento del fondo del asunto. Así es muy frecuente en el proceso penal la interposición de incidentes de declinatorias por sospecha legítima, de nulidades de forma, medios de inadmisión, solicitud de audición de testigos, comparecencia personal, etc., que no tienen fundamento legal, no son pertinentes o no conducen a la sustanciación de la causa. Esta práctica se ha extendido sobre todo porque la justicia dominicana no ha implementado los mecanismos necesarios para evitar que la presentación y conocimiento de los incidentes y medidas de instrucción no atenten contra la celeridad que deben tener los procesos para lograr una verdadera administración de justicia, afectando con ello la tutela judicial efectiva, que provoca en muchos casos, el abandono del proceso por no obtener la respuesta requerida sobre el fondo del asunto en el plazo razonable.

20 Sentencia del 12 de enero del 2000; Boletín Judicial 1070, página 99-105

21 Sentencia del 10 de abril del 2002. (No ha sido publicado el Boletín Judicial correspondiente, a la fecha de la redacción de este trabajo)

La razonabilidad necesaria en la sentencia.

Al momento de tomarse una decisión, además de ser necesario que la misma responda las peticiones de las partes y contenga las motivaciones de hecho y de derecho que la fundamenten, se precisa que la sentencia resulte razonable; es decir, que la ponderación de los hechos y la vinculación de los mismos con el derecho estén de tal forma concatenados y explicados, que la decisión contenga un razonamiento lógico, acorde con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Este elemento solo puede alcanzarse asumiendo el derecho, no en términos rígidos, exegéticos, sino, como un derecho dúctil, maleable, expresado en función de toda la normativa legal; se requiere que exista una proporcionalidad ente los hechos evaluados y la decisión tomada.

A este respecto, Alberto Binder²² ha señalado que “la solución jurídica de un caso nunca resulta de la aplicación “automática” de la ley. Por el contrario, a partir del conjunto del sistema normativo, los jueces deben construir o hallar la norma concreta que solucionará el caso, también concreto. Esa norma concreta surge de la conjunción de varias normas, que interactúan y se modifican mutuamente. El sistema jurídico es un orden dinámico, con capacidad para concentrarse, por medio de la actividad judicial, en una solución individual”.

En nuestro país la razonabilidad es uno de los grandes ausentes en el contenido de las decisiones, puesto que los jueces, por lo general y en su mayoría, se aferran a un texto legal único, y producto de la tradición autoritaria que caracteriza nuestro sistema judicial como parte de la tradición sociopolítica, evacuan muy frecuentemente decisiones en las que poco o nada se valora la naturaleza real de los hechos y la magnitud del daño producido, y su relación con la norma en la que fundamentan la sentencia; de esta manera es fácil que encontremos sentencias en las cuales se condena a una persona a varios años de prisión por hechos nimios, como por ejemplo, se han dictado sentencias que ordenan prisión por varios meses o años por haberse encontrado al procesado culpable de haber robado algo de comida o por haber orinado en la vía pública, para citar algunos casos.

La necesidad de tomar en cuenta el elemento de la razonabilidad ha sido prevista por nuestro Tribunal Supremo, al señalar que toda ley debe ser “justa y útil”, lo que confiere a los tribunales la potestad de exigir la condición de razonabilidad en la aplicación de la ley a aquellas personas que impongan cargas y sanciones de toda índole.²³

22 Binder, Alberto; “Iniciación al Proceso Penal Acusatorio”, Editorial Jurídico Continental, 1999, página 89.

23 Sentencia del 15 de junio del 1973, Boletín Judicial No.751, páginas 1606-1607

Sin embargo, la falta de razonabilidad que en ocasiones se traduce en un autoritarismo jurídico, sigue siendo frecuente en nuestra jurisprudencia, sobre todo cuando en el proceso intervienen varios imputados, puesto que en estos casos se tiende a imponer una pena común para todos sin que se tome en cuenta la verdadera participación y el grado de responsabilidad que cada uno de ellos ha tenido en el hecho.

La falta de razonabilidad en nuestro país, por tanto, es una consecuencia de la primacía de una academia y una práctica jurídica memorística, exegética y rígida. Se mantiene un apego ciego a la norma en desmedro de la flexibilización que el ordenamiento jurídico impone.

Disposiciones relativas a la sentencia en el Nuevo Código Procesal Penal.

El nuevo Código Procesal Penal promulgado en fecha 6 de junio del año 2002 cuya entrada en vigencia está estipulada en un plazo de dos años a partir de su publicación, al estar fundamentado en un proceso penal acusatorio, establece ciertas condiciones que debe contener la sentencia, que tienden a garantizar la superación de los vicios que hasta ahora caracterizan muchas de las decisiones del orden judicial, precedentemente señalados.

Efectivamente, los artículos del 334 al 340 inclusive del nuevo Código Procesal Penal exponen los requisitos que debe contener toda sentencia, su forma de pronunciamiento, así como los criterios que deberán tomarse en cuenta al momento de dictar una sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria y para la aplicación de las penas. Veamos:

“Art. 334. Requisitos de la sentencia. La sentencia debe contener:

1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta, el nombre de los jueces y de las partes y los datos personales del imputado;
2. La enunciación del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica;
3. El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término;
4. La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado judicialmente y su calificación jurídica;
5. La parte dispositiva con mención de las normas aplicables;
6. La firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hace constar en el escrito y la sentencia vale sin esa firma.”

“Art. 335. Redacción y pronunciamiento. La sentencia se pronuncia en audiencia pública “En nombre de la República”. Es redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. Acto seguido, el tribunal se constituye nuevamente en la sala de audiencias. El documento es leído por el secretario en presencia del imputado y las demás partes presentes.

Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, se lee tan sólo la parte dispositiva y uno de los jueces relata de manera resumida al público y a las partes los fundamentos de la decisión. Asimismo, anuncia el día y la hora para la lectura integral, la que se lleva a cabo en el plazo máximo de cinco días hábiles subsiguientes al pronunciamiento, de la parte dispositiva. La sentencia se considera notificada con la lectura integral de la misma. Las partes reciben una copia de la sentencia completa.”

“Art. 336. Correlación entre acusación y sentencia. La sentencia no puede tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en su ampliación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación, o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores.”

“Art. 337. Absolución. Se dicta sentencia absolutoria cuando:

1. No se haya probado la acusación o ésta haya sido retirada del juicio;
2. La prueba aportada no sea suficiente para establecer la responsabilidad penal del imputado;
3. No pueda ser demostrado que el hecho existió o cuando éste no constituye un hecho punible o el imputado no participó en él;
4. Exista cualquier causa eximente de responsabilidad penal;
5. El ministerio público y el querellante hayan solicitado la absolución.

La sentencia absolutoria ordena la libertad del imputado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos secuestrados que no estén sujetos a decomiso o destrucción, las inscripciones necesarias y fija las costas.

La libertad del imputado se hace efectiva directamente desde la sala de audiencias y se otorga aun cuando la sentencia absolutoria no sea irrevocable o se haya presentado recurso.”

“Art. 338. Condenatoria. Se dicta sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para establecer con certeza la responsabilidad penal del imputado.

La sentencia fija con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determina el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deba cumplir el condenado.

Se unifican las condenas o las penas cuando corresponda.

La sentencia decide también sobre las costas con cargo a la parte vencida y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles. Decide, además, sobre el decomiso y la destrucción, previstos en la ley.”

“Art. 339. Criterios para la determinación de la pena. El tribunal toma en consideración, al momento de fijar la pena, los siguientes elementos:

1. El grado de participación del imputado en la realización de la infracción, sus móviles y su conducta posterior al hecho;
2. Las características personales del imputado, su educación, su situación económica y familiar, sus oportunidades laborales y de superación personal;
3. Las pautas culturales del grupo al que pertenece el imputado;
4. El contexto social y cultural donde se cometió la infracción;
5. El efecto futuro de la condena en relación al imputado y a sus familiares, y sus posibilidades reales de reinserción social;
6. El estado de las cárceles y las condiciones reales de cumplimiento de la pena;
7. La gravedad del daño causado en la víctima, su familia o la sociedad en general.”

“Art. 340. Perdón judicial. En caso de circunstancias extraordinarias de atenuación el tribunal puede eximir de pena o reducirla incluso por debajo del mínimo legal, siempre que la pena imponible no supere los diez años de prisión, atendiendo a las siguientes razones:

1. La participación mínima del imputado durante la comisión de la infracción;
2. La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas;
3. La ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales;
4. La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absoluta;
5. El grado de insignificancia social del daño provocado;
6. El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida;
7. La actuación del imputado motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo;
8. El sufrimiento de un grave daño físico o psíquico del imputado en ocasión de la comisión de la infracción;
9. El grado de aceptación social del hecho cometido.”

Como se puede apreciar de la lectura de los textos citados, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, las sentencias deberán contener, entre otros elementos, la enunciación precisa y circunstanciada del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica, siendo necesario que exista una correlación entre la acusación y la sentencia. Es sin lugar a dudas el citado artículo 339, el que introduce mayor garantía para la superación de los vicios que afectan hoy en día las decisiones judiciales, puesto que estas disposiciones, combinadas con las prescripciones establecidas en los artículos 24 y 26 del mismo Código²⁴ relativas a las motivaciones de las sentencias y la legalidad de la prueba, deben poner fin en la República Dominicana al principio de la “íntima convicción” del juez, sustituyéndolo por el principio inherente al proceso penal acusatorio de la “sana crítica”, que tal y como lo establece la exposición de motivos del nuevo Código Procesal Penal, tiene por finalidad otorgar mayor transparencia y legitimidad al sistema.

24 Art.24.- Motivación de las decisiones. Los jueces están obligados a motivar en hecho y en derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de formulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Art. 26.- Legalidad de la Prueba. Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos o incorporados al proceso conforme a los principios y normas de éste código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.

En efecto, desde el momento de la adopción en nuestro país de los códigos napoleónicos en 1804 hasta la fecha, las decisiones se han fundamentado en el criterio que el juez se forma en el curso del proceso, sin que sea necesario que dicho criterio tenga una justificación razonable que pudiese ser constatada; la íntima convicción ha sido la excusa para que las circunstancias que conllevan a adoptar la decisión no se encuentren explicadas en la misma. Sin embargo, con la aplicación del sistema adoptado en el nuevo Código Procesal Penal, las sentencias tendrán que exponer todas las circunstancias que rodeen el hecho y las características inherentes al procesado, y su vinculación con la pena que sea impuesta. La decisión deberá explicarse por sí sola y sobre todo, la condena deberá ser una consecuencia lógica y natural del contenido de la sentencia.

10.4 La congruencia de la sentencia como respuesta a las pretensiones de la parte. Incongruencia e indefensión. Distintas clases de incongruencia

La necesaria congruencia de las Sentencias con las peticiones de las partes es una doble exigencia del derecho a obtener una respuesta de los Tribunales a las cuestiones que se les plantean y de la prohibición de indefensión.

Del derecho a obtener una respuesta de los Tribunales a las cuestiones que se les plantean porque la incongruencia omisiva o *ex silentio* equivale a no dar respuesta judicial a la cuestión planteada, en definitiva, a una denegación técnica de justicia y de la prohibición de indefensión porque los supuestos más normales de incongruencia *ultra o extra petita* suponen que, en el exceso o en el defecto, no ha existido posibilidad de defensa para alguna de las partes.

Según el TC «... constituye requisito ineludible para la debida prestación de la tutela la congruencia entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso, de modo que aquél ha de sujetarse a los límites con que éste ha sido configurado, pues en otro caso la actividad procesal podrá haberse desenvuelto con arreglo a las normas jurídicas y constitucionales, pero su resultado constituirá una efectiva denegación de la tutela en cuanto que lo resuelto no será realmente el supuesto planteado, sino un hipotético supuesto distinto, y en la medida en que el objeto del proceso, por referencia a sus elementos subjetivos — partes — u objetivos — causa de pedir y *petitum* — resulte alterado en el pronunciamiento judicial, la actividad en que consiste la tutela habrá

sido indebidamente satisfecha y no porque la decisión judicial no sea acorde a la pretensión de la parte, sino porque no es congruente con ella»²⁵

La congruencia se mide por la relación entre su parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que el fallo no puede otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. Por eso cuando «... la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la Sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción y sólo en esos 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 le haya dado a las partes oportunidad de defenderse, sobre los nuevos términos en que el Tribunal coloca el asunto» (STC 20/1982 de 5 de mayo, FJ 1; BOE 18/5/82; JC III pág. 266. En el mismo sentido STC 14/1985 de 1 febrero, FJ 3, BOE 5/3/85, JC XI pág. 145)

La congruencia es un concepto íntimamente relacionado con el principio dispositivo y por ello no juega cuando afecta a cuestiones de orden público que pueden ser introducidas de oficio por el órgano judicial, ya que «... dada la estrecha relación existente entre incongruencia y principio dispositivo — a que nos hemos referido — la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales» (STC 77/1986 de 12 junio, FJ 2 Y 3, BOE 4/7/86, JC XV pág. 256) o a temas sustantivos de dicha índole, como los matrimoniales (ATC 100/1987 de 28 enero, FJ 3, JC XVII pág. 767)

Como hemos dicho, la congruencia ha de darse entre el petitum de la demanda y el fallo de la sentencia, no tiene nada que ver con las argumentaciones de la parte, aunque sí, con la causa de pedir. El Tribunal puede conceder lo que pide el demandante por razones totalmente distintas

25 STC 14/1984 de 3 de febrero, FJ 2; BOE 18/2/84, JC VIII pág. 140 en la que una peluquera autónoma solicita una pensión de invalidez a la Mutualidad de Trabajadores Autónomos y el Tribunal Central de Trabajo dicta Sentencia y absuelve a la Mutualidad Nacional Agraria declarando que la recurrente no se encuentra incapacitada para su profesión habitual de agricultora por cuenta propia, alterando por tanto las partes, los hechos y la petición.

a las alegadas por el demandante (en virtud del principio *iura novit curia*, aunque sin poder variar la causa de pedir)

La incongruencia que produce indefensión puede derivar de cualquiera de las clases que normalmente distinguen la doctrina científica y jurisprudencial. Así podemos hablar de incongruencia *ultra, infra, extra o citra petita* según se conceda más o menos de lo pedido, algo distinto a lo pedido o se omita un pronunciamiento

Se habla también de incongruencia por error (se resuelve sobre algo que no se ha pedido) y de incongruencia por omisión (no se resuelve sobre lo que sí se ha pedido). Ambos casos, más que supuestos de incongruencia (en el sentido de desajuste cuantitativo entre la petición y la resolución) encajan mejor en la pura denegación de justicia.

Ahora bien, incluso existiendo incongruencia en una Sentencia, no siempre causará indefensión. Para ello es preciso:

1. Que se trate de una modificación completa, sustancial o esencial del debate que haya impedido los dos principios básicos de todo proceso, el de contradicción y el de defensa, es decir, cuando es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal

2. Que realmente no se haya tenido oportunidad de defenderse

Como decíamos, la congruencia ha de ser con las peticiones de la parte, no con sus argumentaciones. Hay que diferenciar entre las peticiones o pretensiones y las argumentaciones. Mientras que el Juez o Tribunal debe dar necesariamente contestación a las pretensiones de las partes, no ocurre lo mismo con las argumentaciones. No cabe confundir una modificación de los términos del debate con una modificación de la fundamentación jurídica del pronunciamiento, con la que sólo se modifica la referencia a la norma jurídica, pero, ni la pretensión se altera ni se transforma el debate, porque el uso de una argumentación jurídica distinta de la de las partes no provoca incongruencia (*iura novit curia, da mihi factum tibi dabo ius*).

El órgano judicial no tiene que establecer un diálogo completo con la parte, sobre todo tipo de cuestiones planteadas, pues, es la resolución fundada de las pretensiones; lo que debe preocuparle. La congruencia, por tanto, se respetará con sólo que el Juez o Tribunal resuelva sobre las pretensiones y sobre los argumentos esenciales que sustentan esas mismas pretensiones.

Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, sino,

que han de ajustarse tan sólo a las peticiones que se les realizan, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, aunque sin modificar la causa de pedir, puesto que la tradicional regla encarnada en el citado aforismo *iura novit curia* les autoriza a ello

10.5 La congruencia en el proceso penal: El principio acusatorio

La función de la congruencia en la sentencia civil la cumple en el procedimiento penal el principio acusatorio. Dicho principio "... forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE (STC 125/1993, fundamento jurídico 2º), «implicando, en esencia, la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas - acusador y acusado - que ha de resolver un órgano imparcial, con neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: acusación propuesta y defendida por persona distinta del Juez, defensa con derechos y facultades iguales a las del acusador, y decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúe como parte frente al acusado en el proceso contradictorio» (STC 83/1992, fundamento jurídico 1º). Asimismo, el indicado principio exige, en estrecha conexión con el derecho de defensa, que exista una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia, por lo que respecta a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, y, hasta cierto punto también, a su calificación jurídica, habiendo de tenerse en cuenta que «desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que «de facto» no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas» (por todas, STC 225/1997, fundamento jurídico 4º y ATC 202/1998, fundamento jurídico 2º). Dicho de otro modo, el meritado principio garantiza que en todo proceso penal el acusado pueda conocer la pretensión punitiva que contra él se articula para que pueda defenderse de forma contradictoria, así como que el órgano judicial se pronuncie precisamente sobre los términos del debate conforme han sido formuladas definitivamente las pretensiones de la acusación y la defensa, sin que el Juez pueda intervenir sucesivamente como acusador y como juzgador (al respecto, SSTC 104/1986, fundamento jurídico 3º y 230/1997, fundamento jurídico 5º)" (ATC 273/1999 de 18 noviembre)

Asimismo, la STC 278/2000 de 27 noviembre, BOE 4 enero 2001 señala cómo, mal puede defenderse de algo, quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan, comprendiendo dicho principio "... un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de

la acusación y la defensa (por todas, STC 17/1988, F. 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria compuesta, tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto por lo tanto de acusación ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 3; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4, y 225/1997, de 15 de diciembre, F. 4)”

Descendiendo al caso concreto, en la STC 4/2002 de 14 enero se otorga el amparo interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia que, absolviendo a los demandantes de amparo, del delito de apropiación indebida del que eran acusados, tanto por el Fiscal como por la acusación particular, les condenó, en cambio, como responsables de una falta de coacciones.

El TC estimó el recurso de amparo y declaró que se había vulnerado el principio acusatorio ya que “... si la ausencia de ánimo de lucro condujo al órgano judicial a entender que los hechos no podían ser calificados como apropiación indebida, ello no quiere decir que cupiese calificarlos como falta de coacciones sin la adición por el órgano judicial de instancia de una perspectiva jurídica respecto de la cual no existió; ni pudo existir debate procesal, pues tal calificación no se deducía de los hechos por los que se acusaba y que pasaron, sin alteración sustancial, a considerarse probados. En efecto, para la apreciación de los hechos como falta de coacciones (sólo diferenciable del delito por criterios cuantitativos, pero sometida a las mismas exigencias de tipicidad penal) no bastaba con la constatación de una genérica intención de coartar la libertad de obrar para la consecución de un fin determinado (en este caso garantizar el cobro de una deuda) y con que para tal conducta no se estuviese autorizado, sino que era preciso que la limitación de la libertad ajena constitutiva de la coacción se realizase por medios que pudieran tener encaje en el concepto de violencia que exige el art. 496 CP/1973 conforme al cual se enjuiciaban los hechos.

Pues bien, por más que el concepto de violencia exigido por el precepto legal haya sido entendido jurisprudencialmente con progresiva amplitud, cuya adecuación ahora queda extramuros de nuestro enjuiciamiento; es lo cierto que la concurrencia de tal elemento estuvo ausente del debate procesal desarrollado ante el Juzgado de lo Penal, y que sólo al apelar la Sentencia ante la Audiencia Procesal (cuando la vulneración del derecho ya se había producido) los demandantes de amparo tuvieron ocasión de rebatir la

conurrencia de la violencia exigida por el tipo penal aplicado, provocando entonces el primer razonamiento judicial, el de la Audiencia Provincial, sobre la aptitud de uno de los hechos imputados (el bloqueo informático de la cuenta corriente) para integrar o llenar la exigencia de un actuar violento en la conducta ilegítimamente cercenadora de la libertad ajena que constituye el núcleo esencial de la infracción penal por la que se condena.

La vulneración del derecho de defensa que así se produjo en la primera instancia es, además, insubsanable por la existencia de debate procesal en la segunda sobre la nueva perspectiva jurídica con la que fueron apreciados los hechos de la acusación. Ya tuvimos ocasión de afirmar en la STC 17/ 1988, de 16 de febrero que «la información en segunda instancia de la acusación formulada (de la nueva perspectiva jurídica, en este caso) no subsanaría el aducido defecto cometido en la primera, pues el resultado final de todo el proceso sería, que el acusado habría tenido una única ocasión de informarse y defenderse de la acusación; esto es, en la apelación; y, en consecuencia, se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías, y con ello, de la tutela judicial que las leyes le reconocen y el art. 24 CE le garantiza».

Todo ello conduce directamente a otorgar el amparo solicitado, pues se vulneró el derecho a la defensa en la medida en que se condenó a los demandantes como responsables de una infracción penal, uno de cuyos elementos integrantes no fue, ni pudo ser debatido a partir de las calificaciones efectuadas por las acusaciones y de lo debatido en el acto del juicio oral”

10.6 La congruencia en el recurso: La “*reformatio in peius*”

La *reformatio in peius* constituye un principio procesal del régimen de los recursos que persigue la prohibición de la indefensión. En efecto, este principio se infringe cuando la condición del recurrente empeora como consecuencia de su misma y única impugnación, aunque no, cuando ello se produce cuando se han formulado otros recursos de forma concurrente e incluso incidental, que permiten la oportunidad de oponerse a los mismos y utilizar contra ellos los medios de defensa que se estimen convenientes

La *reformatio in peius*, además de comportar indefensión para el recurrente que ve empeorada su situación en base a unos razonamientos que, obviamente, él no ha efectuado, constituiría, de aceptarse, un claro elemento de disuasión en la interposición de los recursos. Nadie se atrevería a interponer recursos si supiera que, aún recurriendo él sólo, el resultado podría ser peor que el que ya tenía

Para que pueda apreciarse una *reformatio in peius*, deben darse los siguientes requisitos:

1. Empeoramiento de una situación establecida jurisdiccionalmente con anterioridad al recurso

Debe existir una situación reconocida al recurrente, previamente por la decisión impugnada, situación que ha de ser agravada al resolverse el recurso. Por ello no hay *reformatio in peius* cuando la situación agravada no proviene de un órgano judicial, como es el caso de las sanciones laborales impugnadas ante los Juzgados de lo Social. Aunque la sanción laboral impuesta al trabajador sea agravada por el Juez sin solicitarlo el empresario, estaremos ante una incongruencia, pero no ante una *reformatio in peius*, porque la situación anterior, la sanción, no había sido impuesta por un órgano judicial, sino por el empresario (STC 206/1987 de 21 diciembre, BOE 8/1/88, JC XIX pág. 651)

Tampoco estaremos ante un caso de *reformatio in peius* cuando la resolución del recurso, confirma la desestimación de la demanda ya efectuada en primera instancia, puesto que no ha habido empeoramiento; puede haber incongruencia porque se desestime por motivos desconocidos o no alegados en el debate, pero no *reformatio* (ATC 648/1987 de 27 mayo, FJ 3, JC XVIII pág. 1133)

Hay que señalar que existe *reformatio in peius* aunque el agravamiento de la pena se produzca porque hubo un error en la petición de la misma por las partes acusadoras (STC 153/1990 de 15 octubre, BOE 6/11/90, JC XXVIII, pág. 191)

2. Que el empeoramiento sea consecuencia del propio recurso

Ese empeoramiento de la situación del recurrente debe ser como consecuencia de su propio recurso. Por ello, no se da la *reformatio in peius* si el ámbito del recurso se amplía como consecuencia de alegaciones concurrentes derivadas de otros recursos o de adhesiones al mismo

3. Que se haya producido verdadera indefensión

La *reformatio in peius*, como una especial manifestación de la incongruencia, tiene su justificación en la indefensión en la que coloca al recurrente. De ahí que el TC declare que la posibilidad de hacer alegaciones a las peticiones del Fiscal en la apelación, impide la indefensión y consiguientemente la *reformatio in peius* (STC 134/1986 de 29 octubre, BOE 18/11/86, JC XVI pág. 214)

Tema 11

La Ejecución de la Sentencia

Autores:

Francisco Domínguez Brito
Abogado

Francisco Chamorro Bernal
Abogado

Sumario

11.1 Derecho a la ejecución de la Sentencia y posible Indefensión en la misma.

11.2 La forma de ejecutar la sentencia.

11.3 La Inmodificabilidad de las sentencias.

**11.4 El aseguramiento de la futura sentencia: las medidas cautelares.
El Derecho a una Tutela Cautelar.**

11.5 El Seguimiento de la ejecución de la sentencia en materia penal.

11.1 Derecho a la ejecución de la Sentencia y posible Indefensión en la misma.

El cumplimiento de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes forma parte del complejo contenido del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales

Dice el Tribunal Constitucional que «la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (STC 167/1987 de 28 de octubre). La ejecución de las Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático, que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 de la Constitución (STC 67/1984 de 7 de junio)» (STC 92/1988 de 23 mayo, FJ 2, BOE 15/6/88, JC XXI, pág. 61).

De nada serviría haber tenido acceso a la jurisdicción, al proceso y a una resolución fundada en Derecho si luego ésta quedara sin cumplir. Tan importante es este aspecto de la tutela judicial efectiva que el TC llega a decir que «... difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes...»

A ese derecho a la ejecución también le es aplicable el principio *pro actione*: no puede denegarse la ejecución si no es en virtud de una norma legal, interpretada en el sentido más favorable y por resolución motivada, sin interpretaciones restrictivas. Por ello, «Una decisión de no ejecución de una Sentencia habrá de apoyarse así en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución, sin que sea constitucionalmente válida la inejecución o la no resolución sobre el fondo de la pretensión de ejecución, salvo que así se decida expresamente en resolución motivada (Sentencia 155/1985 de 12 de noviembre) ; en aplicación de una causa prevista por una norma legal y no interpretada restrictivamente. La denegación de la ejecución no puede ser, pues, arbitraria ni irrazonable ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental» (STC 33/1987 de 12 marzo, FJ 3, BOE 24/3/87, JC XVII pág. 377).

Por ello, el Juez debe apurar la posibilidad de ejecución total de la Sentencia (STC 148/1989 de 21 septiembre, BOE 18/10/89, JC XXV, pág. 63) y de ahí, por ejemplo, que la inembargabilidad de los sueldos de determinadas personas vaya en contra de este derecho a la ejecución (STC 140/1989 de 20 julio, BOE 10/8/89, JC XXIV, pág. 771)

Sin embargo, velar por la ejecución de la Sentencia es una cuestión de mera legalidad, salvo que afecte al derecho mismo a la ejecución. Y en este sentido, una cosa es que la Sentencia quede incumplida, algo que evidentemente afecta a la tutela judicial efectiva y otra distinta es que el Juez o Tribunal considere, en cambio, que la misma ha sido o no cumplida o que sea susceptible o no de ejecución ¹

De la misma forma, la homologación de una Sentencia extranjera para su ejecución a través del *exequatur* constituye también una cuestión de mera legalidad

Un supuesto especial de ejecución, del que se ocupa la STC 92/1988, lo constituyen las Sentencias declarativas. Efectivamente, una Sentencia meramente declarativa puede exigir el inicio de otro procedimiento para obtener una resolución de condena, pero en el planteamiento del TC está el que los Jueces y Tribunales deben agotar las posibilidades de ejecutar las Sentencias, aunque sea mediante un incidente de ejecución, antes de remitir al ciudadano a un nuevo procedimiento.

En el caso de la STC 92/1988, se trataba de un procedimiento de conflicto colectivo laboral en el que no se solicitaba la interpretación de una norma sino, el cumplimiento de una obligación de pago que afectaba a un grupo de trabajadores. La negativa del Tribunal Central de Trabajo a que se pasara a la ejecución de dicha Sentencia, que incluía una verdadera condena, da lugar a la estimación del amparo, diciendo el TC: «Ciertamente, el derecho a la tutela judicial no puede ser obstáculo para que, cuando efectivamente se trate de una Sentencia meramente declarativa, el órgano judicial correspondiente utilice aquella causa genérica para denegar una eventual petición de ejecución, pues en tal caso una decisión de ese tenor estaría plenamente justificada. Pero en un supuesto como el aquí planteado, al que no resulta aplicable esa causa, la denegación de la ejecución de una Sentencia que incluye un inequívoco pronunciamiento de condena carece de justificación y ha de considerarse contraria, en consecuencia, al derecho a la ejecución protegido por el art. 24.1 de la Constitución.» (STC 92/1988, *ibidem*, FJ 5, pág. 64)

1 «En el caso presente, no puede decirse que la Sentencia haya quedado incumplida, entendido el cumplimiento en sus términos jurídicos, pues el Tribunal Supremo, en los Autos impugnados, la ha declarado debidamente cumplida. Cuestión distinta es que los interesados entiendan que este pronunciamiento no es el adecuado, pero entonces el problema es de estricta legalidad y queda fuera del ámbito de este recurso.» (ATC 163/1984 de 14 de marzo, FJ 3; JC VIII pág. 1186).>, a salvo siempre la razonabilidad.

El derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes, que reconozcan derechos propios, sólo se satisface cuando el órgano judicial, que en principio las dictó, adopta las medidas oportunas para llevar a cabo su cumplimiento.

Por ello, cuando se adoptan medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución o que, aun siendo en principio adecuadas, quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentarlas, cabrá hablar, sin duda alguna, de una falta de tutela judicial efectiva, como cuando una Magistratura de Trabajo no es capaz de hacer cumplir a una empresa su obligación de reincorporar a una trabajadora en el momento de producirse una vacante (STC 33/1986 de 21 febrero, BOE 21/2/86, JC XIV, pág. 317 y ss). Porque aunque «... no compete a este Tribunal precisar cuáles sean las decisiones y medidas oportunas que en cada caso hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva;... sí le corresponde, en cambio, corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o el desfallecimiento de los órganos judiciales, para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos.» (STC 167/1987 de 28 octubre, FJ 2, BOE 21/11/87, JC XIX, pág. 251)

Por tanto, también cabe hablar de falta de tutela cuando el Juez o Tribunal permite que ese derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes pueda verse burlado por el fraude o la simulación de la parte obligada a su cumplimiento

Al respecto, la STC 167/1987 de 28 octubre, dictada en materia administrativa, pero perfectamente generalizable a todos los ámbitos procesales, es decisiva para que el ejecutante pueda oponerse a las maniobras dilatorias de la parte interesada en no cumplir una condena.

El supuesto de hecho era el siguiente: A un funcionario se le prohíbe, sin razón aparente, solicitar toda clase de destinos, por lo que recurre en vía contenciosa y obtiene la anulación de esa prohibición. Como consecuencia de ello, participa en un concurso y aunque con retraso, lo nombran para un puesto en el extranjero. Sin embargo, una vez nombrado, la Administración crea otro cargo paralelo al suyo y va despojándole de todas las facultades en favor del puesto de nueva creación, hasta el punto de que, cuando queda sin contenido, suprime el primer cargo y reclama al recurrente nuevamente a Madrid. El funcionario aduce el incumplimiento de la Sentencia, pero la Audiencia resuelve que se trata de cuestiones nuevas y distintas a las discutidas en el procedimiento contencioso. Planteado recurso de amparo, el TC lo estima.

De dicha importante Sentencia pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) El derecho constitucional a la ejecución no se satisface simplemente removiendo los obstáculos iniciales a la ejecución, sino que también hay que remover los posteriores, aquellos que derivan de una desobediencia disimulada (incumplimiento aparente o defectuoso, reproducción de nuevos actos que anulan lo ejecutado al ser incompatibles con su cumplimiento, etc...).

b) La remoción de los obstáculos, tanto iniciales como posteriores a la ejecución, no puede obligar a la parte a instar un nuevo procedimiento, sino que ésta tiene el derecho constitucional a que se resuelva en un incidente de ejecución, siempre, claro está, que no se trate de cuestiones nuevas no relacionadas con la propia ejecución. Y para el TC no es una cuestión nueva la ejecución por parte del condenado de un acto incompatible con la ejecución de la Sentencia, por más que ese acto sea posterior al fallo ya que «... el derecho a la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones firmes, de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el art. 24.1 de la Constitución. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional sobre la Administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental» (STC 167/1987 de 28 octubre, FJ 2, BOE 21/11/87, JC XIX, pág. 251)

Asimismo, la ejecución de las Sentencias tampoco puede ser paralizada cuestionando indefinidamente la forma de realizarla, a base de sucesivos recursos ya que «... resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, que la ejecución de una Sentencia pueda ser paralizada recurriendo las sucesivas providencias que ordenen esa ejecución y cuestionando así indefinidamente la forma de realizarla» (STC 193/1988 de 18 octubre, FJ 1, BOE 5/2/88, JC XXII, pág. 361)

Por último, en los trámites de ejecución, debe respetarse el derecho de defensa. Así, la STC 176/1985 de 17 diciembre estima un recurso de amparo por haber creado indefensión a una parte al no habersele dado la

posibilidad de cuestionar el valor de una moneda. La cuestión consistía en determinar si las decisiones del Juez de Distrito de Barbate por las que se fijó la equivalencia en pesetas del llamado franco-oro Poincaré, vulneraron el art. 24 de la Constitución en cuanto se tomaron sin contradicción entre las partes y, particularmente, sin la audiencia de la recurrente, la propietaria de un buque cuyo Capitán fue condenado por una falta de daños por imprudencia (art. 600 del Código Penal), condenándose además a la recurrente como responsable civil subsidiaria al pago de una cantidad que fue fijada por la Sentencia de apelación en la cantidad resultante de multiplicar las 496,77 toneladas del buque por 1.000 francos Poincaré, cuyo valor, se dijo, se acreditaría en ejecución de Sentencia.

El problema es que el Juzgado estableció ese valor para el franco Poincaré – que no era fácilmente determinable —, sin dar audiencia a la propietaria del buque

El TC recuerda que “... el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que reconoce el art. 24.1 de la Constitución, comprende el derecho a que el fallo judicial se cumpla, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones. Y es también evidente que por aplicación del mismo precepto constitucional, el derecho a la ejecución supone el de ejercitar en esa fase del proceso la defensa correspondiente a la protección de los propios derechos e intereses, cuando tal defensa resulta necesaria. Ello ocurre, para lo que aquí interesa, cuando la ejecución versa sobre una suma de dinero cifrada en moneda extranjera, cuando la equivalencia de esta moneda en moneda nacional no esta determinada ni es inequívocamente determinable por una simple operación aritmética a partir de los datos indiscutibles, como puede ser la cotización oficial de la moneda extranjera. Si ello no ocurre, la fijación de la equivalencia habrá de hacerse en forma contradictoria, para asegurar la defensa de las partes”

El TC llega a la conclusión de que “... la fijación del contravalor en pesetas del franco Poincaré, no pudo determinarse por una simple operación matemática no sometida razonablemente a discusión. En estas circunstancias la cantidad de la condena de la recurrente debe considerarse como no liquida y el Juzgado debe proceder por tanto para su liquidación al procedimiento contradictorio regulado en los arts. 928 y siguientes de la LEC, con todas sus garantías de contradicción, eventual prueba y recursos allí previstos” y al no haberlo hecho así, dejó en indefensión a la naviera propietaria del buque, motivo por el que estima el recurso de amparo y anula, en este sentido, la resolución judicial

11.2 La forma de ejecutar la sentencia

La ejecución de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes corresponde a los Jueces y Tribunales, quienes serán los que interpretarán los términos del fallo: «Corresponde a los Jueces y Tribunales competentes, en tal sentido, interpretar los términos del fallo a efectos de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, función ésta, en la que no puede subrogarse el TC, cuya competencia se limita al enjuiciamiento y eventual anulación de las decisiones que aquéllos tomen, cuando se consideren contrarias a la efectividad del derecho constitucional mencionado» (ATC 1286/1987 de 23 noviembre, FJ único, JC XIX pág. 1256) y ello, directamente o a través del oportuno incidente

El incidente de ejecución serviría para determinar si las concretas diligencias de ejecución que se interesen, derivan natural y lógicamente del fallo dictado: «... en ejecución de Sentencia solicitaba el cumplimiento de mandatos no recogidos en el propio fallo de manera expresa, por lo que no cabe deducir cualquiera que fuera la lógica intrínseca de sus pretensiones, que la Sala estuviera obligada a aceptarlas. En cualquier caso, la propia Sala, indicaba que el recurrente podía haber promovido un incidente «para tratar de justificar que la indicada fecha de 8 de septiembre de 1979 es la conforme con la declaración contenida en el fallo de la Sentencia», incidente que tampoco consta, que haya sido promovido.» (ATC 130/1986 de 12 febrero, FJ 1, JC XIV pág. 794)

El sentido del fallo no ha de extraerse de forma literal del mismo (STC 189/1990 de 26 noviembre, FJ 3, BOE 10/1/91, JC XXVIII, pág. 590); sino infiriendo del mismo sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi* y en armonía con el todo que constituye la Sentencia (STC 152/1990 de 4 octubre, FJ 3, BOE 6/11/90, JC XXVIII, pág. 188)

La ejecución ha de llevarse a cabo en los propios términos de la resolución, de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de la Sentencia, sin posibilidad de modificarlo, ya que ello comportaría una violación de la cosa juzgada y por el procedimiento que corresponda

Para llevar a cabo la ejecución, el propio órgano jurisdiccional ha de actuar «... con la intensidad necesaria — y legalmente posible — para remover la obstaculización producida...» (STC 67/1984 de 7 de junio, FJ 4, BOE 11/7/84, JC IX pág. 161-162), aunque debe garantizar la inalterabilidad del fallo y los derechos constitucionales de terceros. En ejecución no puede ser desposeído sin ser oído quien posea un derecho (precarista, subarrendatario...) siempre que no haya podido hacerlo antes (STC 198/1987 de 14 diciembre, BOE 8/1/88, JC XIX pág. 535)

Ahora bien, el que las resoluciones judiciales deban llevarse a cabo en sus propios términos, no quiere decir que no existan supuestos en los que legalmente puedan modificarse los términos de la misma. No siempre la ejecución ha de ser en sus propios términos, ya que cabe la ejecución por equivalente (STC 295/1987 de 21 diciembre, BOE 8/1/88, JC XIX pág. 637). Tan constitucional es la ejecución exacta del fallo como la previsión legal de que pueda sustituirse por una indemnización ²

Esa sustitución que tan sólo puede darse en aplicación de una ley y por resolución motivada ³, se produce, por ejemplo, cuando las Magistraturas de Trabajo sustituyen los despidos nulos que obligan a la readmisión, por una indemnización (ATC 700/1984 de 21 noviembre, JC X pág. 1214 y ss.) o cuando se transforma la entrega de una finca por una indemnización, debido al abuso de derecho (STC 194/1991 de 17 octubre, BOE 15/11/91)

A su vez, las condenas económicas contra la Administración se entienden ejecutadas cuando se consignan en los presupuestos⁴, por lo que puede considerarse como no efectuado un depósito para recurrir si no se ha iniciado siquiera el correspondiente expediente presupuestario (STC 99/1989 de 5 junio, BOE 4/7/89, JC XXIV, pág. 268)

No obstante, estos principios constitucionales que han de observarse en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, el legislador puede aplazarla transitoriamente siempre que ello obedezca a un motivo razonable y proporcionado, supuesto éste que se da en las limitaciones

-
- 2 STC 67/1984 de 7 de junio, FJ 4, BOE 11/7/84, JC IX pág. 161-162: «El derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la Sentencia, pues — como dijo ya la Sentencia del Tribunal 58/1983, de junio, fundamento jurídico 2, «Boletín Oficial del Estado» de 15 de julio — tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación.B) De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización.»
 - 3 «La falta de una resolución fundada en Derecho, en virtud de la cual se acuerde si procede, o no, seguir o conservar, en todo o en parte, en virtud del juicio de prevalencia omitido, da lugar a que los Autos impugnados vulneren el art. 24.1 de la Constitución y, en concreto el derecho a la ejecución de la Sentencia, cuya ejecución en su propios términos sólo puede ser sustituida, en aplicación de lo previsto en la Ley, mediante resolución fundada en Derecho...» (STC 109/1984 de 26 de noviembre, FJ 4, BOE 21/12/84, JC X, pág. 239)
 - 4 «Como quiera que en el caso presente la Administración Pública ha llevado a cabo las actividades necesarias con el fin de que en los presupuestos del Estado se consignen los correspondientes créditos, con el fin de que la Sentencia pueda ser cumplida y como tampoco aparece una conducta de la Administración que obstaculice los trámites precisos para que el pago se haga y el órgano jurisdiccional, que dictó la Sentencia, lejos de mostrar pasividad, se ha ocupado de que la Sentencia sea cumplida, en el momento actual no puede reconocerse lesión de los derechos de las recurrentes, por lo que su presente recurso de amparo debe ser desestimado.» (STC 61/1984 de 16 de mayo, FJ 4; BOE 18/6/84, JC IX pág. 93)

que para el ejercicio de este derecho prevé la Ley 23/1984 de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado que regula la liquidación de compañías aseguradoras

El derecho a la tutela judicial efectiva, implica que el fallo de la Sentencia se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: «El derecho a la tutela efectiva implica, como ha declarado este Tribunal (Sentencia 7/6/82, RA 234/82) no sólo el derecho a acceder a los Tribunales de Justicia y a obtener una resolución fundada en derecho, sino también el derecho a que el fallo judicial se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido» (ATC 354/1982 de 17 noviembre, FJ único, JC IV. pág. 936). Esta doctrina del TC añade una especificación más, al contenido de la nota de efectividad de la tutela judicial. No puede admitirse que el ciudadano resulte perjudicado, aun después de obtener la tutela a través de una sentencia.

La tutela judicial, para ser efectiva y no teórica, debe compensar al ciudadano si el cumplimiento de la Sentencia no puede ser completo y eficaz. Ese es el derecho que constitucionaliza el TC y que no se refiere, sin embargo, a los daños y perjuicios que sean consecuencia de una infracción o incumplimiento de parte y que pudieron solicitarse dentro del procedimiento

El principio general de derecho, según el cual «la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón», aplicado una vez obtenida Sentencia favorable, obliga a que se reconozca al ciudadano el derecho constitucional a percibir una indemnización si la Sentencia no puede cumplirse eficazmente.

11.3 La Inmodificabilidad de las Sentencia Firmes

Un elemental principio de seguridad jurídica impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar sus Sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos por el legislador (STC 102/1984 de 12 de noviembre, FJ 4, BOE 28/11/84, JC X pág. 162 y STC 12/1989 de 25 enero, BOE 20/2/89, JC XXIII, pág. 87), existiendo «... una innegable conexión entre la protección jurídica de la inmodificabilidad de las decisiones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución» (STC 119/1988 de 20 junio, FJ 2, BOE 12/7/88, JC XXI, pág. 344)

Esa inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, es a la vez una condición imprescindible para su adecuada ejecución: «También ha

sostenido este Tribunal que presupuesto para el ejercicio de tal derecho del justiciable, a instar la ejecución de lo juzgado es el principio de la intangibilidad de las Sentencias que «entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el art. 24.1 de la Constitución consagra...» (STC 119/1988, *ibidem*, pág. 345) que ni siquiera puede desconocerse por medio de otra resolución posterior, aunque quienes la hubieren dictado entendieran que la decisión primera no se ajustaba a la legalidad aplicable (STC 67/1984 de 7 de junio, FJ 4, BOE 11/7/84, JC IX pág. 161-162). En esta Sentencia, que estima parcialmente el amparo, se analiza la actuación de una Sala de lo Contencioso que había modificado una resolución anterior firme, dictada en ejecución de Sentencia, por entender que lo ajustado a la legalidad aplicable era lo contrario de lo que había decidido antes y ello en base a la posición mantenida en un Auto del Tribunal Supremo, dictado con posterioridad a aquella resolución firme.

La intangibilidad de las resoluciones judiciales obliga especialmente en tres momentos: 1) Desde el mismo instante en el que son firmadas por el órgano jurisdiccional que las dictó (a partir de entonces sólo cabe la aclaración del art. 267 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), no siendo posible ya declarar la nulidad de actuaciones — art. 240.2 de la misma LOPJ -); 2) A partir del momento de la firmeza de la resolución debe respetarse la cosa juzgada y la prohibición de que existan Sentencias contradictorias; 3) Y en el momento de su ejecución (prohibición de variación del fallo y de su contenido).

En cuanto al mal llamado recurso de aclaración — es tan sólo un remedio —, a través del mismo no pueden llevarse a cabo modificaciones de la Sentencia. En la STC 119/1988 de 20 junio el TC estima el amparo porque por la vía de aclaración se modificó el sentido de la condena en costas, al considerar que ello significó una improcedente variación del fondo de la Sentencia. El TC estimó que, por un lado, esa alteración del sentido de la condena en costas no podía deducirse directamente de los fundamentos de la misma y además, que constituía una vulneración del derecho a la efectividad de la tutela.

Por su parte, la STC 231/1991, delimita el concepto de error material, que es el único que puede ser subsanado a través del recurso de aclaración, señalando que es «... aquel cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones»

Obviamente, a través de una aclaración tampoco se puede modificar una resolución judicial firme, aunque la misma sea claramente errónea ni la aclaración puede efectuarse en cualquier momento, es decir, incluso después de los plazos establecidos legalmente (STC 16/1991 de 28 enero, FJ 2, BOE 25/2/91) ya que, si así fuera, se provocaría una evidente inseguridad jurídica. Por ello, la posibilidad de aclaración debe hacerse ciñéndose estrictamente a las disposiciones legales.

El principio de la cosa juzgada material, está conectado también con el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, ya que no es posible reabrir un proceso resuelto por Sentencia firme: «El principio de la cosa juzgada material, regulado en el artículo 1251 del Código civil despliega el efecto positivo de impedir que sobre un mismo litigio puedan pronunciarse varios fallos contradictorios, y en ese sentido se conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que la protección judicial podría carecer de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme...»(ATC 703/1986 de 17 septiembre, FJ 1, JC XVI pág. 641). Tal principio tiene, como efectos positivos, considerar lo declarado por Sentencia firme como la verdad jurídica y evitar que sobre la misma pretensión puedan dictarse diversos fallos contradictorios y como efecto negativo, hacer imposible que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre un mismo tema

Esta es la cuestión que se plantea en las siguientes Sentencias del TC:

a) La STC 43/1985. En ella se resuelve el siguiente supuesto: Promovido un juicio de mayor cuantía, se impugna la cuantía y mediante Auto, después del correspondiente incidente, se decide que debe tramitarse en juicio verbal. Seguido juicio verbal, el Juzgado de Distrito dicta Sentencia declarándose incompetente por razón de la cuantía y apelada ésta, el Juzgado de Primera Instancia correspondiente la revoca y ordena que se entre en el fondo. Dictada nueva Sentencia por el Juzgado de Distrito, estimó la demanda. Apelada esta segunda Sentencia del Juzgado de Distrito, otro Juzgado de Primera Instancia distinto del anterior la revoca, declarando nuevamente la incompetencia del Juzgado de Distrito⁵. Es evidente que lo acordado en el incidente de impugnación de cuantía,

⁵ “... es manifiesto que el derecho constitucional se vulnera cuando reanudando un debate ya extinguido en punto a la competencia el órgano jurisdiccional se abstiene de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto declarándose incompetente. Planteadas así las cosas, parece claro que en nuestro caso se ha vulnerado el derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución por cuanto la tutela que obtuvieron con la Sentencia de 13 de junio de 1983 se ha visto privada de efectividad, no ciertamente por el Juzgado de Distrito pero sí por el de Primera Instancia n.º 1, que desconoce el efecto de la cosa juzgada de dicha Sentencia obligando a las demandantes a intentar una nueva acción condenada al fracaso, replanteando la cuestión de la competencia.” (STC 43/1985 de 22 marzo, FJ 2, BOE 19/4/85, JC XI pág. 421)

que devino firme, no podía ser modificado con posterioridad y al hacerse, se vulneró el derecho a la tutela judicial en esta vertiente.

b) La STC 15/1986. En ella la Magistratura de Trabajo anula directamente una Sentencia propia ya firme, por fraude procesal en el emplazamiento, sin remitir a la parte al recurso de revisión. El TC estima el amparo y concede a la parte un nuevo plazo para que pueda repararse el fraude mediante dicho recurso de revisión⁶. Es claro que la Magistratura de Trabajo no podía anular directamente una Sentencia suya firme, existiendo la posibilidad del recurso de revisión

Este deber constitucional de respetar la cosa juzgada comprende también a las Sentencias meramente declarativas «... cuyos pronunciamientos deben ser respetados en aquellos otros procedimientos posteriores que versen sobre la aplicación práctica y ejecución de los derechos que las primeras declararon» (ATC 227/1986 de 12 marzo, FJ 3, JC XIV pág. 979)

Esa misma seguridad jurídica que vela por la cosa juzgada comporta, además, que no haya de aceptarse como irremediable una contradicción producida por el examen de unos mismos hechos por parte de dos jurisdicciones distintas (ATC 1019/1986 de 26 noviembre, FJ 2, JC XVI pág. 1253)

O dicho con palabras de la STC 24/1984: «En la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento jurídico 8 de nuestra Sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el art. 9.3» (STC 24/1984 de 23 de febrero, FJ 3, BOE 9/3/84, JC VIII pág. 298).

De ahí que, cuando a pesar de todo, por haberse dividido la contienda de la causa, se dan esas contradicciones en un supuesto penal concreto, el TC obliga a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre ello en el recurso de casación (STC 5/1991 de 14 enero, FJ 3, BOE 25/2/91)

Un supuesto típico de Sentencias contradictorias, nos lo ofrece la STC 158/1985 de 26 noviembre, en la que se examina el recurso de amparo interpuesto por una empresa que, a consecuencia de un accidente de trabajo en el que falleció un empleado, obtuvo dos Sentencias, una de la Sala de lo Contencioso-administrativo reconociendo que no había existido falta de medidas de seguridad en tal accidente, que consideró fortuito y otra de la Magistratura de Trabajo que le imponía un recargo en las prestaciones de Seguridad Social derivadas de dicho accidente, precisamente, por estimar que había existido falta de medidas de seguridad en su producción.

En esta Sentencia el TC se lamenta de que el legislador no haya previsto una solución para estos casos y ante esta situación (hoy recientemente subsanada legalmente), el remedio que da es establecer que la parte afectada siempre podrá hacer llegar al Juez o Tribunal que tenga que resolver en segundo lugar, la Sentencia firme anterior a fin de que respete los hechos declarados probados de ésta o bien motive adecuadamente por qué no los tiene en cuenta. Se trata de una solución similar a la que el TC da a los cambios de criterio en la aplicación de la Ley, cuando establece que los Jueces y Tribunales están obligados a seguir la aplicación de la Ley que han efectuado para un supuesto idéntico, a no ser que motiven razonablemente el cambio ⁷

En línea con ello, el Fallo del recurso de amparo declara la nulidad de la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo a fin de que éste respete los hechos probados de la anterior Sentencia firme, de la Sala de lo Contencioso o bien motive y razone su discrepancia con los mismos. Es decir, que el ciudadano tiene derecho a que la respuesta judicial que obtenga al problema planteado, no sea equívoca, cosa que se produciría si existieran resoluciones contradictorias sobre el mismo tema.

Si los mecanismos ordinarios (es decir, la alegación de una anterior Sentencia firme ante el órgano judicial que resuelve en segundo lugar) han sido incapaces de eliminar esa contradicción, parece evidente que la segunda Sentencia, que resuelve contradictoriamente con la primera ya firme, sin motivarlo razonablemente, vulnera la tutela judicial efectiva de aquel a quien favorecía la primera. En efecto, esa segunda Sentencia infringiría el principio de seguridad jurídica que se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado (art. 9.3 de la CE) y que, en el ámbito de la tutela judicial efectiva, se manifiesta en el derecho de quien obtuvo una Sentencia favorable a que la misma sea respetada en el futuro y a que no existan pronunciamientos judiciales contradictorios con ella.

Esta situación no se da si las resoluciones corresponden a dos jurisdicciones totalmente distintas, como pueden ser la penal y la laboral, en la primera de las cuales puede darse un sobreseimiento y en la segunda, en cambio, un despido por los mismos hechos, situación analizada por la STC 62/1984 de 21 mayo

6 «Como indicamos en la Sentencia 67/1984 de 7 de junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la CE) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, «revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad», sea ésta sustantiva o meramente objetiva.» (STC 15/1986 de 31 enero, FJ 3, BOE 5/3/86, JC XIV pág. 140) NB. La Sentencia en la última frase dice objetiva cuando debía decir adjetiva.

11.4 El Aseguramiento de la futura Sentencia: las Medidas Cautelares. El Derecho a una Tutela Cautelar

No sería admisible que en el momento de acudir a la ejecución de la sentencia obtenida, el beneficiario se encontrara que, durante la tramitación del proceso, la ejecución se hubiera hecho imposible. Ese es el objetivo de las medidas cautelares, asegurar que la futura sentencia no se pueda hacer ineficaz durante el proceso

Por eso, la finalidad de las medidas cautelares «... consiste esencialmente en el aseguramiento del derecho afirmado mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en fase ejecutiva una vez reconocido en la sentencia judicial...»⁸, aseguramiento que, en aras precisamente a la urgencia, puede llevarse a cabo incluso sin audiencia de los afectados⁹

Hasta la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), tales medidas estaban previstas, aunque de forma dispersa y asistemática, para el proceso civil y tan es así que los administrativistas propugnaban su aplicación al proceso contencioso-administrativo

Sin embargo, la situación cambió radicalmente a raíz, básicamente, de una importantísima Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de Luxemburgo y de la batalla librada por un ilustre profesor de Derecho administrativo. Nos estamos refiriendo a la Sentencia de 19 de junio de 1990 del citado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conocida como *Factortame* y a los comentarios que persistentemente le ha dedicado el Profesor GARCIA DE ENTERRIA¹⁰

7 «No se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en Derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, la contradicción no existe a su juicio.» (STC 158/1985, *ibidem*, FJ 6, pág. 402)

8 SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco; *Las medidas cautelares en el proceso civil*; Barcelona-1974, pág. 19.

9 Como ocurre con la medida cautelar del procesamiento (ATC 267/1983 de 8 junio, FJ 6, JC VI, pág. 829)

10 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; *La batalla por las medidas cautelares*; Ed. Civitas, Madrid, 1992

A raíz de esa Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y de los trabajos de GARCIA DE ENTERRIA, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo se ha situado en la vanguardia de esta materia en nuestro ordenamiento y ha construido, en lo contencioso-administrativo, una avanzada estructura sobre las medidas cautelares, si bien es cierto que, como la propia Sala se encarga de subrayar, ello venía gestándose ya en resoluciones precedentes.

Con anterioridad a la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y antes de la publicación de la nueva LEC, era arriesgado sostener en el ordenamiento español que la existencia y aplicación de medidas cautelares fuese una exigencia constitucional. Tan es así que recientes trabajos publicados sobre las medidas cautelares en el proceso civil, no incluían el aspecto constitucional de las mismas a través de la exigencia de la efectividad de la tutela judicial ¹¹ o cuestionaban incluso la existencia de una potestad cautelar genérica ¹². Y ello a pesar de que después de la Ley 34/1984 de 6 de agosto, el art. 1428 LEC establecía que el Juez podía acordar las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar *la efectividad* de la Sentencia que recayere.

Por su parte, el TC no ha sido pionero en este tema. Su primer pronunciamiento en relación a medidas cautelares se contiene en la STC 202/1987 de 17 diciembre en la que se estudia el amparo solicitado por quien, en una demanda de cien millones de cuantía y litigando con justicia gratuita, solicitaba anotación preventiva de la misma en el Registro de la Propiedad. El Juzgado accede a la anotación preventiva pero impone una fianza de 25 millones al actor, quien recurre en amparo pretendiendo la exención de la misma. En los FJ 5 y 6 de la Sentencia, desestimatoria del amparo, el TC establece:

1. Que la fianza, exigida al actor que litiga con justicia gratuita, es una garantía de la ejecución de la futura Sentencia, puesto que no deben olvidarse los derechos de la parte demandada y que su cuantía no puede relacionarse con la capacidad económica del que la pide, sino con los posibles daños y perjuicios que puedan causarse a la parte demandada.

11 VAZQUEZ SOTELO, José Luis; «La construcción del proceso cautelar en el derecho procesal civil español»; en JUSTICIA, año 1990, págs 809-853. En este trabajo, que hace un repaso de toda la doctrina española anterior y actual al respecto, no se recoge el requisito de la efectividad de la tutela judicial, prevista en el art. 24.1 CE, como posible fundamento de las medidas cautelares

12 ALONSO FURELOS, Juan Manuel; «Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar»; en JUSTICIA, año 1990; págs 339-403.

2. Que la doctrina sobre la proporcionalidad de las fianzas penales no es aplicable a los procedimientos civiles ya que en estos últimos, como se ha dicho, las fianzas no van ligadas a la capacidad económica de aquel a quien se imponen sino a los perjuicios que puedan causarse a la otra parte.

3. Que el importe de la fianza, si se motiva razonablemente, es una cuestión de legalidad ordinaria.

4. Que la no adopción de la medida cautelar, en este caso, la anotación preventiva de la demanda, por no haberse podido constituir la fianza, no impide la continuación de la demanda principal de la que es autónoma y por tanto, no elimina el acceso a la jurisdicción que garantiza el derecho a la tutela judicial.

La doctrina que parece derivarse del anterior punto 4 y de dicha Sentencia es que, primero, basta con que finalmente se dicte Sentencia para que se haya otorgado la tutela judicial y segundo, que las medidas cautelares no afectan al derecho a la tutela judicial efectiva porque el derecho a la ejecución que forma parte de aquélla, se reconoce con respecto a Sentencias firmes, no a Sentencias futuras ¹³

Entendemos que ambas tesis del TC no son acertadas y han sido contradichas por el TS, con más acierto desde luego, cuando en el Auto de 20 de diciembre de 1990, de su Sala 3.^a, que seguidamente analizamos, afirma que «... mientras no haya sentencia firme no puede decirse que se ha otorgado tutela judicial efectiva y, por tanto, subsiste el derecho a una tutela cautelar que, *rebus sic stantibus*, debe otorgarse o, en su caso, mantenerse».

A nuestro entender, al razonar así la Sentencia 202/1987 del TC no distingue entre dos cuestiones claramente diferenciadas: una, el derecho a la ejecución de la Sentencia firme y otra, la que verdaderamente plantean las medidas cautelares, que es la de asegurar que cuando se dicte la Sentencia, ésta pueda realmente ejecutarse. La facultad/necesidad de que el Juez tome las medidas precisas para que en su día, la Sentencia a dictar pueda ejecutarse hay que entenderla, en contra de lo que parece sostener el TC, derivada no del derecho general a la tutela (obtención de una resolución) sino, específicamente, a través del derecho a la efectividad de la misma.

El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente, del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque ese derecho *ha de poder asegurar* el cumplimiento futuro de la Sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela. O en palabras del TS en la resolución que más adelante reseñamos, la tutela judicial efectiva implica una previa tutela cautelar.

A la conclusión obtenida en el epígrafe anterior, se llega también dando un rodeo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, concretamente, a través de la Sentencia de 19 de junio de 1990, Sentencia conocida como *Factortame* (Arrêt C-213/89), ya citada, en la cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores en relación a si los Tribunales de los Estados miembros, al aplicar derecho comunitario, están obligados a/o pueden adoptar medidas cautelares, aun en contra de su derecho nacional.

El referido Tribunal, en su resolución no afirma que los Jueces que apliquen derecho comunitario estén obligados a adoptar medidas cautelares, sino que establece que toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que pudiera impedirles tomar esas medidas cautelares a fin de *garantizar la plena efectividad de la decisión jurisprudencial*, es incompatible con el derecho comunitario (parágrafos 20 y 21 del Arrêt).

GARCIA DE ENTERRIA comentando esta Sentencia considera que una tutela judicial efectiva, requiere como condición *sine qua non*, ese poder instrumental cautelar¹⁴ y entiende que la misma ha proclamado un nuevo principio general, a saber, el de que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón», principio ya enunciado por Chiovenda y que no considera se cumpla en nuestro ordenamiento ya que el proceso, que debería ser una garantía para quien tiene razón, se convierte de hecho en un premio para quien no la tiene. Por ello defiende el procedimiento francés del *référé* como proceso cautelar que permite una protección casi inmediata al *fumus boni iuris*, remitiendo la decisión definitiva sobre el fondo a un proceso plenario ulterior¹⁵, propuesta recogida en el reciente LEC a través del proceso monitorio

13 «En efecto, según todo lo expuesto, no puede decir esa parte que su derecho al proceso le ha sido impedido por el Auto en cuestión. Lo que dicha resolución le ha suspendido — no impedido — es la constatación registral de una petición accesoria del derecho principal y material que ejercita en el proceso en el que esa petición se formula, proceso que sigue sus trámites y en el que se decidirá en consecuencia. La anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en Sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución. Pero esa dificultad hipotética es también la que puede afectar a la parte demandada, a quien la Ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el Juez, la concesión de una petición accesoria de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso» (STC 202/1987, *ibidem*, FJ 6, pág. 621).

14 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo», en REDA, Cívitas n.º 63, jul/sep 1989, pág. 431

15 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; «La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares»; PODER JUDICIAL, n.º 20, 1990, pág. 9-20

Cita también la Sentencia n.º 180 del Tribunal Constitucional Italiano de 26 de junio de 1985, que declaró inconstitucional el que tan sólo pudiera utilizarse como medida cautelar frente a la Administración la suspensión —situación idéntica a la española en el momento en que escribía— y concluye preguntándose si los Tribunales españoles dispondrán de más poder cautelar cuando apliquen derecho comunitario que cuando apliquen derecho interno, es decir, si las normas comunitarias pueden tener una tutela más efectiva que las nacionales.

Evidentemente hay que concluir con GARCIA DE ENTERRIA y con el TS, que en el derecho nacional español, el Juez o Tribunal está facultado ex art. 24.1 CE para aplicar todo tipo de medidas cautelares en garantía de la efectividad de la tutela, facultad que ya está reconocida en la nueva LEC.

Esa jurisprudencia comunitaria y sin duda, los trabajos del Profesor GARCIA DE ENTERRIA han propiciado que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo haya dictado importantes resoluciones, como es el Auto de 20 de diciembre de 1990: «... este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado general en la sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de julio de 1990, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón ... Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que, contra lo que una estrecha interpretación de aquel artículo 122 de la ley jurisdiccional parece postular, nuestro derecho nacional — al margen incluso de su inescusable inserción en el sistema comunitario — alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)»

Es decir, que en dicha resolución pueden encontrarse, como dice GARCIA DE ENTERRIA, los siguientes principios: a) La existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar ex art. 24 CE; b) La articulación de ese derecho fundamental alrededor del principio *fumus boni iuris*; c) La recepción del principio general de derecho de que «la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón»; d) El desplazamiento, en la motivación de las medidas cautelares, de la reparabilidad o no de los perjuicios, hacia la apreciación o no del *fumus*; e) La admisión de todas las medidas cautelares que sean necesarias

Ello ha animado también a las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, a perder el miedo a las medidas cautelares frente a la Administración, atreviéndose a decretar medidas cautelares positivas, que obligan a la Administración a realizar actuaciones concretas, a diferencia de la tradicional medida cautelar que consistía simplemente en la suspensión del acto impugnado.

Como acabamos de ver, la potestad cautelar forma parte del derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial. No obstante, la concesión de la cautela en un supuesto concreto por parte del órgano jurisdiccional, a reserva siempre de que la resolución reúna los requisitos de motivación, fundamentación y razonabilidad, no es un tema constitucional sino de legalidad ordinaria.

En el aseguramiento de la efectividad de una futura Sentencia el legislador ha concedido al Juez ordinario una amplia discrecionalidad en la que el TC no puede entrar, salvo en las circunstancias que hemos dicho. Y es que en las medidas cautelares está en juego un difícil equilibrio entre las posiciones mantenidas por los actores y los demandados, equilibrio que es típico, característico y exclusivo de la actividad jurisdiccional, que no constitucional, ya que, para poder juzgar la oportunidad/necesidad de una medida cautelar hay que entrar obligatoriamente en las circunstancias concretas del caso, acto puramente jurisdiccional — competencia exclusiva del poder judicial ex art. 117 CE — y que está, en principio, vedado al TC.

Sintetizando, pues, diremos que la *posibilidad* en abstracto de que el Juez acuerde medidas cautelares es una exigencia constitucional de la plenitud de su jurisdicción, precisamente para garantizar que la misma sea efectiva. Asimismo, la decisión concreta sobre determinadas medidas cautelares es un estricto acto jurisdiccional que no podrá tener acceso al TC, salvo que no reúna los requisitos exigibles a toda resolución judicial.

A modo de resumen de cuanto hemos dicho, el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial, confiere al ciudadano, en relación a las medidas cautelares, los siguientes derechos susceptibles de ser defendidos ante el TC:

a) El derecho a solicitar la adopción de medidas cautelares para evitar la ineffectividad de la resolución final a dictar. En este sentido, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva el Juez o Tribunal que no admitiera en cualquier proceso, en cualquier momento y sea cual fuere la medida cautelar solicitada, dicha petición.

b) El derecho a ofrecer al órgano jurisdiccional los medios probatorios que, guardando la debida proporción con el proceso principal donde se plantea, sean precisos razonablemente y en forma preliminar, para acreditar bien el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*. Y ello, a pesar de las limitaciones que el legislador haya podido establecer al respecto, que podrían ser inconstitucionales ya que, dada la finalidad de la medida cautelar, lo importante es la rapidez con que el Juez pueda adquirir el convencimiento del peligro de pérdida del objeto del proceso, no el medio a través del que lo obtenga.

c) El derecho a obtener del órgano jurisdiccional, respecto a esa solicitud de medidas cautelares, una resolución que reúna los requisitos de toda resolución judicial. En aras a su deber constitucional de promover la efectividad de la tutela judicial, el Juez o Tribunal, valorando razonable y proporcionadamente los intereses en cuestión, ha de pronunciarse respecto de la medida cautelar interesada de una forma motivada.

d) El derecho a que la decisión judicial sobre medidas cautelares garantice la permanencia, durante el proceso, del derecho o interés jurídico a tutelar, de tal forma que si, por la ausencia o insuficiencia de la decisión adoptada en relación a la cautela, se pierde el objeto del proceso, podrá haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

11.5 El seguimiento de la ejecución de la Sentencia en materia Penal

Ya hemos visto el derecho a la ejecución que tiene el ciudadano que ha obtenido una sentencia favorable y cómo el Juez ha de velar por que la misma se cumpla.

En la jurisdicción penal, la supervisión de la ejecución de la condena, que de por sí posee una características especiales, ha sido asignada por el legislador español a un Juez especial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria

La Ley Orgánica 1/1979 de 26 septiembre dedica, en su Título V, al Juez de Vigilancia Penitenciaria los siguientes artículos:

“Artículo 76.

1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

Artículo 77.

Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Artículo 78.

1. En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las Leyes correspondientes.

2. Los Jueces de Vigilancia tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción”

Como prueba de la importancia de la labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria, podemos citar la STC 31/1999 de 8 marzo en la que la decisión firme de aquél se impone a la propia Audiencia Provincial que había sido el Tribunal sentenciador.

El supuesto de hecho era el siguiente:

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de noviembre de 1995 dictada en el recurso de casación dimanante de la causa 26/1993 de la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Gerona (sumario 1/1993 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Blanes), condenó al hoy recurrente como autor de un delito de violación y una falta de lesiones, con la atenuante de minoría de edad, a las penas de diez años de prisión mayor, por el delito y quince días de arresto menor, por la falta.

Por Auto de 25 de mayo de 1996, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona procedió, en aplicación de las disposiciones transitorias primera y segunda del Código Penal de 1995, a la revisión de la pena impuesta al recurrente, sustituyendo las impuestas por las de cinco años y seis meses de prisión por el delito de violación y la de arresto de cinco fines de semana por la falta de lesiones. Dicho auto no fue recurrido.

Posteriormente, la misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona, por Auto de 12 de agosto de 1996, aprobó la liquidación de la condena de privación de libertad del recurrente resultante de la revisión efectuada. Concretado el tiempo de duración total de la condena en 2.015 días de prisión y, teniendo en cuenta el tiempo ya cumplido en prisión preventiva, se declararon pendientes de cumplimiento (a fecha de 17 de enero de 1996) un total de 1.696 días. En esta resolución la Audiencia no abonó el tiempo que el recurrente había redimido por el trabajo con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Contra dicha resolución el hoy demandante de amparo, interpuso recurso de súplica, alegando que no se había tenido en cuenta en la liquidación los beneficios penitenciarios (redenciones ordinarias y extraordinarias) que había obtenido hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y que habían sido aprobados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona, que ascendían, hasta el día 17 de enero de 1996, a un total de 331 días, quedando pendiente de liquidación el período de tiempo comprendido entre la fecha señalada y el 25 de mayo de 1996, fecha de entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Por Auto de 9 de octubre 1996, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la liquidación practicada. En el fundamento de derecho único, la Sala razona que el criterio adoptado era el mismo que el seguido al efectuar la revisión de ejecutorias en virtud de la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995 y que no era otro que «aplicar en su integridad uno u otro Código sin crear *ex novo* un tercer texto punitivo cogiendo lo más beneficioso de cada uno de aquéllos, lo que en absoluto resulta ni de la letra ni del espíritu de las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal».

En la demanda de amparo se alega, al respecto, que los autos impugnados no han tenido en cuenta, a la hora de practicar la liquidación de la condena, los autos firmes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona que habían aprobado sus redenciones ordinarias y extraordinarias de pena, en contra de la doctrina establecida en la STC 174/1989 sobre la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y en virtud de una interpretación de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, del nuevo Código Penal, que no se compadece con lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1996.

En su Sentencia, el TC señala:

a) En su FJ 4, que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es el competente exclusivamente en temas de beneficios penitenciarios: "4. En relación con la redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos, que preveía el art. 100 del derogado Código Penal, Texto Refundido de 1973, es doctrina de este Tribunal, sentada a partir de la STC 174/1989, la de que el reconocimiento de dicho beneficio penitenciario, que afecta directamente a la libertad de los penados, corresponde en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria para ser tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador para la liquidación de condena, y que un auto del Juez en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, salvo que sea recurrido o sea revisado en los supuestos legales en que así se prevea, deviene firme e intangible. El beneficio de redención de penas por el trabajo no aparecía legalmente configurado, como un beneficio condicional que podía ser revocado en determinados casos, puesto que incluso en los supuestos en los que el penado quedaba inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afectaba a los días ya redimidos. Por ello, en principio, la modificación o inejecución de los autos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, sin base legal para ello, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende, conforme a constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la ejecución e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes (SSTC 174/1989, antes citada, y 67/1991, para las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria).

b) Que a pesar de no poder entrar en temas de legalidad ordinaria ¹⁶, decide que "... procede el otorgamiento del amparo solicitado, puesto que los autos impugnados, al excluir sin fundamentación razonable los beneficios penitenciarios reconocidos al recurrente por resoluciones firmes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en relación con el derecho a la libertad del art. 17.1 CE, del recurrente de amparo" (FJ 7)

16 "Conviene precisar, no obstante, que el objeto de nuestro análisis no es la interpretación y aplicación de las previsiones contenidas en la disposición transitoria segunda del Código Penal de 1995, cuestión esta de estricta legalidad penal que corresponde resolver en exclusiva a los órganos competentes de la jurisdicción penal. Tampoco se trata de corregir o revisar, desde la perspectiva de legalidad ordinaria, la liquidación de condena del recurrente aprobada por la Audiencia Provincial, pues también esta cuestión compete en exclusiva a los órganos judiciales. La función de este Tribunal ha de limitarse a comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas, contra las que no cabe recurso ordinario alguno, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), pues nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, en especial cuando se trata del derecho a la libertad, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 26/1981; 245/1991; y 71/1994)" — FJ 3 —

11.6 Aproximaciones a las particularidades del proceso en República Dominicana.

La ejecución de una sentencia va ligada necesariamente al sistema de administración de justicia de una nación.

Se entiende como ejecución penal, de acuerdo con la definición del Magistrado Luis Fernández Arévalo, en su artículo referente al tema, en la Obra “Constitucionalización del Proceso Penal”, como “la actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden, a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal firme”.

Ante el surgimiento de una litis o una disputa, el Estado ha creado una institución cuyo objetivo es la búsqueda de una solución a la controversia. Por el hecho de vivir en sociedad, aceptamos esa instancia como portadora del conocimiento para establecer la verdad y presumimos, que una decisión irrevocable de un sistema de administración de justicia, es una verdad absoluta que ningún otro poder de la tierra puede contradecir. Sin embargo, esta presunción de verdad no tendría ningún valor y sería letra muerta si el mismo Estado no garantiza su ejecución.

De nada vale una decisión, por mas apegada a la verdad y más fundamento jurídico que tenga, si no existe el procedimiento para imponerla. Por todo esto la ejecución de la sentencia y el mecanismo para ello, son elementos indispensables para todo sistema de administración de justicia. Sin ellos la justicia sería inoperante o casi inexistente. No tendría razón de ser y mejor sería volver al sistema de ojo por ojo y diente por diente.

Las Constituciones de muchos países establecen normas generales, que de una manera u otra tienden a garantizar la ejecución de las decisiones judiciales. La Constitución Dominicana en su artículo 8 establece como finalidad principal del Estado “la protección efectiva de los derechos de la persona humana”, en consecuencia deberá garantizar el cumplimiento de toda decisión emitida por los tribunales de la República, que tienda a la protección de esos derechos. Un desacato a una decisión judicial, como consecuencia de la voluntad del órgano llamado a ejecutarla o por ineficiencia del sistema, es una violación a la norma establecida en la Constitución.

En lo que respecta a los acuerdos internacionales suscritos por la República Dominicana, el artículo 25 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos señala “que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violencia sea cometida por personas

que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Asimismo, expresa que los Estados se comprometen a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión, en que se haya estimado procedente el recurso.

En igual sentido, se pronuncia El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. En su artículo 3 señala “que los Estados suscribientes del Pacto se comprometen a garantizar los recursos contra la violación de sus derechos y de manera particular el compromiso de las autoridades competentes de cumplir toda decisión “en que se haya estimado procedente el recurso”.

Como podemos observar la ejecución de las decisiones judiciales es un elemento esencial, como garantía de la protección de los derechos de todo aquel que accede al sistema de administración de justicia. El Estado tiene el compromiso de hacer cumplir toda decisión que emane de los tribunales como consecuencia de los recursos que ante estos se presentan, por lo que el establecimiento de procedimientos para tales fines y su estudio son a la vez indispensables para su aplicación.

I.- ALCANCE

Es sumamente importante determinar el alcance del Principio de Ejecución Penal. Esto así, por que la ejecución está ligada a diferentes modalidades y a condiciones para su ejercicio que pudieran prestarse a confusión. También lo es establecer la naturaleza de la ejecución penal, la cual más que una decisión de carácter administrativa, es de naturaleza procesal, y en algunos casos nos atreveríamos a decir jurisdiccional.

De acuerdo con la nueva legislación procesal penal dominicana, el Juez tiene facultades, propias de su función jurisdiccional, que le permite determinar y establecer las modalidades de la ejecución de la sentencia. Cuestiones como el perdón judicial y otras normas establecidas y que facultan al tribunal en lo que respecta al cumplimiento de la pena, le otorgan una naturaleza más allá de la mera administrativa.

A.- CONDICIONES PARA LA EJECUTORIEDAD

1. - DECISIONES IMPERATIVAS

La ejecución de una sentencia va ligada a la decisión o fallo de un tribunal. Este es el resultado de una litis o conflicto en el que las partes, o una de ellas, recurre por la vía contenciosa ante los tribunales estatuidos,

en procura de la solución de su problema, sea a través de una restitución o de una indemnización moral o pecuniaria.

Cuando ese fallo no admite mas recursos, sean de apelación o revisión, decimos que adquiere la autoridad de la cosa juzgada y en consecuencia se hace imperativa la ejecución de esta decisión a todos los actores del sistema. Tanto el juez de la ejecución o el Ministerio Público, pierden la independencia que en determinados casos pudieran tener y deben plegarse a la imperatividad de la decisión, que es la que le da la eficacia.

El nuevo Código Procesal Penal Dominicano, en lo adelante (NCPP), en su artículo 436 señala que “el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley. Como podemos observar, la ejecución de la sentencia penal está condicionada a la irrevocabilidad de la misma y a la vez está limitada a las normas establecidas por la ley.

a) Sentencia Irrevocable

Las sentencias irrevocables son aquellas que no pueden ser recurribles por los medios y en los casos establecidos por la ley. Salvo disposición expresa cualquier recurso suspende la ejecución por lo que la misma pierde el carácter imperativo requerido para su ejecutoriedad. En los casos donde se agotan las posibilidades de control de esa decisión por una instancia superior, las mismas alcanzan el grado de firmeza.

Estas sentencias que por disposición de la ley no admiten ningún recurso o por que admitiéndolo ha transcurrido el plazo establecido por la ley sin que ninguna de las partes lo haya interpuesto, son las denominadas sentencias firmes, las cuales por su naturaleza son obligatorias para las partes.

b) Normas de Ley

La ley establece claramente los casos en que una sentencia es susceptible de algún recurso. Tanto la apelación como la casación, señalan las razones o motivaciones para su interposición. Así, normas o principios como el de oralidad o la inmediatez deben ser respetados o de lo contrario la sentencia pudiera ser revocada. Inobservancia o errónea aplicación de disposiciones de orden legal, igualmente pueden ser razones para recurrir estas decisiones. En todo caso, la ley establece diferentes límites y persigue, una vez agotado el recurso o el tiempo para la interponerlo, la imperatividad de la sentencia.

Es conveniente señalar que este requisito de irrevocabilidad para la ejecución es indispensable para aquellas sentencias que en materia penal, ordenan prisión. Aquellas sentencias que ordenan la libertad del imputado, no obstante estar abierto recursos contra ella por mandato de la ley, deben procederse a su ejecución.

En lo que respecta al recurso de Apelación, el artículo 424 del NCPP señala que cuando por efecto de la decisión del recurso, debe cesar la privación de libertad del imputado, la Corte de Apelación ordena su libertad, la cual se ejecuta en la misma sala de audiencias, sí el imputado está presente.

Igual sucede con las decisiones del juez de la instrucción que conllevan auto de no ha lugar, el cual concluye el procedimiento respecto al imputado y hace cesar las medidas de coerción impuestas.

En los casos de absolución por ante los Juzgados de Primera Instancia, también deberá ordenarse la libertad del imputado y de las medidas de coerción. Igualmente, según el artículo 337 del indicado Código, “la libertad del imputado se hace efectiva directamente desde la sala de audiencias y se otorga aun cuando la sentencia absolutoria no sea irrevocable o se haya presentado recurso”.

En términos prácticos, tal obligación de puesta en libertad desde la misma sala de audiencias, confrontará la dificultad de establecer un procedimiento,, para aquellos casos donde dicho imputado tiene otros procesos pendientes y en consecuencia otros motivos para permanecer recluso.

2. - DISTINCIÓN DE MEDIDAS

La ejecución penal no siempre tiene que ver con sentencias propiamente dichas, sean condenatorias o absolutorias, sino también que existe una serie de medidas cuya ejecución es indispensable a los fines de que pueda conocerse el proceso. Entre esas medidas encontramos las que tienen como fin garantizar los derechos de los presuntos imputados y las de control sobre el cumplimiento de las mismas.

Así nos encontramos, que no puede realizarse ningún registro en la morada o la vivienda, sino cuenta con la autorización expresa del tribunal o Juez. Esta norma legal se le impone al Ministerio Público o al oficial policial actuante. Lo mismo ocurre con otras decisiones que versan sobre derechos fundamentales, como sería el de la privacidad en las telecomunicaciones. En estos casos, la autorización de la intervención telefónica sólo es posible por el juez de la instrucción competente y bajo las modalidades que éste señale de conformidad con la ley.

Existen otras decisiones que tienen que ver con medidas de coerción, y que tampoco son propiamente sentencias sobre el fondo de un asunto. En estos casos igual deberá existir una orden de juez para su validez. Aun más, en los casos de prisión preventiva, el juez está obligado a su revisión cada cierto tiempo. De acuerdo con el artículo 239 del NCPP, el Juez examinará cada tres meses, los presupuestos de la prisión preventiva y según el caso, ordenará su continuación, modificación o sustitución por otra medida, como sería la libertad del imputado.

B.- MODALIDADES

Existen diferentes tipos de sentencias penales, que por su naturaleza, su ejecución varía sustancialmente. Así, nos encontramos con las sentencias de aplicación general, las cuales versan sobre los aspectos de prisión y multas y otras que llamamos alternativas que se refieren a las que se producen como consecuencia del procedimiento de la resolución Alternativa de Disputas y las del Principio de Oportunidad.

1. - DE APLICACIÓN GENERAL

La naturaleza sobre las decisiones a ejecutar en materia penal son de manera general penas de prisión o penas pecuniarias.

a) Pena de Prisión

Tal y como hemos señalado sólo las sentencias de condenación irrevocables pueden ser ejecutadas. El juez de la ejecución de la pena, luego de producirse las comunicaciones e inscripciones correspondientes y de recibir la sentencia de manos del tribunal que la dictó, procede a su ejecución. Asimismo, el Juez de la Ejecución debe remitir la orden al establecimiento donde el imputado cumplirá la condena. En caso de que la persona condenada se encuentre en libertad deberá tomar todas las medidas de lugar a los fines de su localización y apresamiento.

Es conveniente señalar, que este principio de ejecutoriedad de la sentencia presenta ciertos límites, como pudiera ser, la prescripción de la pena. De acuerdo con el artículo 439 del NCPP opera la prescripción cuando transcurre el plazo de diez años para las penas privativas de libertad cuya sanción excede los cinco años. De cinco años, cuando transcurre el plazo para las penas privativas de libertad iguales o menores de cinco años. Asimismo el plazo de un año cuando se trata de contravenciones y penas privativas de libertad. La prescripción de la pena se computará a

partir del pronunciamiento de la sentencia irrevocable o desde el quebrantamiento de la condena.

Cabe resaltar que el tribunal, al momento de fijar la pena, debe tomar en consideración las condiciones particulares del imputado, para los casos que se requiera un régimen especial en el cumplimiento de la sanción. Entre estos aspectos a tomar en cuenta nos encontramos con la edad del imputado, de manera particular, si sobrepasa los setenta años de edad; si sufre de alguna enfermedad terminal o si está en un estado de demencia. Cuando la imputada se encuentre en estado de embarazo o lactancia o cuando exista adicción a drogas o alcohol. En estos casos el tribunal tiene la facultad de decidir sobre diferentes modalidades de ejecución entre las que encontramos la posibilidad de que el cumplimiento se verifique parcial o totalmente en el domicilio del imputado, en un centro de salud mental, geriátrico, clínico o de desintoxicación. Este último aspecto, es importante resaltar ya que desde el punto de vista estadístico, entre el nueve y el once por ciento de los casos que entran al sistema penal se trata de casos de drogas. Respecto del sistema penitenciario aproximadamente el catorce por ciento de los reclusos cumplen penas por ese motivo, de los cuales una parte considerable es por consumo.

La ejecución de la sentencia de prisión está ligada también a la libertad condicional de la misma. En los casos que proceda según la ley, el juez está obligado a vigilar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución que lo dispone. En caso de incumplimientos de esas condiciones se puede revocar la libertad condicional, ordenándose la captura del imputado beneficiado de la libertad condicional y su remisión al recinto carcelario a solicitud de parte.

b) Pena Pecuniaria o de Multa

El sistema de justicia penal establece no sólo la sanción de prisión en los casos de la violación de la ley penal, sino también de multa. Ante tal situación, el juez de la ejecución de la pena estaría obligado a concretizar el cumplimiento de la decisión que ordena la multa. En caso de no pago el juez ordenará transformar la multa en prisión. No obstante podrá buscar otras alternativas de sustitución como pudiera ser el trabajo comunitario, entrega de bienes o aún ampliar el plazo o establecer el mecanismo de cuotas.

Esta última decisión es importante tenerla en cuenta. En muchos casos el imputado no está en condiciones materiales de realizar el pago, por lo que convertir la multa en prisión sin la posibilidad de tomar en cuenta otras medidas, sería desnaturalizar el objetivo de esta modalidad de pena. Las cárceles en nuestro país no permiten la reeducación y posterior

reinserción en la sociedad de la persona que ha violentado la ley. Cuando se establece la pena de multa es por que la infracción no es de extrema gravedad, ni compromete de manera sustancial una violación al orden público. Por todo esto, es muy importante que el juez apoderado haga lo posible a través de los diferentes mecanismos establecido por la ley para evitar que un condenado a multa sea reducido a prisión.

– ALTERNATIVAS

a) Principio de Oportunidad

Dentro del sistema de administración de justicia penal existen otras modalidades de decisiones que no son sentencias propiamente dichas, pero que igual, tienen fuerza ejecutoria como si lo fueran. Nos referimos a aquellas decisiones ,que son fruto del uso del principio de oportunidad de no-persecución de la acción penal y aquellas que se derivan, como consecuencia de la conciliación entre las partes.

El nuevo código procesal penal en su artículo 34 establece el principio de oportunidad de la acción pública, en que el Ministerio Público, mediante dictamen motivado prescinde de la acción. Sin embargo, esta decisión, de ser adoptada de conformidad con los límites establecidos en la ley, puede ser objetada por la víctima o el imputado de manera formal ante el juez de la instrucción, quien convocará a las partes para una audiencia.

La aplicación definitiva e irrevocable de principio de oportunidad para prescindir de la persecución penal, extingue la acción pública con relación al imputado a favor del cual se ha dispuesto, por lo que la decisión se hace ejecutoria y obligatoria.

b) Conciliación

En los casos en que proceda la conciliación de conformidad con lo establecido por la ley, el acta de acuerdo, en principio tiene fuerza ejecutoria. El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal, salvo que una de las partes imputada incumpla con lo pactado, en cuyo caso, el procedimiento continúa como si no se hubiese producido la conciliación.

Como podemos observar, de conformidad con la reforma procesal penal, el control de la ejecución penal de las sentencias se ha judicializado, no sólo en la forma y lo referente al tiempo que el imputado deberá permanecer en prisión, sino también en lo referente a un control sustancial que tiene que ver con el respeto a los derechos y a la dignidad de la persona reclusa.

En su obra *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, el Profesor Alberto Binder señala “que judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena, sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación, sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria”

II.- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

A.- AUTORIDAD COMPETENTE

1. - JUEZ DE EJECUCIÓN DE LA PENA

De acuerdo con el artículo 74 del Nuevo Código Procesal Penal los Jueces de Ejecución Penal tienen a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la substanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena.

De manera particular, dentro de las atribuciones del Juez de la Ejecución de la Sentencia nos encontramos con las siguientes:

a.- Controla el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias;

b.- Resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución;

c.- Dispone de las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios que sean necesarios;

d.- Puede hacer comparecer ante sí a los condenados o a los encargados de los establecimientos con fines de vigilancia y control;

e.- Dicta, aún de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, y ordena a la autoridad competente para que en el mismo sentido expida las resoluciones necesarias;

f.- Controla el cumplimiento de las condiciones impuestas en la

suspensión condicional del procedimiento, según los informes recibidos, y en su caso, los transmite al juez competente para su revocación o para la declaración de la extinción de la acción penal.

Es conveniente señalar, que estas atribuciones no son limitativas y que el juez de la ejecución de la pena, también es competente para conocer todo lo concerniente al cómputo de la pena dispuesto en la sentencia o a la unificación de las penas o condenas en los casos previstos en el nuevo código procesal.

2. - MINISTERIO PÚBLICO

De acuerdo con la antigua legislación procesal penal dominicana, el Ministerio Público era el portador de la fuerza pública y en consecuencia, el auxilio de la misma, en la ejecución de toda sentencia, era su responsabilidad. Como consecuencia de estos principios se entendía que la persona llamada a ejecutar las decisiones penales de los tribunales, correspondía a los representantes del Ministerio Público de los diferentes Distritos Judiciales.

Como consecuencia de la reforma, los jueces pueden recurrir directamente al auxilio de la fuerza pública y procurar ellos mismos la ejecución de las sentencias. Tal es el caso, por ejemplo, de lo contemplado en el artículo 93 del NCPP, donde se establece que los agentes policiales deben dar cumplimiento obligatorio de todas las órdenes relativas a la investigación de los hechos punibles, emitidas por el Ministerio Público o los Jueces. En el caso del juez de ejecución de la pena, la fuerza pública deberá estar a sus disposición, pues él, es el responsable de la ejecución de las sentencias penales, por lo que en caso de un condenado liberado ordena captura.

No obstante, el ministerio público debe dar cumplimiento a las decisiones que ordene el juez de la instrucción a raíz de las medidas que se tomen en el proceso de recolección de la prueba.

Igualmente, es importante resaltar, que el sistema penitenciario está a cargo y responsabilidad del Ministerio Público, por lo que en materia administrativa deberá ejecutar en gran medida las decisiones adoptadas por el Juez de la Ejecución de la pena, y los demás jueces según el caso.

Por último, es importante resaltar también que por intermedio del Ministerio Público, como representante del Poder Ejecutivo, una persona podría ser liberado de la pena mediante el indulto. De acuerdo con la Constitución de la República, inciso 27 del artículo 55, corresponde al Poder Ejecutivo conceder indulto, total o parcial, puro y simple o condicional, en los días 27 de febrero, 16 de agosto y 23 de diciembre de

cada año, con arreglo a la ley. Esta facultad constitucional del Poder Ejecutivo pudiera considerarse como un contrasentido al principio de la independencia de poderes o una intromisión respecto a las decisiones del Poder Judicial. Son y serán muchos, los casos donde un tribunal niegue una libertad condicional o un perdón y que sin embargo, el Poder Ejecutivo lo otorgue según las facultades que le otorga la carta magna.

B.- FORMAS DE EJECUCIÓN

1. -PRINCIPIOS GENERALES

El juez o el Ministerio Público están obligados a tomar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la ejecución de las decisiones. La fuerza pública es sólo un instrumento que está a la disposición del Ministerio Público y del Juez, según las normas de ley. Ambos en diferentes momentos deberán garantizar la eficacia de la decisión con su ejecución.

De manera general, el Juez hará uso de sus atribuciones jurisdiccionales, a los fines de hacer ejecutar lo juzgado o de tomar, cuanta medida sea necesaria, a los fines de garantizar los derechos fundamentales del recluso o imputado.

Asimismo, deberán, tanto el Juez, como el Ministerio Público, jugar un rol como control administrativo de los procesos, sobre todo dentro del sistema penitenciario. Aspectos como la computarización de los plazos o de las penas, el traslado de los reclusos desde los centros penitenciarios a los tribunales - que en nuestro país es una de las causas principales de la mora judicial - son de los elementos que deberán ser tomados en cuenta.

2- OTRAS FORMAS: LA EJECUCIÓN CIVIL

Muchas veces, la ejecución de las sentencias penales implica consecuencias de naturaleza civil. La acción civil accesoria a la acción penal, genera responsabilidad para una o varias de las partes. En este sentido un tribunal podría ordenar la restitución de la cosa, la reparación del daño e indemnización. Igualmente pudiera condenar a algunas de las partes al pago de las costas procesales. En ciertas materias como la referente a la manutención de menores, en una sentencia penal pudiera ordenarse el pago de una suma de dinero para dichos fines.

El artículo 345 del NCPP establece, que si se ha demostrado la existencia de un daño y la responsabilidad civil, cuando se ejerce la acción

civil accesoria a la penal, la sentencia fija el monto de la reparación por los daños y perjuicios causados y la forma en que deben ser satisfechas las respectivas obligaciones.

De acuerdo con el artículo 243 del NCPP para garantizar la reparación de los daños y perjuicios sufridos provocados por el hecho punible y el pago de las costas de procedimiento, las partes pueden formular al juez la solicitud del embargo, inscripción de hipoteca judicial u otras medidas conservatorias previstas por la ley civil. Igual podrá hacerlo el Ministerio Público para garantizar el pago de las multas o las costas, todo de conformidad con el Código de Procedimiento Civil y la legislación especial.

El artículo 448 del Nuevo Código establece el procedimiento para la ejecución de las sentencias de naturaleza civil. En el mismo se expresa que en cuanto a los intereses civiles y la ejecución del acuerdo de las partes sobre la reparación del daño se tramitan ante la jurisdicción civil.

Igualmente, en los casos donde el juez ordena embargo, y la venta pública de los bienes embargados, de conformidad con el artículo 446 del NCPP, como se especifica en artículos anteriores, el mismo deberá realizarse conforme a las reglas procesales civiles.

Tema 12

Manifestaciones concretas de garantías del Proceso I

Autores:

Ramón Nuñez Nuñez

Abogado

Fernando Campo Antoñanzas

Abogado

Carlos Suárez González

Abogado

Sumario

12.1 Derecho al Juez predeterminado por la Ley

12.2 La intervención del Abogado

12.3 El Derecho a ser informado de la acusación formulada

12.4 Derecho a no declarar contra si mismo

En materia penal, las garantías procesales tienden a garantizar que el juicio sea un método de gestión de los conflictos, basado en una afirmación de verdad y no un acto de mera conveniencia o un acto de autoridad. Ferrajoli dice que jurisdicción significa, decir el derecho, y que el poder judicial consiste esencialmente en un poder de comprobación - verificación. Las garantías cumplen una función de límites frente al despliegue de la actividad punitiva. En el caso de las garantías procesales, estamos, en efecto, frente a técnicas que se han desarrollado para evitar que la reacción estatal frente a los conflictos con relevancia penal, opere de una manera que genere más violencia que la que la motivó, aumente la conflictividad o constituya un abuso de poder (Binder).

12.1 Derecho al Juez predeterminado por la Ley

Esta garantía se encuentra en las Constituciones y pactos internacionales, con distintas formulaciones, todas ellas, con un fondo común, que responde a sus orígenes históricos, y que no eran otros sino los de evitar que una vez cometido el delito, se designara de forma específica al Juez que habría de juzgarlo, exigiéndose en este caso, como garantía frente a aquella arbitrariedad, que la designación judicial sea previa a la comisión del delito que ha de juzgarse.

El origen de esta garantía, lo encontramos en la constitución francesa de 1791, que elimina las “Comisiones”, como órganos o instituciones diferentes de los jueces y tribunales, y la encontramos en muy distintas constituciones, insistimos, con alguna diferente formulación, así en la Constitución Española, se habla de juez ordinario predeterminado por la ley, en la ley fundamental de Bonn, se habla de juez legal, y en la Constitución italiana, se habla de juez natural preconstituido por la ley.

Esta invocación, genérica, ha tenido y tiene tres manifestaciones fundamentales, que hemos de repetir, no son exactamente coincidentes. Nos estamos refiriendo a las expresiones, juez natural; juez o tribunal competente; y juez predeterminado por la ley.

Son conceptos vecinos y relacionados, por cuanto que los tres se refieren a la designación de los jueces, de manera que no se vea afectada, sino reforzada, su imparcialidad como requisito fundamental.

No obstante, no son conceptos idénticos, porque la referencia al juez natural, lo es al juez del territorio, al juez más próximo. La referencia al juez o tribunal competente, sin otra connotación, señala que el juez tenga competencia, que sea hábil para juzgar ese asunto, pero esa competencia, puede serle otorgada “a priori” o “a posteriori”, sin garantía alguna, y por lo tanto, constituye un mínimo probablemente insuficiente. Un lugar

intermedio lo ocupa la expresión “juez predeterminado por la ley”, ya que en ella se abandona, o no se hace especial hincapié, en el principio de inmediación territorial, para destacar que la designación tiene que ser anterior al proceso y que ha de hacerse observando el principio de legalidad, sin perjuicio de su efecto negativo en relación con los tribunales excepcionales.

Es verdad que la garantía de que estamos tratando, suele referirse básicamente a la esfera penal, pero, por ejemplo, en la interpretación del Art. 24 de la Constitución Española, atendiendo a su propia redacción no limitativa, la doctrina ha venido entendiendo que se aplica a toda clase de jurisdicciones, sin perjuicio de la mayor intensidad garantista que supone respecto de la jurisdicción penal.

Se trata de una garantía, que afecta a la composición y funcionamiento de los tribunales, y en este sentido, puede hablarse de distintos aspectos:

En primer término, supone la exigencia de que el órgano haya sido creado con anterioridad, y (de acuerdo con el principio de legalidad), al asunto que ha de conocer el Juez, y por ello, previamente debe efectuarse la determinación de las distintas clases de tribunales, y dentro de éstos, los tribunales designados y establecidos que constituyen la denominada “planta judicial”, e incluso, dentro de ella, la creación de secciones dentro de los órganos colegiados, o de nuevos juzgados en los órganos unipersonales dentro de la demarcación judicial.

En segundo lugar, que la norma haya investido a ese órgano judicial de jurisdicción y competencia, de tal manera, que una ley general que excluya apreciaciones subjetivas, determina la competencia de los juzgados y tribunales en concreto y consiguientemente, no cabe la alteración de competencia en un caso concreto, aunque sí esa alteración en relación con todos los procesos en curso, y sería contrario a esta finalidad el designar un órgano específico de instrucción no previsto para ese caso, cuando se produce un supuesto, aunque éste sea de mayor complejidad.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que existen dentro de una determinada población, diversos juzgados, que tienen atribuida de forma indiscriminada la competencia, para lo cual, con carácter objetivo y anticipado, se establecen unas normas de reparto de los asuntos (de acuerdo con su entrada cronológica, por sorteo, etc.) y lo que es importante, e incluso trascendente desde el punto de vista de las garantías constitucionales es que, tales normas no sean puramente discrecionales.

Descendiendo un poco mas, el principio que nos ocupa, resulta aplicable a la designación de las personas en concreto, que encarnan un órgano jurisdiccional, y ello afecta, no solo al supuesto de designación de un juez concreto a posteriori para integrar el órgano, sino también, a la

designación de jueces sustitutos, o al régimen propio de la sustitución por licencias, etc. exigiéndose en todo caso que los criterios de determinación sean criterios generales y objetivos.

E incluso, cuando se trata de tribunales colegiados donde se atribuye una determinada ponencia a alguno de los miembros del tribunal, también esos repartos deben responder a criterios de objetividad.

Una segunda cuestión que muchos entendemos debe incluirse dentro de este principio del juez predeterminado por la ley, es la cuestión de la imparcialidad. Esta imparcialidad, ha determinado por un lado, una serie de disposiciones encaminadas a no confundir, ni contaminar las funciones, de tal manera que en aquellos ordenamientos como el español [en los que el juez instruye la causa, realizando por tanto una labor de investigación, en averiguación del crimen y del delincuente], no pueda a la vez ser juzgador, porque su imparcialidad, vendría contaminada por su actuación anterior como instructor.

Pero también se trata de las relaciones objetivas o subjetivas del juez con el asunto de que se trate, es decir, los supuestos denominados de abstención o en su caso, de recusación, cuando el juez tenga una relación objetiva con el asunto, porque haya emitido un dictamen al respecto, porque haya resuelto sobre aspectos relativos a ese asunto, porque haya resuelto en 1ª Instancia y ahora se encuentre destinado en el tribunal revisor, porque tenga intereses directos o indirectos con el asunto de que se trate, etc. pero también puede tratarse de circunstancias subjetivas de relación con las partes o con sus abogados, porque mantiene con alguno de ellos relaciones de parentesco, de amistad íntima, o de manifiesta enemistad.

En todos esos supuestos, es necesario, salvo la imparcialidad, que deberá hacerse mediante la abstención voluntaria por parte del Juez, o si no se produjera, a través del oportuno incidente de recusación, y si bien es cierto que en muchas ocasiones la recusación especialmente en vía penal se ha utilizado como un instrumento dirigido a retrasar o dilatar los procedimientos, no es menos cierto, que no cabe poner trabas excesivas a las posibilidades recusatorias, porque con ello se limita la garantía dirigida a obtener la imparcialidad del juez.

No se agota aquí, en nuestro criterio, la significación del juez predeterminado por la ley, porque también ello supone la prohibición de tribunales excepcionales, en el entendimiento común de que no cabe admitir en una constitución democrática los tribunales excepcionales, considerados como aquellos que se constituyen para juzgar un caso particular, o casos individualizados, y que constituye una práctica que se ha venido utilizando en contra de lo que pudiera considerarse el orden natural de las cosas, atribuyendo en determinados supuestos a la

jurisdicción militar, la competencia para juzgar determinados delitos, lo que resulta difícilmente comprensible, ya que supone tanto como dudar. Finalmente, debemos decir que se trata de una garantía que tiene eficacia y aplicación práctica, y así, a título de ejemplo, podemos observar que se ha considerado que se vulnera esta garantía cuando un asunto es conocido por el Juez superior, sin que sea argumento válido el señalar esta superioridad del Juez del rango judicial como mayor garantía, ni siquiera cuando ese juez lo hubiera podido conocer en el supuesto de apelación, y sin embargo, no se ha entendido que se produce esta vulneración cuando una Sala es objeto de ampliación o refuerzo con nuevos jueces, en aquellos casos de especial lentitud o agobio de trabajo por los tribunales, siempre que la sustitución se realice con arreglo a los criterios objetivos.

CONSTITUCIÓN Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. La Constitución de la República Dominicana atribuye al gobierno de la nación el cumplimiento de tres funciones fundamentales. A saber, a) la función legislativa, de formular las leyes, que ejerce el Congreso Nacional; b) la función ejecutiva, de cumplir y hacer cumplir las leyes, que corresponde al Poder Ejecutivo; y c) la función jurisdiccional, de dirimir los conflictos, propia del Poder Judicial. En efecto, el Artículo 4 CRD establece lo siguiente: *“El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes”*.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 57 CPP consagra el principio de universalidad y exclusividad de la jurisdicción al afirmar que es de *“la competencia exclusiva y universal de las jurisdicciones penales el conocimiento y fallo de todas las acciones y omisiones punibles previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial, y la ejecución de sus sentencias y resoluciones”*, lo cual por demás está consagrado por el artículo 63 CRD, que dispone: *“El Poder Judicial se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y por los demás Tribunales del Orden Judicial creados por esta Constitución y las leyes...”*

Al consagrar el principio de universalidad y exclusividad de la jurisdicción, el nuevo Código Procesal Penal pone fin a la existencia de fueros especiales, como es el caso de los tribunales de justicia policial y

1 “Se reivindica el principio republicano propio de nuestra forma de gobierno de que no pueden existir en esta materia tribunales o comisiones especiales” (Exposición de Motivos CPP).

militar¹, verdaderos espacios de impunidad, que además de quebrantar el principio constitucional de igualdad de todos ante la ley, tiende a violar sistemáticamente las garantías procesales de las personas encausadas por ante tales órganos especiales.

La cuestión de la inconstitucionalidad de la atribución de competencia para conocer asuntos penales a los tribunales policiales² se ha venido discutiendo en el país desde hace algún tiempo y antes de la aprobación y promulgación del nuevo Código Procesal Penal, en ocasión a una demanda en designación de jueces, que es como el anterior Código de Procedimiento Criminal, denominaba al procedimiento para solucionar los conflictos positivos o negativos de competencia, el pleno de la Suprema Corte de Justicia, por sentencia de fecha 26 de diciembre de 2001, dejó sentados respecto de la cuestión que nos ocupa, los criterios siguientes:

“Considerando, 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...”;

“Considerando, 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

2 Un grupo de organizaciones de la sociedad civil presentó, en septiembre del año 2000, a la Suprema Corte de Justicia una acción en declaratoria de inconstitucionalidad que aún está pendiente de fallo por dicho órgano.

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”.

Como hemos visto, de acuerdo con la sentencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia antes citada, el criterio para determinar la competencia de los tribunales policiales y militares para conocer de hechos punibles lo constituye la circunstancia de que se verifique un tiempo de paz o un tiempo de guerra. Así, en tiempo normal, los tribunales militares y policiales tendrían competencia para conocer únicamente las infracciones especiales de puro orden militar o policial, cometidas por los militares y policías. Sin embargo, es opinión de la Suprema Corte de Justicia, que en tiempos de guerras o de naturaleza similar, en circunstancias especiales o situaciones de excepción, los tribunales policiales y militares recobran plena competencia para conocer de los hechos punibles previstos en el Código de Justicia Policial o en el Código de Justicia Militar, según el caso.

El nuevo Código Procesal Penal, por su parte, no entra en distinciones sobre tiempos de paz o de guerra, dejando a cargo de los mencionados órganos especiales exclusivamente las cuestiones disciplinarias, según se desprende del texto del artículo 57 CPP, parte in-medium, que reza: *“Las normas de procedimiento establecidas en este código se aplican a la investigación, conocimiento y fallo de cualquier hecho punible, sin importar su naturaleza ni la persona imputada, incluyendo los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, aun cuando los hechos punibles que les son atribuidos hayan sido cometidos en el ejercicio de sus funciones y sin perjuicio de las facultades estrictamente disciplinarias de los cuerpos a los que pertenecen”*.

Cabe destacar, por otra parte, que el Código Procesal Penal no alcanza a los actos infraccionales y procedimientos en los casos de niños, niñas y adolescentes, los cuales se rigen por su ley especial, de conformidad con la parte in-fine del artículo 57 CPP.

Además de la universalidad y exclusividad, el Código recoge los principios de indelegabilidad e irrenunciabilidad de la jurisdicción (Cfr. Art.58 CPP), los cuales también tienen consagración constitucional en el Artículo 4 CRD antes citado.

12.2 La intervención del Abogado

El ejercicio de la defensa y la intervención del defensor son exigencias del propio proceso garantista, que en esta obra se trata de desarrollar, ello tiene una especial relevancia en el mundo penal como vamos a comprobar.

La actuación del abogado en sede policial

Históricamente se ha tratado la intervención del abogado con una doble intensidad, por un lado en el momento de la detención policial los intereses se centraban en la investigación, directamente incriminatoria, de los hechos y del privado en libertad, la defensa no existe, como mucho, algunos sistemas admiten la presencia del abogado en el momento de la declaración, generalmente como convidado de piedra y sin posibilidad de intervenir, los defensores del sistema, argumentan que la verdadera defensa se desarrollará en sede jurisdiccional y fundamentalmente en la fase del plenario o vista.

A cualquier estudioso constitucionalista este sistema le repele y sonroja, si partimos conceptualmente de entender que el derecho de defensa es uno de los requisitos esenciales de la Tutela Judicial Efectiva, deberemos de concluir que la defensa debe ser EFECTIVA y aquí no existen matices ni excepciones, cuando el Estado priva de libertad a un ciudadano por la presunta comisión de un hecho delictivo, este ciudadano debe contar con un mecanismo que haga frente a esa situación excepcional en la que se encuentra y no es otra que poder defenderse, esto es, poder contar con la asistencia letrada de su abogado que constate, en primer lugar, si existen razones objetivas de culpabilidad que justifiquen la privación de su libertad, medida grave, y además intervenir directamente en interrogatorios a testigos, ruedas de reconocimiento, etc., que se practiquen, entrevista con el detenido previa a su declaración, solicitar la pronta puesta a disposición del Juez competente y, en su caso, solicitar si lo estima oportuno el correspondiente habeas corpus.

Lo dicho con anterioridad no hace sino poner de relieve una discusión que la comunidad científica internacional ha venido estudiando desde hace tiempo, los penalistas insisten que en función de las notas que determinado ordenamiento jurídico contemple para acercarnos a un modelo u otro, estaremos en presencia de un sistema inquisitorial o constitucionalista, en el primero, primará la culpabilidad del detenido y la garantía de perfilar las pruebas incriminatorias, en el segundo, las reglas del juego marcadas la presunción de inocencia, la objetividad de la investigación para buscar pruebas que esclarezcan la verdad, beneficie o no al detenido, la excepcionalidad de la medida privativa de libertad, la puesta en el menor plazo posible a disposición del juez predeterminado por la Ley y, en definitiva, al ejercicio de la defensa por medio del abogado libremente designado o establecido por el turno de oficio o defensoría pública en función del modelo que se siga.

De lo dicho cabe afirmar, a modo de resumen, que el derecho de defensa se inicia desde el primer momento de la detención, que por ello se entiende imprescindible la asistencia letrada al detenido como perentoria y que el abogado interviniente debe tener cabal conocimiento de la acusación y de las pruebas incriminatorias para, de esta forma, poder participar activamente en la estructuración de la defensa encomendada desde el primer momento y así poder no perjudicar la defensa que en su día deba hacerse en la vista ya que a nadie se le escapa que en el momento de las primeras declaraciones se puede hipotecar la línea argumental de la defensa futura.

El abogado en la instrucción sumarial y en otros procesos

Todo lo dicho hasta aquí no es de exclusiva referencia al proceso penal, sino que es predicable dentro de cualquier proceso.

La posibilidad de intervención del abogado, de ejercer la defensa, es un principio recogido en todos los acuerdos o tratados internacionales en materia de derechos humanos que aunque referenciados fundamentalmente al proceso penal son de aplicación, como ya se ha dicho, a cualquier proceso.

Pese a ello, es posible aceptar que en determinados procesos, pequeñas faltas o reclamaciones civiles de mínima entidad económica, pueda realizarse la postulación por el propio ciudadano pero la excepcionalidad de estos supuestos no hace sino, confirmar la necesidad de la intervención del abogado en todo momento si, queremos tener una defensa garantista.

En esta línea argumental es necesario señalar que, tanto en el proceso penal como en el civil, es imprescindible respetar el principio procesal de la igualdad de partes, para ello en el primero, la defensa deberá de posicionarse en una postulación con igualdad de armas a las del Fiscal y en la segunda las partes deberán contar con la misma posibilidad de designación de abogado, por ello, los principios de igualdad y de contradicción obligará al sistema prever la designación de abogado para el que no tiene medios económicos que en definitiva constituye una garantía del derecho de defensa. Incluso en los supuestos antes señalados, de escasa entidad donde se admita la posibilidad de postulación por el propio interesado, si una de las partes decide acudir con Letrado se debe facilitar a la contraparte la posibilidad de utilizar la misma arma de defensa, es el mismo principio de igualdad de partes el que facilita esa posibilidad.

Con carácter general el derecho de defensa y la asistencia por parte del abogado, no queda agotado por la simple presencia de éste, sino que, será preciso respetar una serie de principios complementarios que tiene carácter fundamental:

- La primera es el derecho de libre designación o elección de abogado, en congruencia inmediata de la independencia del Abogado que es garantía como la independencia del Juez y de la corrección del proceso.
- También forma parte del derecho de defensa la necesidad de dar facilidades al Letrado para el ejercicio de sus funciones, ello supone facilitar los desplazamientos de los detenidos a la sede donde radique el Tribunal competente para facilitar las entrevistas del encartado con su defensor, garantizar la confidencialidad de estas entrevistas, incluso en centros penitenciarios, otorgar plazos razonables que permitan una adecuada defensa, que las citaciones se hagan con tiempo etc.
- Y finalmente el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, ya comentado en el tema nueve de esta obra al igual que la intervención del abogado en las alegaciones y pruebas, que se ve especialmente reforzada por su conexión con el otro derecho fundamental, el de la defensa.

Por último, y para terminar este capítulo de la intervención del Abogado procede recordar que los abogados en su actuación ante los Tribunales son libres e independientes, sujetos a la buena fe, sujetos a la dignidad de su función y amparados por la libertad de expresión y de defensa, la vulneración de uno de estos principios o la intensidad de su quiebra nos situará ante un Ordenamiento Jurídico que ampara la Tutela Judicial Efectiva o, por el contrario, la menoscaba.

El nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana viene a asegurar el derecho de defensa de manera oportuna, reconociéndolo entre sus principios fundamentales en los siguientes términos:

“Art. 18. Derecho de defensa. Todo imputado tiene el derecho irrenunciable a defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor de su elección. Si no lo hace, el Estado le designa uno. El imputado puede comunicarse libre y privadamente con su defensor desde el inicio de los actos de procedimiento y siempre con anterioridad a la primera declaración sobre el hecho.

El defensor debe estar presente durante la declaración del imputado.

El Estado tiene la obligación de proporcionar un intérprete al imputado para que le asista en todos los actos necesarios para su defensa, si éste muestra incomprensión o poco dominio del idioma castellano.”

En adición el Código Procesal Penal establece como derechos de todo imputado, bajo pena de nulidad, entre otros, los siguientes:

- Ser informado del hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen de los contenidos de prueba existentes y las disposiciones legales que se juzguen aplicables; (Art. 95.1)
- Comunicarse de modo inmediato con una persona de su elección y con su abogado para notificarles sobre su arresto y a que le proporcionen los medios razonables para ejercer este derecho;(Art. 95.4)
- Ser asistido desde el primer acto del procedimiento por un defensor de su elección, y a que si no puede pagar los servicios de un defensor particular el Estado le proporcione uno; (Art. 95.5)
- Reunirse con su defensor en estricta confidencialidad. (Art. 95.9)

12.3 El derecho a ser informado de la acusación formulada.

Una sentencia que dictó el Tribunal Constitucional Español el 31 de Enero de 2000, plantea la extensión y límites de esta garantía procesal, que tiene trascendencia constitucional.

Por encima de la anécdota y de la sentencia, nos interesa aquí seguir las enseñanzas y principios que la misma contiene, porque supone una profunda reflexión sobre la garantía que nos ocupa.

En aquella sentencia se siguieron unas diligencias penales como consecuencia de una actuación civil, concretamente un embargo, y por cuanto se imputaba a una persona la trasgresión de las obligaciones que dicho embargo supone. En dichas diligencias, se tomó declaración como testigo a una persona informándole de la obligación de ser veraz y de las penas señaladas a quien incurre en falso testimonio, prestando el llamado como testigo juramento, y sin la asistencia del letrado, respondió a las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular. Con posterioridad se incoó ya un procedimiento penal formalmente y el Fiscal solicitó una nueva declaración de aquel testigo, pero esta vez en calidad de imputado y en presencia del letrado, en cuya diligencia se leyó la anterior declaración afirmándose y ratificándose ahora como imputado

en aquella declaración. La sentencia le condenó como autor de un delito de alzamiento de bienes, recogiendo entre otros argumentos, que aquel incidente pudiera haber afectado a su inicial declaración como testigo, pero quedó subsanada con la segunda, y no podía arrastrar la nulidad del procedimiento.

El Tribunal Constitucional, comienza señalando que se trata de un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí en la iniciación, en la imputación judicial, en la adopción de medidas cautelares, en la sentencia, y también en el recurso y el específico derecho a la doble instancia en el proceso penal, y el derecho a ser informado de la acusación, forma parte de ese complejo y, de ahí se desprende que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él, una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria y por lo tanto, es presupuesto obvio la existencia de la acusación misma, de manera que conocer los hechos delictivos que se le imputan, constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo, quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan, ni tampoco es posible que se lleve a cabo una defensa contradictoria, ni que se dé la igualdad de armas procesales entre acusación y defensa, cuya lesión también genera indefensión.

Por consiguiente, además de lo señalado, es necesario ser consciente de que la exigencia de que exista una imputación previa, tiene como finalidad evitar acusaciones sorpresivas de los ciudadanos, y, en segundo lugar, se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, pues el testigo tiene obligación de decir verdad, y el imputado no.

Así pues, la garantía es muy sencilla; se trata de informar al acusado del delito que se le imputa o del que es sospechoso, y ello, debe hacerse no en cualquier momento del proceso, sino en el primer momento en que se toma contacto con el mismo, porque es en ese primer momento, en el que dispone de otras garantías adicionales, que sólo puede hacer valer desde esa posición de imputado.

Ahora bien, eso pone de manifiesto la íntima relación que existe entre la garantía que comentamos y otras como la de no declarar contra sí mismo, designar abogado, o la presunción de inocencia.

Por consiguiente, siempre que exista una sospecha por lejana que sea y que ésta sospecha se refiera a un procedimiento que se inicia o que ya está iniciado, ha de observarse tal garantía, e incluso si a lo largo de una declaración como testigo surgiera esa sospecha o algún elemento

incriminatorio, el Juez debe interrumpir dicha diligencia, para que se produzca una declaración con la consideración de imputado, y con todos los derechos y garantías inherentes a dicha consideración.

Aparece así la verdadera importancia de esta garantía que comentamos, y es que es la primera y por ello, permite y posibilita desde una posición previa de presunción de inocencia, la aplicación de otras garantías procesales.

No se oculta que en muchas ocasiones los medios de comunicación, establecen una suerte de equiparación, o cuando menos de connotación negativa a la imputación de un delito, de manera que si bien por un lado esta imputación, y las garantías que le rodean, especialmente la información del delito por el que se le persigue, constituyen un elemento positivo de garantía de la persona, simultáneamente puede producirse un perjuicio, derivado de consideraciones negativas en la opinión pública.

Pero ello, no debe impedir la aplicación de la garantía, pues ésta es mucho más importante, y los medios, debieran esforzarse en informar, no sólo de los hechos, sino de la verdadera trascendencia de la imputación, concebida, no como algo infamante, sino como la premisa para el desarrollo y aplicación de las garantías procesales, de manera que todos nos acostumbremos a que tal imputación por su finalidad garantista, no implica desdoro alguno, sino el escrupuloso cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso penal.

¿Acusado de estar acusado?

El derecho a ser debidamente citado previsto en el Artículo 8, numeral 2, literal j) de la Constitución de la República, es, como nos indica Pellerano Gómez, *“aplicable al proceso penal al igual que al proceso civil y a los demás procesos”* (Pellerano Gómez, Juan Manuel. Derechos fundamentales procesales en Gaceta Judicial, 8 al 22 de febrero de 2001, pág. 31).

Existe en materia penal una práctica de citar a los imputados “a los fines de ser oído como acusado (o como prevenido) de violar los Artículos X, Y, Z del Código Penal en perjuicio de Fulano de Tal”. Tal manera de citar es violatoria del derecho al conocimiento de la acusación, *“según el cual todo inculcado tiene el derecho a ser informado de una manera detallada sobre la naturaleza y la causa de la prevención de que es objeto y ser puesto en condiciones de defenderse, tanto sobre los diversos aspectos de la infracción que se le imputa, como sobre cada una de las circunstancias agravantes susceptibles de ser retenidas a su cargo”* (Pellerano Gómez, Juan Manuel. Derechos fundamentales procesales en Gaceta Judicial, 8 al 22 de febrero de 2001, pág. 30).

El nuevo Código Procesal Penal, frente a la práctica inconstitucional antes indicada, plantea con categoría de principio fundamental, el siguiente texto:

“Art. 19. Formulación precisa de cargos. Desde que se le señale formalmente como posible autor o cómplice de un hecho punible, toda persona tiene el derecho de ser informada previa y detalladamente de las imputaciones o acusaciones formuladas en su contra”.

12.4 Derecho a no declarar contra sí mismo.

Como ya hemos tenido oportunidad de ver, este derecho, corresponde al imputado y por ello, debe ser advertido de que tiene esta consideración, y no la de testigo, pues el testigo viene obligado a decir la verdad, siendo así que tiene positivamente derecho a no confesarse culpable, exclusivamente el imputado.

No es la expresión “derecho a no declarar contra sí mismo y a no considerarse culpable”, absolutamente exacta, si quiera que con frecuencia se utilizan ambas como sinónimos. Efectivamente, la culpabilidad o no se refiere más a la calificación jurídica que a los hechos como tales, de manera que pudiera decirse que el derecho a no declarar contra sí mismo, es el derecho a no reconocer la realización de determinados hechos o conductas, ya sea por acción u omisión, conductas de las que puede desprenderse la responsabilidad o el reproche penal.

El derecho a no confesarse culpables, tiene una connotación más jurídica, pues hace referencia a la calificación jurídica de esas conductas.

De tal manera que en un caso sería el derecho al no manifestar o reconocer que se ha dado muerte a una persona, y en el segundo caso sería el no reconocer que se es un asesino.

Otra cuestión que cabe aquí plantear es si este derecho, es exclusivamente derecho a guardar silencio, o si tiene un contenido más amplio que comprendería el derecho a efectuar declaraciones incompletas, reticentes e incluso falsas, habiéndose hablado por alguno de un auténtico “derecho a mentir”.

Es verdad que suena ciertamente contradictorio hablar de derecho a la mentira, en la medida en que se trata de un derecho a algo que en sí mismo resulta contrario a la moral, y por ello, quizá la expresión no sea excesivamente afortunada. Pero lo cierto es que la mentira en la declaración del imputado sería una actuación o conducta absolutamente impune, y además, no debe perderse de vista, que mentir constituye en alguna ocasión el único modo de ejercicio de ese derecho por el imputado, ya que su silencio, puede tener alguna connotación no favorable.

Es obvio que la garantía a la que nos estamos refiriendo es exclusivamente aplicable en el ámbito de lo penal, pues en el proceso civil o de otro tipo, la declaración de cada una de las partes, tiene que ser una declaración veraz, y por consiguiente, no hay un derecho a no declarar contra sí mismo en todos los procesos, sino exclusivamente en el proceso penal en relación con la culpabilidad. Por ello, en todos los ordenamientos jurídicos, cuando se trata de un proceso distinto del penal, el Juez puede instar no ya sólo a que se responda, sino a que se responda concretamente, no aceptando reticencias o respuestas evasivas, y si estas continúan, el Tribunal puede interpretarlas como reconocimiento de los hechos a los que se refiere la pregunta.

Cuestión distinta y compleja es la tentación que se apunta en alguna sentencia penal, de efectuar alguna valoración de la negativa a declarar.

Es relativamente frecuente en los llamados juicios de “ruptura” en los que los imputados rechazan la autoridad del Tribunal, o están dispuestos a responder a las preguntas de su defensa, pero no a las preguntas de la acusación pública, de la acusación privada e incluso del propio Juez. Estimo que la garantía constitucionalmente reconocida impide una valoración de este silencio, incluso aún cuando sea selectivo, porque la garantía está en no declarar contra sí mismos, sin que se exija un silencio absoluto, o que no se responda a ninguna de las preguntas, ni nada parecido, de manera que el inculpado puede responder a unas preguntas sí, y a otras no, puede responder a las preguntas de su abogado y no a las del Ministerio Fiscal, etc. y de ello, no puede obtenerse ninguna valoración negativa, pues si así se hiciera, se estaría inmediatamente vulnerando la propia garantía constitucional, convirtiendo ese derecho a no contestar en una carga.

Y estimo que ni siquiera es válido decir que ese silencio, por sí solo no hace prueba, pero puede coadyuvar a otras que se realizan en el seno del procedimiento, porque, también en este caso, se utiliza una garantía en contra del imputado.

Este derecho plantea otras cuestiones concretas, que probablemente exceden de la garantía constitucional y se refieren a problemas de legalidad ordinaria, por ejemplo, si cabe leer la declaración contenida en el sumario, en aquellos casos en que en el juicio oral, el inculpado hace uso de su derecho a no declarar, habiendo declarado con anterioridad en sede policial o colegial. Ello es posible, pero ha de recordarse que ante el silencio en el juicio oral, no hay cotejo entre una y otra declaración, y sin perjuicio de valorar la inicial, siempre que ésta se haya producido con observancia de las garantías procesales.

En relación con el derecho a no confesarse culpable, se ha planteado en alguna ocasión si el mismo es extensible a determinados actos de

investigación o de prueba, que no son estrictamente declaraciones, pero que requieren una actuación positiva del inculpado, distinta de la declaración (reconocimiento en rueda), toma de huellas dactilares, examen de alcoholemia, etc.

Las dos posiciones son obvias, por un lado, se defiende la equiparación, sobre la base de considerar que la colaboración que requieren tales pruebas, supone algo semejante a declarar contra sí mismo; para otros, no cabe tal equiparación, pues no se trata de emitir una declaración de culpabilidad o reconocimiento, sino permitirse el objeto de una pericia, cuya pericia exige una colaboración que en absoluto, puede identificarse con una declaración. Este es el criterio mayoritario de los Tribunales.

Como señalábamos anteriormente, este derecho se produce en todas las declaraciones, es decir, en sede policial, en sede judicial, y ésta, tanto en la fase previa o sumarial, como en el acto del juicio; y recordarnos, como también señalábamos en otro epígrafe, que para que se haga uso de este derecho es necesario como antecedente lógico que se advierta al inculpado de los hechos por los cuales se le investiga, y que específicamente se informe al inculpado de ese derecho a no declarar contra sí mismo, advertencia que debe recordársele en todos aquellos casos de las distintas fases del proceso penal en que sea requerido a declarar el inculpado.

Por último, se ha producido en alguna ocasión la cuestión de la valoración de la declaración de los co- imputados, que han aceptado responder a las preguntas de las acusaciones, y en sus contestaciones, han imputado el delito a los demás inculpados, para valorar tales declaraciones, especialmente sospechosas si el coimputado se niega a contestar salvo a aquellos que le permiten responder sobre la inculpación de los demás, de manera que su negativa a declarar no es negativa a declarar contra sí mismo, sino negativa a declarar en las cuestiones de exculpación de los co- imputados a los que les atribuye la comisión del delito.

Siempre la declaración del co-imputado, hace surgir dudas sobre su validez, ya que pueden estar presentes motivos espurios, como el deseo de venganza o el deseo de desplazar su propia responsabilidad, e indudablemente, su negativa a contestar respecto de los demás inculpados (manteniendo siempre el respeto a no declarar contra sí mismo), agrava tales dudas.

Por ello, si siempre parece necesario para apreciar el valor de la declaración acusatoria del co-imputado alguna prueba más que venga a completar tal declaración, parece que tiene una mayor intensidad cuando se niega a responder a preguntas relativas a la imputación de los demás.

En el Código Procesal Penal de la República Dominicana contiene entre sus Principios Fundamentales, el relativo a la no autoincriminación:

Art. 13. No autoincriminación. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni ser valorado en su contra.

Cabe resaltar que en el nuevo Código Procesal Penal al imputado se le reconoce la libertad de declarar, en cuyo caso ésta “sólo es válida si la hace en presencia y con la asistencia de su defensor” (Art. 104). La declaración es vista como un medio de defensa, no como un medio de prueba. Debe advertírsele sobre el derecho que tiene a no declarar y a que el ejercicio de ese derecho no le sea deletéreo (Art. 105).

Respecto de otras actuaciones del imputado, distintas a sus declaraciones, en el régimen del nuevo Código el juez o tribunal competente puede ordenar el examen médico del imputado para la constatación de circunstancias relevantes para la investigación, siendo admisibles, siempre con autorización judicial, extracciones de sangre y fluidos en general, además de otros estudios corporales, que deben realizarse preservando la salud del imputado. (Art.99).

Tema 13

Manifestaciones concretas de garantías del Proceso II

Autores:

Olivo Rodríguez Huertas

Abogado

Fernando Campo Antoñanzas

Abogado

Sumario

13.1 Proceso Público

- 13.1.1 Regulación aplicable
- 13.1.2 Concepto
- 13.1.3 Efectos de la ausencia de publicidad
- 13.1.4 Limitaciones a la publicidad
- 13.1.5 Juicios paralelos

13.2 Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indevidas

- 13.2.1 Concepto
- 13.2.2 La reparación del perjuicio. Las posibilidades de indemnización

13.3 Secreto y Proceso Penal

- 13.3.1 Regulación aplicable
- 13.3.2 Concepto
- 13.3.3 Objeto
- 13.3.4 Ámbito
- 13.3.5 Protección jurídica de la investigación preliminar

13.1 Proceso Público

13.1.1 Regulación aplicable

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 14.1.
- Convención Americana de Derechos Humanos: art. 8.5°.
- Constitución Dominicana: art. 8, numeral 2, letra j).
- Código Procesal Penal: arts. 308 y 309.

13.1.2 Concepto

Para el Estado de Derecho resulta esencial la participación de los ciudadanos y precisamente porque no cabe participación allí donde hay secreto o penumbra, la Constitución de la República establece un criterio general, aunque no absoluto, de publicidad de la actuación, al menos en la actuación de los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial.

Art. 8, numeral 2, letra j) de la Constitución:

“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. 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”.

Así, la Constitución dominicana establece que las actuaciones judiciales como norma general serán públicas aunque también puede haber excepciones a este principio siempre y cuando estén previstas en las leyes de procedimiento.

El principio de publicidad tiene una doble finalidad:

- a) Proteger a las partes de una justicia sustraída al control público.
- b) Mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales.

Constituyendo este principio uno de los pilares del Estado de Derecho. Pero la publicidad del proceso puede conocer excepcionalmente que, en todo caso, deberán ser autorizadas por una Ley, siendo posible su restricción por los motivos expresos que la Ley autorice.

El principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución, implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos. Esta proyección puede hacerse efectiva con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permita adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos están en la imposibilidad de hacerlo (S.Tribunal Constitucional Español 30/82, de 1-6).

La publicidad de las actuaciones judiciales es perfectamente compatible con medidas policiales de seguridad que puedan conducir a limitar el acceso a los juicios, debidas a la capacidad de la Sala o a exigencias de orden.

La publicidad no es aplicable a todo el proceso, a todas sus fases, sino tan sólo al acto del juicio oral, en el que su falta está sancionada con la nulidad del juicio.

La no publicidad de las sesiones que celebren los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes está justificada en la conveniencia de preservar los intereses del menor y del entorno familiar, que nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar, y podrían resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños.

13.1.3 Efectos de la ausencia de publicidad

La vulneración del principio de publicidad del juicio oral en el proceso penal va a suponer la nulidad del mismo.

Serán nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando prescindan total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido indefensión.

Se produce nulidad cuando:

- a) se haya ocasionado indefensión;
- b) se haya prescindido total y absolutamente de la publicidad.

Para que se admita recurso por considerar nulo el juicio, la parte que interpone recurso imprescindiblemente debe concretar un resultado de indefensión.

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia otorgan mayor relevancia al derecho de las partes a un juicio público que al derecho de la comunidad a la publicidad de los debates.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite el carácter renunciante del derecho a la publicidad de la persona sometida al proceso siempre que conste la renuncia de forma inequívoca y plenamente voluntaria (Sentencia de 10 de febrero de 1983; 30 de noviembre de 1987).

En el caso de la República Dominicana sólo la ley podría prescribir las excepciones al principio de publicidad, por lo que la transgresión de esta regla en los procesos encuentra su protección en lo dispuesto en el Art. 46 de la Constitución que señala que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

13.1.4 Limitaciones a la publicidad

El derecho a un proceso público no es un derecho absoluto por lo que puede ser limitado por razones que estén previstas en las leyes e incluso ser compatibles con medidas de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios. Estas excepciones están reconocidas tanto en la Constitución de la República, en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y en la legislación ordinaria.

Los motivos legítimos para acordar la limitación de la publicidad externa del juicio oral vienen recogidos fundamentalmente en la Constitución de la República, en la parte in fine del Art. 8, numeral 2, inciso j), que 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”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 8.5 dispone que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene un texto más amplio que el Pacto de San José al consagrar en el Art. 14.1 que “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia”.

El nuevo Código Procesal Penal dispone en su Art. 308, dispone que “el juicio es público, salvo que de oficio o a petición de parte, el tribunal decida, mediante resolución motivada, que se realice total o parcialmente a puerta cerrada, siempre que: 1. Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes; 2. Peligre un secreto oficial autorizado por la ley, o un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible”.

Los motivos para limitar el principio de publicidad se podrían clasificar en:

- Moralidad.
- Orden público.
- Respeto debido a las personas del ofendido y de su familia.
- Seguridad nacional en una sociedad democrática.
- Interés de los menores.
- Protección de la vida privada de las partes.
- Interés de la justicia.

Además de los motivos en los que se puede hacer basar la restricción del principio de publicidad también hay que recordar que la publicidad no es aplicable a todo el proceso, a todas sus fases, sino tan sólo al acto del juicio oral, en el que su falta está sancionada con la nulidad del juicio, como lo hemos dicho anteriormente.

En el sistema español, en base al art. 120.1 de la Constitución Española, el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el secreto en la fase sumarial se reputa como una excepción con legitimidad constitucional y prevista en las leyes del procedimiento.

Art. 301 LECr: “Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.

El Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de 250 a 2.500 pesetas.

En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.

El funcionario público en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo”.

Este secreto es compatible con la publicidad para las partes, que se reconoce casi con carácter absoluto, ya que sólo excepcionalmente se permite declarar la instrucción secreta para las partes y por tiempo no superior a un mes.

Corresponde a cada Sala de Justicia decidir el régimen de publicidad de un determinado acto judicial, decidiendo si la vista debe o no ser pública y si se autoriza o no la entrada de los medios audiovisuales. En el caso de la República Dominicana, el Art. 309 del nuevo Código Procesal Penal

establece que “los medios de comunicación pueden instalar en la sala de audiencias los equipos técnicos a los fines de informar al público sobre las incidencias del juicio....El tribunal puede, sin embargo, prohibir, mediante auto debidamente fundamentado, la grabación, fotografía, filmación, edición o reproducción, cuando puedan resultar afectados algunos de los intereses señalados en el artículo precedente o cuando se limite el derecho del imputado o de la víctima a un juicio imparcial y justo”.

En el sistema español pueden solicitar la limitación del principio de publicidad:

- Las partes acusadoras :
 - Ministerio Fiscal.
 - Acusación particular.
 - Acción popular.
- De oficio.
- Las defensas.

En el caso dominicano el tribunal puede adoptar esta medida de oficio o a petición de parte (Art. 308 C.p.p.).

La competencia para adoptar esta decisión jurisdiccional es colegiada y se adoptará por mayoría por los Magistrados integrantes de Tribunal.

La decisión del Tribunal vendrá formulada en Auto motivado. Debe comprender la causa legal que justifica la decisión y una fundamentación escueta de las circunstancias fácticas que se estiman dan lugar a la concurrencia de dicha causa legal. Debe ser lo suficiente como para permitir conocer, tanto a las partes como al público en general y al Tribunal que resuelva el posible recurso, cual fue la fundamentación racional y jurídica de la resolución adoptada.

El Tribunal Supremo Español mediante decisión 1646/94 de 16 de septiembre, también admite que la decisión pueda acogerse en el acta sin necesidad de auto independiente, siempre que se haya resuelto motivadamente.

A) Limitaciones a la publicidad externa:

En este tipo de limitación se da una salida de Sala a los terceros, al público, pero se mantiene y respeta la publicidad interna, es decir, la de las partes y sus defensores. También se pueden quedar en Sala las personas lesionadas por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

La exclusión o limitación de la publicidad exterior puede ser total o parcial. Cabe que se adopte o que se levante la limitación en cualquier momento o que se acuerde exclusivamente respecto de determinadas actuaciones, ejemplo: declaración o interrogatorio de la víctima, determinados dictámenes periciales o audiciones de comunicaciones telefónicas.

El Art. 308 del nuevo Código Procesal Penal dispone que “desaparecida la causa de la restricción, el tribunal permite el reingreso del público. En estos casos el tribunal puede imponer la obligación de reserva a las partes intervinientes sobre los hechos que presenciaron o conocieron, dejando constancia en el acta de juicio”.

B) Limitaciones a la publicidad interna:

Si la autoridad judicial aprecia racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de un perito o testigo o de sus allegados, puede adoptar medidas de protección que conlleven una limitación de la publicidad para las partes de determinados datos procesales, como lo reconoce expresamente el numeral 1 del Art. 308 del nuevo Código Procesal Penal dominicano.

En el régimen procesal penal español si las partes, razonadamente, consideran necesario el conocimiento de la identidad de los testigos, no se podrán tomar medidas que alcancen su total anonimato, por razones de defensa. En estos casos caben otras limitaciones, como por ejemplo: la posibilidad de prestar testimonio o declaración fuera de la vista del acusado, biombo que aislen al testigo del acusado y del público, distorsionadores de voz.

Pero en estos casos, el testigo, siempre debe ser visto y oído tanto por defensores y acusadores como por el Tribunal, para que se tenga la posibilidad de apreciar las reacciones del mismo a las preguntas y valorar la prueba con inmediación, y para respetar el principio de contradicción. Semejante régimen prevé el nuevo Código Procesal Penal cuando dispone en el último párrafo del Art. 201, que “si el testigo expresa temor por su integridad o la de otra persona, puede ser autorizado excepcionalmente a no indicar públicamente su domicilio y otros datos de referencia, de lo cual se toma nota reservada, pero el testigo no puede ocultar su identidad ni ser eximido de comparecer”.

En España, la Ley Orgánica 14/99 establece que cuando el testigo sea menor de edad el Juez o Tribunal podrá, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación audiovisual con el inculcado, utilizando cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba. El Código Procesal Penal dominicano dispone en su artículo 202, que “el testimonio de personas que se encuentren en

circunstancias especiales de vulnerabilidad puede recibirse en privado y con la asistencia de familiares o personas especializadas”.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español no se lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que se prive al acusado de la visión de los testigos, puesto que oye su testimonio y debe por tanto entenderse que no se transgrede el art. 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige que las pruebas se practiquen en presencia de las partes (Sentencia del Tribunal Supremo 2113/00 de 14-2).

El secreto de los debates puede ser acordado total o parcialmente antes de comenzar el juicio o en cualquier estado del mismo, siempre que sea por resolución motivada (Art. 308 del nuevo Código Procesal Penal dominicano).

13.1.5 Juicios Paralelos

Se entiende como juicios paralelos al conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto sub iudice a través de las cuales se efectúan por dichos medios una valoración sobre la regularidad del comportamiento de personas implicadas en los hechos cometidos, desde una perspectiva legal o ética.

En España, la Declaración Institucional del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 1995 condena estos juicios públicos carentes de garantías y perjudiciales para la presunción de inocencia así como para los derechos al honor y a la propia imagen.

El problema fundamental se halla en determinar si nos encontramos ante un juicio paralelo o ante el ejercicio legítimo del derecho a la crítica y a recibir y comunicar información sobre asuntos de interés público.

13.2 Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas

13.2.1 Concepto

La consolidación histórica del proceso implicó la aceptación del transcurso del tiempo como medio para la resolución de los conflictos. De manera que el Derecho Procesal supone una construcción de la razón dirigida a eliminar las irreflexivas reacciones de la pasión. Si se deja transcurrir un lapso temporal entre el crimen y el castigo, entre el hecho objeto de enjuiciamiento y la decisión final implicará una mayor seguridad. Pero el tiempo aunque es necesario para la deliberación jamás debe de ser desproporcionado con la índole de la cuestión que se trate de resolver.

Para el eminente tratadista español, D. Gimeno Sendra, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es “un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos de Derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias”.

De forma elemental se podría decir que dilación es la retardación o detención de una cosa en algún tiempo. El Tribunal Constitucional Español ha dado una diversidad de conceptos para referirse al mismo hecho: dilaciones injustificadas, dilación anómala o particularmente cualificada, tardanza excesiva e irracional, duración anormal, etc. Lo que está claro es que lo que se pretende es erradicar la demora en la Administración de Justicia pero con la prevención de que no debe perderse de vista que un acusado tiene derecho a que su caso sea tratado con prioridad y particular diligencia. Por lo tanto lo que se busca es que un proceso se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 133/1988, nos dice : “ Por proceso sin dilaciones indebidas hay que entender el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción. El mero incumplimiento de los plazos procesales no es constitutivo por sí mismo de violación de este derecho fundamental, pues el art. 24.2 de la Constitución no ha constitucionalizado el derecho al respecto de esos plazos (STC 5/1985, de 23 de enero) por lo que no toda dilación o retraso en el proceso puede identificarse con tal violación constitucional, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas por este Tribunal como un supuesto extremo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La razonabilidad de la duración del proceso debe tener en cuenta la especificidad del caso concreto y ponerse en relación con la correspondiente decisión del órgano jurisdiccional respecto a la cual se predica el excesivo retraso constitutivo de una dilación indebida”.

Esta resolución es muy importante no sólo por todo aquello que dice sino porque nos pone en el camino correcto. Así entendemos que lo proscrito no es el hecho en sí de la dilación sino su carácter indebido, teniéndose que determinar en que momento, un proceso supera su adecuado desarrollo temporal. Este punto puede ser polémico ya que nuestro texto constitucional no establece límite alguno de tiempo para la tramitación de las causas, entre otras razones porque, de fijarse, sería un tema más propio de la legislación procesal ordinaria (ejemplo: art.56.5 del Estatuto de los Trabajadores).

También es muy reveladora la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 5/1985, ya que nos dice que el art. 24.2 CE no ha constitucionalizado el derecho a los plazos, sino que ha configurado como un derecho fundamental, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable, pero no a que el derecho a que los plazos se cumplan, y a que las secuencias del proceso se ajusten a las dimensiones temporales definidas en las normas procesales. Por lo tanto es un concepto indeterminado que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos.

En definitiva, el incumplimiento de los plazos supone un carácter indiciario para la apreciación de la infracción. Ya que como dice el Tribunal Constitucional no toda irregularidad puede intentar reconducirse al terreno de su inconstitucionalidad por la vía del recurso de amparo. Es preciso que se trate de dilaciones con trascendencia suficiente.

Pero hay casos en los que un lapso temporal anormal puede venir motivado por hechos completamente ajenos a la actuación de los órganos judiciales, situándose en el comportamiento de las partes, obstruccionismo deliberado, mala fe...En estas situaciones no es lógico hablar de vulneración.

A modo de pequeño resumen podríamos decir que la doctrina dice que la frase “sin dilaciones indebidas” empleada en el art. 24.2 CE expresa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de criterios objetivos e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades.

El Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “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 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”.

El Art. 8 del nuevo Código Procesal Penal dominicano consagra como uno de sus principios fundamentales el que tiene toda persona “a ser juzgada en un plazo razonable y a que se resuelva en forma definitiva acerca de la sospecha que recae sobre ella. Se reconoce al imputado y a la víctima el derecho a presentar acción o recurso, conforme lo establece este código, frente a la inacción de la autoridad”.

13.2.2 La reparación del perjuicio. Las posibilidades de indemnización

Desde el punto de vista doctrinal es un hecho indiscutible la aceptación del principio de responsabilidad del Estado por sus actuaciones administrativas. De modo que si de su actividad se derivan daños a los particulares, estos no tienen obligación de soportarlo, siendo la Administración, como persona jurídica, quien deba indemnizar esos daños producidos por una actividad que debería de satisfacer finalidades públicas. Ya que los daños causados a los particulares por el funcionamiento de los servicios públicos, que benefician a la colectividad, no deben ser soportados individualmente por los afectados sino por la generalidad de los ciudadanos, a través de la Administración.

Siempre que sea posible, primeramente se intentará remediar la vulneración del derecho removiendo los obstáculos que retrasan o impiden la continuación del proceso. De modo que si se dan dilaciones su reparación debería tener lugar mediante la continuación del procedimiento, sin más demoras injustificadas de ninguna naturaleza. Esta sería una reparación eficaz. Pero si esta no es posible ya se pensaría en una reparación mediante la correspondiente indemnización.

El Art. 10, de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagra solamente como un derecho fundamental a ser indemnizado en los casos de sentencia firme por error judicial.

En España, la propia Constitución recoge en su art. 121 que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. Este artículo constitucional es el que sirve de base para buscar la compensación del

daño causado si no se puede hacer una reparación en el momento de la dilación y se llegó a una consecuencia negativa.

Pero no todo funcionamiento anormal, retraso judicial, de la Administración de Justicia supone una vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional. Sin embargo, desde el momento en que se reconoce la anormalidad se tendría derecho a una indemnización al hacer surgir la responsabilidad del Estado como consecuencia del art. 121 de la CE. Lo que ocurre es que no podrá ser invocado mediante recurso de amparo, ya que el derecho a ser indemnizado por sí sólo no goza de la protección ofrecida por el art. 53.2 de la CE. Se tendrá que acudir a las vías que ofrece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Art. 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 y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Por el contrario, si el retraso tiene la entidad suficiente, por cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene establecidos, para considerarlo como funcionamiento anormal y como vulneración del artículo 24 de la CE, la pretensión indemnizatoria podría surgir como consecuencia del incumplimiento de la pretensión y al amparo que parece ofrecer el art.55.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en orden al restablecimiento del derecho vulnerado . Es decir, si el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se debe a un retraso procesal este puede incidir o no en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Pero solo cuando se de esa vulneración se podrá pretender la correspondiente indemnización al amparo del art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En caso contrario, tendremos que acudir a las vías procesales establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Resultan de especial interés las sentencias del Tribunal Constitucional Español 50/1989, 37/1982, 28/1989 y 81/1989, ya que establecen como doctrina que el derecho a ser indemnizado por dilaciones indebidas, no es en sí mismo directamente invocable y menos aún cuantificable en la vía de amparo constitucional, al no ser competente para ello el Tribunal Constitucional, según se deduce del art. 58 de la LOTC, y no ser incluíble en los pronunciamientos del art. 55 de la LOTC.

Art. 58 LOTC : “ 1. Serán competentes para resolver sobre las peticiones de indemnización de los daños causados como consecuencia de la concesión o denegación de la suspensión los Jueces o Tribunales, a cuya disposición se pondrán las fianzas constituidas .

2. Las peticiones de indemnización, que se sustanciarán por el trámite de los incidentes, deberán presentarse dentro del plazo de un año a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional”.

La Ley Orgánica 6/1985, de 7 de julio, del Poder Judicial también se enfrenta con este tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en los artículos 292 a 297. Para poder aplicar este articulado lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial deja bien claro, es que no habrá derecho a una indemnización por anormal funcionamiento cuando este se haya producido por una conducta dolosa o culposa del perjudicado (art. 295 LOPJ).

Art. 292 LOPJ : “ 1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización”.

Art 293.2 LOPJ: “ Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia e Interior, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”.

De estos artículos tan importantes podríamos sacar como requisitos imprescindibles para la petición de la indemnización:

- Los daños causados deben de ser una consecuencia directa del funcionamiento anormal de la Administración.
- Debe de ser evaluable económicamente el daño causado.
- Atribuible a una persona o grupo de personas concreto.
- Daño efectivo, real.
- Petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia

En uno de estos artículos se dice que cuando el daño causado se deba a un anormal funcionamiento de la Administración, el interesado deberá dirigir su petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta solución es un tanto paradójica ya que el perjudicado se debe dirigir al Ministerio de Justicia para que le conceda o no la indemnización y en caso de que la contestación sea negativa quedaría abierta la vía del recurso contencioso. Es paradójica porque el que plantee una solicitud de reparación por los daños derivados de la tardanza judicial podría enfrentarse con unas diligencias que probablemente se vayan a prolongar en el tiempo desmesuradamente.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 50/ 1989 ha tenido en cuenta este peligro y ha indicado, en su fundamentación jurídica, que “ la decisión del recurso ha de limitarse a constatar la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.2 CE y a declarar la conexión entre tal lesión y la previsión del art. 121 CE “.

13.3 Secreto y Proceso Penal

13.3.1 Regulación aplicable

- Constitución Española : art.18, 20.1d. (CE)
- Ley de Enjuiciamiento Criminal: art 301 y sg., 408, 506 y sg. (LECR)
- Ley Orgánica del Poder Judicial: art.396. (LOPJ)
- Código Penal: art.167, 417. (CP)
- Estatuto General de la Abogacía Española: art. 32, 78,79,80 y sg.(EGAE)

13.3.2 Concepto

El principio general del secreto externo y publicidad interna de la investigación preliminar viene proclamado en el artículo 290 del nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana.

Art. 290. Carácter de las actuaciones. “El procedimiento preparatorio no es público para los terceros. Las actuaciones sólo pueden ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes.

Los abogados que invoquen un interés legítimo son informados por el ministerio público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados que existan, con el propósito de que decidan si aceptan participar en el caso.

Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo adquieran conocimiento de las actuaciones cumplidas, tienen la obligación de guardar discreción. El incumplimiento de esta obligación es considerada falta grave.

Cuando el imputado sea un funcionario público a quien se le atribuye la comisión de una infracción en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de él, o se trate de una infracción que afecta el patrimonio público, los medios de comunicación pueden tener acceso a aquellas actuaciones que, a juicio del ministerio público, no perjudiquen la investigación ni vulneren los derechos del imputado.

Así podemos comenzar destacando:

El secreto externo rige con las excepciones contempladas en el Art. 290 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, en todos los trámites de la investigación preliminar ha de ser tenido en cuenta.

El secreto de la investigación preliminar no constituye un límite del derecho a un proceso público. Una vez concluido esta etapa por parte del ministerio público, la etapa siguiente, la relativa a la audiencia preliminar, a cargo del Juez de la Instrucción, será oral y pública, conforme dispone el Art. 298 del Código Procesal Penal.

Tanto el Tribunal Constitucional Español, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no cuestionan la constitucionalidad de la existencia de una fase del proceso penal, la fase de sumario o de diligencias previas, que esté regida por el principio del secreto externo e interno. Lo que el

Tribunal Constitucional establece a través de sus sentencias (Sentencias del Tribunal Constitucional 176/88 y 13/85) es que las excepciones al principio de publicidad que rige el proceso previstas en el art.120.1 de la Constitución Española se acomodan a tres condiciones:

- Su regulación en norma con rango de Ley.
- La justificación del caso de excepción en la protección de otro bien constitucionalmente relevante.
- La congruencia entre la medida prevista o aplicada y la preservación del bien o valor que se trata de garantizar.

Art. 120 CE: “ 1.Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”

Así, el secreto es genéricamente conforme con la CE, aunque no viene impuesto o exigido directamente por un precepto constitucional, pero su simple invocación no constituye fundamento suficiente para limitar más derechos que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto.

Hay que señalar que una cosa es que ningún precepto de la CE exija directamente el secreto del sumario y otra que dicho secreto no sea una opción legislativa idónea para proteger valores superiores del ordenamiento e incluso derechos fundamentales. Ya que el secreto en la medida que ayuda a la segura represión del delito, constituye una garantía institucional del derecho fundamental a la seguridad.

13.3.3 Objeto

El secreto de la investigación preliminar tiene por objeto impedir interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación, en su objeto de averiguar la verdad de los hechos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 176/88, refiriéndose al secreto sumarial señala que este tiene justificación constitucional en la necesidad de asegurar la investigación de la verdad de los hechos, exigida por el interés de la justicia penal.

El secreto se justifica sobre todo porque trata de garantizar el éxito de la instrucción evitando el riesgo de que interferencias indebidas frustren la investigación.

El ámbito lícito de aplicación del secreto sumarial está condicionado al cumplimiento de sus fines constitucionales más directos: la protección de la Justicia penal y de su necesaria eficacia en la represión del delito, como expresión de la seguridad individual y colectiva que la CE proclama.

13.3.4 Ámbito

El Juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción. Así, viene obligado a emplear la máxima diligencia en practicar, dentro del plazo acordado en el art.320 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las pruebas correspondientes. Aunque el Juez puede impedirlo y prorrogar este plazo para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985 nos dice que la regulación del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información, sino a un impedimento al conocimiento por parte de cualquiera. Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán ser objeto de difusión por cualquier medio, implicando un límite al derecho a la información pero sólo en la medida en que aquello que se quiera difundir haya sido obtenido ilegítimamente, estando frente a lo que se denomina “revelación indebida”.

La razón estriba en que si para las partes personadas, excepción hecha del Ministerio Fiscal, pueden ser secretas las actuaciones sumariales, también han de serlo para cualquier tercero ajeno al proceso, sea periodista o no.

Reviste especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo 1020/95 de 19 de octubre ya que dice que el secreto sumarial se circunscribe al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentados en los folios correspondientes, así como a los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero que no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o a aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También van a carecer de esa consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos.

A tenor del art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, parece ser que ha de ser interpretado que el secreto afecta estrictamente a lo que son las actuaciones sumariales, pero no al segmento de la realidad a que se refiere la investigación judicial. Si esto es así, el secreto se extiende tan sólo a las

propias actuaciones judiciales y no a la realidad social objeto del sumario, que seguirá confiada a la más plena libertad de información y resultará imposible que el instructor pueda realizar prohibiciones de difusión de determinadas informaciones. Nada podrá impedir que se difundan las mismas opiniones de los protagonistas del suceso o su versión de los hechos y por esa vía, ningún mecanismo legal podrá arbitrarse para que todo el contenido de la instrucción pueda hacerse público.

13.3.5 Protección jurídica de la investigación preliminar

El nuevo Código Procesal Penal dominicano, en su artículo 290, dispone que constituye una falta grave revelar detalles de la investigación preliminar que violente su carácter secreto.

A diferencia del nuevo régimen dominicano, el ordenamiento español impone una serie de sanciones, establecidas en el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento criminal:

A) Si el autor de la indebida revelación de los datos sumariales es un funcionario público, podrá incurrir en responsabilidad criminal (art. 417 CP) y en responsabilidad de tipo disciplinario

Art 417 CP: “1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años , e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.”

Las penas se gradúan según resulte o no grave daño para la causa pública o para un tercero, impidiéndose igualmente pena agravada si se trata de secretos de un particular.

Art. 167 CP :” La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de

inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años”.

Cuando la revelación se refiere a actuaciones procesales cuyo secreto ha sido declarado judicialmente y el autor es el Juez, un miembro del Tribunal, el Ministerio Fiscal, el secretario judicial o cualquier otro funcionario al servicio de la Administración de Justicia, esas penas deben imponerse en su mitad superior por prescripción del art 466.2 del CP.

Art. 466 CP:” El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior”.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, hay que buscarla en los distintos textos estatutarios de los diferentes funcionarios públicos que intervienen en un proceso.

Para los Jueces y Magistrados se establece la prohibición en art. 396 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prohibiéndoseles la revelación de hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas conocidas en el ejercicio de sus funciones.

B) Si no se trata de funcionario público, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece una sanción de tipo gubernativo que impondrá el mismo instructor por una cuantía.

Si se trata de un letrado, además podrá incurrir en sanción disciplinaria que se impondrá por vía corporativa, regulada en el art. 80 y sg. del Estatuto General de la Abogacía Española (E.G.A.E.). Ya que como establece el art. 32 del Estatuto General de la Abogacía Española los abogados deben guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

Art. 80 EGAE : “ Los abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales o deontológicos.

Las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los abogados se ajustarán a lo dispuesto en las leyes procesales. Las sanciones o correcciones disciplinarias que impongan los Tribunales al abogado se harán constar en el expediente personal de éste, siempre que se refieran directamente a normas deontológicas o de conducta que deban observar en su actuación ante la Administración de Justicia.

3. Las sanciones disciplinarias corporativas se harán constar en todo caso en el expediente personal del colegiado”.

También, aunque no siempre, podrá originarse una responsabilidad de tipo civil al amparo de la Ley Orgánica 1/ 1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

La responsabilidad penal de los profesionales de la abogacía es casi absolutamente descartable en la actualidad, a pesar de que viene regulada en los artículos 78 y 79 del Estatuto General de la Abogacía Española y en el art. 466 de Código Penal , podrá cubrir algunos supuestos.

Art. 78 EGAE:” 1. Los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión.

2. Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio”.

Art. 79 EGAE: “El abogado que reciba el encargo de promover actuaciones de cualquier clase contra otro profesional, deberá informar al Decano del Colegio para que pueda realizar una labor de mediación, si la considera oportuna, aun cuando el incumplimiento de dicho deber no pueda ser disciplinariamente sancionado.

Art. 466 CP: “ 1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad

judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.”

El tipo penal, se refiere de modo exclusivo a las actuaciones realizadas bajo el secreto sumarial interno. Lo lógico sería extender el ámbito de la infracción a toda violación del secreto sumarial externo, sin ceñirse a los casos en los que existe una declaración judicial de secreto sumarial para las partes, porque en esos casos difícilmente el letrado va a conocer esas actuaciones.

La posible responsabilidad penal del periodista, a título de cómplice o cooperador, que divulga información ilícita recibida de un funcionario, de un letrado, procurador o cualquier otro particular que intervenga en el proceso es muy difícil de articular. El secreto profesional del periodista dificulta la investigación de esas filtraciones y en consecuencia, los procesos penales por estas infracciones acaban en autos de sobreseimiento.

Tema 14

La Presunción de inocencia

Autores:

Francisco Domínguez Brito

Abogado

Carlos Suárez González

Abogado

Sumario

14.1 Concepto

14.2 La presunción de inocencia fuera del Derecho Penal

14.2.1 Presunción de inocencia y Derecho Laboral

14.2.2 Presunción de inocencia y Derecho Administrativo

14.2.3 Presunción de inocencia y Derecho Matrimonial

14.2.4 Presunción de inocencia y responsabilidad civil

14.3 Presunción de inocencia y medidas cautelares

14.4 Presunción de inocencia y la prueba

14.4.1 Lo probado en el proceso

14.4.2 Prueba obtenida con las garantías legales y constitucionales

14.4.3 La formación de la convicción del juez sobre la valoración de la prueba y la exteriorización motivada

14.5 Presunción de inocencia y decisión

14.5.1 Presunción de inocencia e indubio pro reo

14.5.2 Presunción de inocencia como principio general valorativo

14.1 Concepto

El origen de la expresión “presunción de inocencia” probablemente hay que encontrarlo en el Art. IX de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano “tout homme étant presumeé innocent ...”

No obstante la expresión ha sido objeto de crítica prácticamente unánime desde el punto de vista de la técnica jurídica, ya que no se trata de una presunción, concebida como deducción de una consecuencia a partir de un hecho base. Pero hemos de recordar que también el Código Civil Español en su Art. 434 establece una regulación semejante respecto de la buena fe “La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”.

Por tanto, se trata de una convención/presunción de la que hay que partir y que en este caso admite (y exige) para desvirtuarla una prueba en contrario.

Mayor crítica merece la expresión del Art. 24 de la Constitución Española, que se refiere al “derecho a la presunción de inocencia”, lo que sólo puede admitirse como una forma incorrecta de expresión, aunque tiene el mérito de destacar que la presunción de inocencia pertenece al elenco de los derechos fundamentales de la persona.

Quizá pudiera hablarse de “principio de inocencia”, pero aunque fuera, insistimos más correcto, lo cierto es que la expresión “presunción de inocencia” se ha extendido suficientemente, y un cambio de denominación podría resultar perturbador e inducir a confusión.

En todo caso, lo fundamental es hablar de “inocencia” de manera que se recoge así de forma más breve el principio de que ha de considerársele inocente a toda persona hasta que se demuestre lo contrario.

En cualquier caso, aun cuando esta expresión, es vecina, y obviamente emparentada con otras tales como: “culpable más allá de toda duda razonable”, “derecho a un juicio justo”, “proceso debido”, “juicio justo”, “in dubio pro reo”, etc., no deben concebirse como sinónimos, ya que la presunción de inocencia, si queremos que sea útil, debe ser considerada con unos perfiles característicos.

De todas maneras, como ha puesto de relieve Vegas Torres¹ la presunción de inocencia puede concebirse, en primer término, como el concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, de manera que dicho principio fundamental del proceso, consiste en las garantías para el imputado frente a la actuación punitiva pública.

1 VEGAS TORRES, Jaime, “Presunción de inocencia y prueba en el Derecho Penal. La Ley. Madrid. 1993.

En una segunda acepción, más limitadamente, se trataría del tratamiento del imputado durante el proceso penal, partiendo de la premisa de su inocencia, y por tanto reduciendo al mínimo cualquier consecuencia negativa por razón del propio proceso.

Y en una tercera acepción, la presunción afecta al juicio de hecho de la sentencia penal, de modo que no puede haber condena si no ha existido una prueba completa y suficiente suministrada por la acusación.

De entre los tres, creo mas útil la primera, en la medida en que otorga un mayor contenido garantista, y que, permite incluir a las otras dos acepciones, fundamentalmente referidas a las medidas a adoptar, a la prueba y a la sentencia, aunque en ocasiones, como veremos las declaraciones de derechos humanos, parecen atribuirle un contenido coincidente con las otras acepciones.

No puede hablarse de presunción de inocencia, sin citar al Marques de Beccaria y a su libro “De los delitos y de las penas”.² Dicho libro fue publicado en Europa a mediados del Siglo XIX y en sus breves paginas se contiene una crítica al sistema punitivo existente y ello, como relata el propio Beccaria, no desde el punto de vista de la piedad, sino desde un punto de vista filosófico, apoyándose precisamente en la incongruencia que supone la aplicación del tormento para averiguar si alguien es o no culpable, de modo que como diría Voltaire, “ignoro aún si eres culpable y te atormentaré para saberlo; si eres inocente, no expiaré las mil muertes que te he hecho sufrir, en lugar de una sola que te preparaba”.

³ Hay que hacer notar que la crítica de Voltaire no sólo es al tormento, sino también a los excesos de la prisión provisional, asunto que desgraciadamente no ha perdido actualidad.

A partir de ahí, esas ideas se han ido imponiendo y accediendo, como veremos, no sólo a las Constituciones, sino también a las declaraciones universales y regionales de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la presunción de inocencia, no ha quedado al margen de discusiones doctrinales, ligadas, en algún caso a las ideas políticas de la época, pues no cabe duda que un Estado fuertemente autoritario acepta con dificultad una generosa aplicación de la presunción de inocencia, y prefiere recortarla en aras de una supuesta eficacia en la lucha contra los delitos, o contra alguno de ellos, porque repugnen de manera especial a la sociedad, o en ocasiones menos justificadas, que repugnen al propio Estado.

2 “De los delitos y las penas”. Traducción española, libro de bolsillo Alianza Editorial. Madrid. 1995. En esa misma edición se recoge el comentario de Voltaire a la obra de Beccaria

3 “Comentario al libro de los delitos y de las penas por un abogado de provincias”

Una polémica doctrina paradigmática, es la sostenida por la doctrina italiana y que podemos encontrar en la obra citada de Jaime Vegas.⁴

En este sentido, puede distinguirse la posición de la escuela penal clásica, especialmente la de Carrara para quien el Derecho Procesal Penal (frente al Derecho Penal), tiene por objeto la protección del ciudadano inocente, partiendo precisamente de la consideración de su inocencia. Frente a esa postura, la escuela positiva representada especialmente por Ferri, considera que es correcto partir de la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, pero presunción de inocencia sólo puede valer en el período inicial del proceso, y en relación con determinados supuestos (cuando se delinque por primera vez, no hay reconocimiento del delito, etc). Finalmente, Manzini considera que el interés tutelado en el proceso, no es fundamentalmente la defensa de la libertad, sino la represión de la delincuencia, sin perjuicio de que, como quiera que tal actividad debe ser realizada procurando evitar errores o arbitrariedades, y como un efecto reflejo de las normas, el ciudadano, encuentre tutelada su libertad individual.

Quizá esta discusión es la que ha propiciado que en Italia, se hable más de presunción de no culpabilidad, que de presunción de inocencia. Aunque no falta quien piensa que no culpabilidad e inocencia, son equivalentes, pues no existe un tercer género entre culpabilidad e inocencia.

La presunción de inocencia en las Constituciones y en las declaraciones universales y regionales de Derechos Humanos

Son muy numerosas las Constituciones en las que se recoge el principio de la presunción de inocencia de forma expresa, con esta o parecida denominación.

En otras no hay tal referencia expresa, y puede inducirse su presencia en el ordenamiento jurídico por dos vías: La primera porque se recoja un principio general en materia de derechos humanos, y más concretamente en materia de garantías procesales, que permiten incluir claramente la presunción de inocencia en dichas expresiones genéricas y en otras por la vía de la consagración constitucional de los compromisos adquiridos en los pactos internacionales de Derechos Humanos, de tal manera que al estar recogida en tales pactos la presunción de inocencia, quedan incorporados inmediatamente al ordenamiento jurídico.

La Constitución Dominicana no señala de manera expresa el principio de la presunción de inocencia. Sin embargo en su artículo 8 referente a los derechos individuales y sociales establece una serie de principios que

4 VEGAS TORRES, J. "Presunción de inocencia", cit. PAG. 20 y siguientes.

tienen que ver con la libertad de las personas y el respeto al cumplimiento de los derechos fundamentales. Dicho artículo reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual. En consecuencia la libertad es la regla y es parte de los derechos inherentes a la condición de ciudadano y de ser humano.

De la misma manera que principios como el de la inviolabilidad de la vida, la libertad de conciencia o de asociación; el de la libertad debe ser protegido y garantizado por el Estado Dominicano.

Igualmente, en el mismo artículo se establece el no apremio corporal por deuda, que no proviniere de infracción a las leyes penales, así como que nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito.

De tales planteamientos se deduce que toda prisión o detención debe ser fruto de la ponderación y el análisis de una autoridad competente, que deberá apreciar si existen los elementos para variar el estado de libertad, que como regla establece la carta sustantiva.

Si bien es cierto que la Constitución Dominicana no consigna el principio de presunción de inocencia de manera expresa, al establecer como regla la libertad individual y el cumplimiento ciertas normas para la legalidad de la detención, de manera implícita reconoce dicho principio.

Asimismo, la Constitución Dominicana fortaleciendo este principio señala que toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona.

La presunción de inocencia la encontramos también en los pactos internacionales, especialmente en las declaraciones de carácter universal, y en este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966, en su Art. 14-2, recoge de manera expresa la presunción de inocencia, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, se expresa de nuevo, que toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad.

Entre las declaraciones o pactos que afectan a una región, es oportuno destacar por lo que a Europa respecta, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, que en su Art. 6.2 señala que toda persona se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

En lo que a América respecta, en el año 1948 en Bogotá, Colombia fue aprobada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre, la cual en su artículo 26 señala “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”. Igualmente el llamado pacto de San José, suscrito en Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969 o Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Art. 8.2, dice: “Toda persona inculpada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Significado de la presunción de inocencia.

Queda así constatado que el principio de presunción de inocencia, constituye una de las garantías fundamentales del proceso. Tal y como hemos señalado está expresado en la Constitución de diferentes naciones y en la mayoría de las leyes adjetivas.

En República Dominicana el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 14 establece “que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta que una sentencia irrevocable declare su responsabilidad”. Asimismo “que corresponde a la acusación destruir dicha presunción” y “que en la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad”.

Igualmente, el artículo 90 de la ley 224 que establece el Régimen Penitenciario en la República Dominicana señala que “los reclusos encausados o sujetos a prisión preventiva gozan de una presunción de inocencia y deberán ser tratados en consecuencia”

No obstante, el problema sigue centrado en averiguar dentro de los diversos que se han manejado, cual es el significado de la presunción de inocencia.

Estimo prudente huir de una significación excesivamente amplia, de tal manera que se identifique presunción de inocencia, con “juicio justo” o con la suma de garantías procesales en el juicio penal, porque la presunción de inocencia, con tener la cualidad de principio fundamental, no agota en sí mismo, todo el contenido de las garantías procesales, refiriéndose, a determinados aspectos, insistimos, sin perjuicio del carácter de idea fundamental o idea-fuerza en el proceso penal.

Pero, tampoco parece oportuno limitar excesivamente la aplicación de la presunción de inocencia, por ejemplo, haciéndola coincidir con el principio “in dubio pro reo”, es decir, relacionar la presunción de inocencia, exclusivamente con la sentencia, o exclusivamente con la prueba.

Entiendo, por ello, que la presunción de inocencia, se refiere al trato procesal que debe recibir el acusado (y empleo la palabra en su sentido más amplio) en el proceso penal.

Y por ello, esta presunción de inocencia, despliega su efecto en tres campos fundamentales. Por un lado, respecto de aquellas medidas que pueden adoptarse respecto del acusado, y que resultan, de alguna forma limitativas de su libertad (registros, escuchas, prisión provisional, detención, etc.). En segundo lugar, respecto de la prueba, en sus dos fases de existencia de la prueba como tal para destruir la presunción, y la valoración de la prueba o de determinados elementos de la misma. Y en tercer lugar, en la sentencia, declarando la inocencia, si no se ha destruido la presunción de que hablamos.

Y aun ha de decirse algo más, y es que el concepto de “proceso”, ha de considerarse en un sentido amplio, y por ello, no puede aceptarse lo que señala algún sector de la doctrina ⁵, según el cual, la presunción desempeña su eficacia desde la acusación penal; cuando, la presunción de inocencia, debe desplegar su eficacia en el momento en que es necesaria, es decir, cuando en sede policial o jurisdiccional, existe una imputación, aunque sea potencial, es decir, en forma de sospecha.

Así pues, queda delimitado, en nuestro criterio, el ámbito temporal y espacial de la presunción de inocencia. Desde el punto de vista temporal, la presunción de inocencia, despliega su eficacia en el momento en que surge la sospecha contra una persona y en virtud de esa sospecha va a producirse alguna actuación; tal actuación debe estar ya realizada desde la idea de la presunción de inocencia.

Y por otro lado, esta presunción afecta a las medidas, a las pruebas y a la decisión final.

Con todas estas consideraciones, es posible ofrecer un concepto de la presunción de inocencia, considerando como tal a aquel principio según el cual es necesario que la culpabilidad sea probada por los medios establecidos en la ley, con las garantías constitucionales, que tales pruebas sean de cargo y valoradas razonablemente. No imponiendo al imputado medidas sólo aplicables al culpable y declarando su inocencia en caso de incertidumbre.

14.2 La Presunción de Inocencia fuera del Derecho Penal

No cabe duda de que el ámbito propio de la presunción de inocencia es el correspondiente al Derecho Penal.

Así lo atestigua, no sólo su origen al que hemos hecho referencia más arriba, sino también las declaraciones de derechos fundamentales citadas, que contemplan la presunción de inocencia como una exigencia del Derecho Penal.

5 Guerra San Martín con Belloch Julbe, y Torres y López de Lacalle “El derecho a la presunción de inocencia”. La Ley. 1982. -4

Tengo, por cierto, que el constituyente español de 1978, pensaba, sin duda, en los aspectos penales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español en su sentencia de 21 de Abril de 1986, parece extender el ámbito de la presunción de inocencia a “cualquier decisión judicial o administrativa, que se base en la conducta de las personas, y de la que se derive un resultado sancionatorio para ellas, o limitativo de sus derechos”.

El carácter proteico de la presunción de inocencia, ha motivado que en base a la sentencia dictada, se haya tratado de trasladar el ámbito de la presunción de inocencia, no sólo al derecho sancionador como género del que es especie el derecho penal, sino a otro tipo de normas, lo que ha propiciado a su vez decisiones jurisprudenciales, haciendo retornar la presunción de inocencia al ámbito que le es propio.

14.2.1 Presunción de inocencia y Derecho Laboral

En congruencia con lo señalado mas arriba, la presunción de inocencia será aplicable en el proceso laboral en los aspectos puramente sancionadores, es decir, cuando se trate del despido disciplinario o de la imposición de algunas sanciones por las conductas observadas en el trabajo.

Y por aplicación de esta misma lógica, queda excluida la presunción de inocencia de cualquier otro proceso laboral.

En esta línea, ha podido plantearse en alguna ocasión la incidencia de la presunción de inocencia cuando unos mismos hechos son conocidos por el Tribunal Penal y el Tribunal Laboral, debiendo entenderse que puede operar en forma distinta, ya que la jurisdicción penal, pretende averiguar la comisión de un delito e imposición de la pena al delincuente, y la jurisdicción laboral, lo que pretende es determinar si es adecuada la sanción de despido, o cualquier otra a una conducta observada en el trabajo. Sin embargo, dado el carácter de mínimos que debe tener el Derecho Penal, no cabe duda que la apreciación del ilícito a efectos laborales, no condiciona en absoluto la resolución penal, pero si existe una condena penal por delito, resultará más difícil considerar que esa conducta que supone la transgresión de una exigencia mínima, no es suficiente para justificar una sanción en el ámbito laboral. En todo caso, es útil afirmar que la presunción de inocencia, se aplica exclusivamente al derecho sancionador laboral.

14.2.2 Presunción de inocencia y Derecho Administrativo

Es conocido que una de las ramas del Derecho Administrativo, es el Derecho Administrativo sancionador, que no se limita solo a la relación funcional (en cierto modo a la manera que hemos visto del Derecho

Laboral), sino a numerosísimas manifestaciones en diversas materias; el orden público, el urbanismo, medio ambiente, y un larguísimo etc.

En este sentido, no cabe duda que la presunción de inocencia se aplica a este Derecho Administrativo sancionador y por lo tanto, la imposición de las sanciones, de la misma manera que la imposición de las penas, tendrá que superar la presunción o principio de inocencia.

14.2.3 Presunción de inocencia y Derecho Matrimonial

La aplicación de la presunción de inocencia en los procesos matrimoniales, tropieza no solo con dificultades dogmáticas, sino también con la concepción actual de estos procesos.

En efecto, en la antigua consideración del proceso matrimonial, se trataba de averiguar “culpabilidades”, es decir, cual de los cónyuges, con su actuación, había dado lugar a la crisis matrimonial, y en definitiva, a quien se podía imputar esa crisis, de lo cual, no solo se derivaba la mera consideración, sino también consecuencias prácticas, tanto respecto de la guarda y custodia de los hijos, e incluso en aspectos de trascendencia puramente económica.

En la actualidad, no se trata de buscar a quien imputar la crisis, sino por el contrario, de salvaguardar los intereses necesitados de protección, y de forma muy especial, el interés de los hijos, sin tener en cuenta la culpabilidad de uno u otro cónyuge, por lo que, al faltar en gran medida la trascendencia de valoración de las conductas, la presunción de inocencia, tiene una eficacia limitada.

No obstante, es forzoso reconocer que de alguna forma, se valoran conductas no tanto de cara a determinar la responsabilidad de la crisis, cuanto a constituirse en síntomas que permiten adoptar decisiones para el futuro.

Sólo en esos aspectos, podría hablarse de presunción de inocencia en el limitado sentido de superar una prueba para efectuar dicha valoración, pero debiendo tener muy presente que las medidas que el Juez matrimonial adopta, tienen carácter discrecional, y especialmente deben atender al interés de los hijos y de la familia como tal, y no de los cónyuges en particular.

14.2.4 Presunción de inocencia y responsabilidad civil.

Aún cuando quizá no hubiera una dificultad dogmática de aplicación, es lo cierto que en los procesos de responsabilidad civil, rigen principios muy diferentes, incluso, a través de un análisis económico del derecho, pueden llegarse a fórmulas donde las indemnizaciones al perjuicio, están

separadas de la imputabilidad o culpabilidad (piénsese en los Fondos de Garantía, de Riesgos Laborales, de Riesgos del tránsito rodado, etc), pero, incluso aunque se siga manteniendo un modelo de imputación personal semejante a la culpa aquiliana, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad civil, pretende indemnizar el daño sufrido, y en ella lo pertinente es hablar de causante y no de culpable.

14.3 Presunción de inocencia y medidas cautelares

El respeto por el principio de la presunción de inocencia, comienza con las primeras medidas restrictivas de libertad que las autoridades policiales, del ministerio público o judiciales deberán tomar. Si la libertad es la regla, las medidas coercitivas tendientes a limitarla deben ser excepción.

El nuevo Código Procesal Penal Dominicano establece claramente los requisitos que hay que cumplir para tomar estas medidas, señala en su artículo 15 “que las medidas de coerción, restrictivas de libertad personal o de otros derechos, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar. Igualmente el artículo 222 del mismo Código establece “que sólo pueden ser impuestas mediante la resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado”.

Está claro, que en materia de flagrancia las primeras medidas restrictivas de libertad no requieren de muchos formalismos. La nueva legislación procesal plantea en su artículo 224 que la policía no necesita de orden judicial cuando el imputado es sorprendido en el momento de cometer el hecho punible o inmediatamente después, o mientras es perseguido, o cuando tiene objetos o presenta rastros que hacen presumir razonablemente que acaba de participar en una infracción. En este caso no sólo la policía puede practicar el arresto, sino cualquier persona, con la obligación de entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más cercana.

Se puede ordenar también la detención, sin orden judicial, cuando el imputado se ha evadido de un establecimiento penal o centro de detención o si tiene en su poder objetos, armas, instrumentos, evidencias o papeles que hacen presumir razonablemente que es autor o cómplice de una infracción y puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar. En todos estos casos la autoridad policial que practique el arresto debe ponerla, sin demora innecesaria, a la orden del ministerio público, para que éste si lo estima pertinente, disponga su puesta en libertad o solicite al juez una medida de coerción.

Estos límites a la restricción de libertad, no afectan solamente a las primeras medidas cautelares, sino también a la misma prisión provisional, aun sea emitida por una autoridad judicial competente. Uno de los graves problemas de los sistemas de justicia de América Latina es el alto número de presos preventivos en las cárceles. Gran cantidad de personas se encuentran detenidos mientras dura el proceso el cual como consecuencia de su ineficiencia se hace interminable. De acuerdo con la Doctora Tirza Rivera-Cira en su estudio “El sector Justicia y La Reforma Judicial en la República Dominicana” para el año 1995 el número de presos preventivos alcanzaba el 87% y “sólo un 13% había sido condenado por los tribunales y en septiembre de 1999, un 88% seguía siendo preventivo. Vale la pena aclarar, que de este 88% un 74% nunca ha sido condenado por un tribunal y que el 14% restante ya han sido condenados en primera instancia pero su caso está siendo apelado.” (Rivera-Cira, Tirza, “El Sector Justicia y la Reforma Judicial en la República Dominicana”, Fundación Institucionalidad y Justicia y Proyecto de Modernización de Tribunales, Editora Amigo del Hogar, Santo Domingo, 2000, pag 96)

Como podemos observar, el abuso de la prisión preventiva o de la prisión provisional fruto de la ineficiencia del sistema es una de las violaciones más importantes al principio de la presunción de inocencia. Si no se establecen límites o un plazo razonable a los procesos indudablemente que no se garantiza el juicio debido y el estado de derecho.

El Tribunal Constitucional Español, en una sentencia de 27 de Setiembre de 1997, hacia referencia a esta cuestión, y señalaba “que la presunción de inocencia impone a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional, ciertos límites infranqueables”.

Y entre tales límites, están los siguientes:

En primer lugar, que solo allí donde existan indicios racionales de criminalidad se establezca, pues de otro modo, viene a garantizarse el proceso a costa de la libertad. El hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva.

Y consiguientemente, ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción, que todavía no se halla jurídicamente establecida, y con mayor razón ha de proscribirse la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, u obtener pruebas o declaraciones, pues utilizar con tales fines la privación de libertad, supone exceder los límites constitucionales.

Por consiguiente, la idea de la presunción de inocencia, determina límites, incluso, como antes señalábamos a la actuación previa a una imputación formal, límites que son también de aplicación en sede policial.

Y ello por la sencilla razón de que las medidas se adoptan respecto de quien ha de ser considerado como inocente, en tanto no se declara lo contrario.

El tema más importante, como lo revela la exposición anterior, es el de la privación de libertad con carácter provisional, y antes de que comience el proceso en sentido estricto.

Nadie admite que la prisión provisional sea incompatible con la presunción de inocencia, y por consiguiente, es posible la prisión provisional, pero la presunción de inocencia, le impone una serie de requisitos insoslayables.

Como señala la sentencia comentada la prisión no puede utilizarse como un instrumento de presión, para obtener datos o confesiones, y desde luego, en ningún caso, la prisión puede ser un medio de castigo, en la medida en que no hay delincuente.

El nuevo Código Procesal Penal Dominicano en su artículo 8 establece el principio, mediante el cual “toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable y a que se resuelva en forma definitiva acerca de la sospecha que recae sobre ella”. La misma legislación establece que la duración máxima de todo proceso es de tres años a partir del inicio de la investigación. Dicho plazo sólo podría extenderse por seis meses en caso de sentencia condenatoria, a los fines de permitir la tramitación de los recursos. Vencido el plazo se extingue la acción penal.

Sin embargo, es claro que hay razones que permiten al Juez adoptar esa medida privativa de libertad.

- La primera es que exista el riesgo serio de que disfrutando de libertad, se sustraerá a la acción de la justicia, pero admitida pacíficamente la posibilidad, en función de la efectividad futura de la pena, es preciso que se adopte la medida, con limitaciones, básicamente las siguientes.

En primer término, que existan indicios racionales de criminalidad. En segundo, que efectivamente, las circunstancias del caso, hacen temer la huida; en tercer lugar, que no pueda ser sustituida por otras medidas de aseguramiento (por ej. la constitución de una fianza) y en cuarto lugar, que esa decisión esté motivada, es decir, que los requisitos anteriores, aparezcan explicitados en la resolución que al respecto se dicte, resolución que debe tener acceso a un recurso.

Y finalmente, que la intensidad y la duración, sean las menores posibles, para obtener la finalidad justificativa.

Una segunda razón, es la de impedir que en libertad pueda el sospechoso frustrar actuaciones necesarias para la investigación.

Salvo casos muy especiales, es ésta una medida que debe concluir en poco tiempo, pues es en los primeros momentos del descubrimiento del delito y de la práctica de las averiguaciones, cuando mayor riesgo de frustración existe.

Y naturalmente, deben observarse los requisitos de motivación, etc. a que antes hemos hecho referencia.

- Una tercera hipótesis, de contenido más variado e impreciso, y por tanto con mayor peligro, es la denominada “alarma social”.

Existe un caso en el que puede hablarse con precisión de alarma social, y es aquel, en el que existen razones fundadas para suponer que el individuo en libertad, puede volver a delinquir, lo que naturalmente produce alarma entre las potenciales víctimas. Se trata del deber genérico de evitar la comisión de un delito.

Una segunda acepción, haría coincidir la alarma social con una suerte de escándalo, de manera que la puesta en libertad de un delincuente escandaliza a aquellos que han tenido conocimiento de un delito particularmente odioso o inadmisibles.

En este punto, no está de más recordar que lo que ha de producir escándalo, no es el presunto autor, que en ese momento ha de ser considerado inocente, sino el delito, es decir, la acción de que se trata, y por consiguiente no parece lícito privar de libertad a una persona porque de otro modo se podría producir una alarma en el sentido de escándalo, si bien, en algún caso puede estar justificada al haberse producido la detención “in flagranti” o por la confesión pública del acusado, o por haber presenciado la comisión muchas personas, etc.

En todo caso, no debe confundirse la alarma social surgida espontáneamente en el grupo social y la alarma mediática, que surge de los llamados “juicios paralelos”.

14.4 Prevención de Inocencia y la Prueba

La apreciación primaria de la presunción de inocencia, está relacionada con la prueba, pues tal presunción de inocencia, se mantiene incólume, salvo que pueda acreditarse lo contrario. O dicho de otro modo: La

presunción de inocencia, sólo puede vencerse mediante la prueba de la culpabilidad.

Pero además, esa prueba, no ha de hacerse de cualquier manera, sino que tiene una serie de requisitos o exigencias, y en este sentido, seguimos a Vegas Torres ⁽⁶⁾ y estos son; que exista una prueba que se produzca en el proceso, que esa prueba haya sido obtenida con las garantías legales y constitucionales, que tenga carácter incriminatorio y, que, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia, lleve al convencimiento del Juez la certeza de la culpabilidad, pero a través siempre del conocimiento que deriva de la prueba y no exclusivamente de su íntima convicción.

El nuevo Código Procesal Dominicano en su artículo 26 establece el principio de la legalidad de la prueba, mediante el cual “los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código.”

14.4.1 Lo probado en el proceso

Como señalábamos mas arriba, la primera exigencia es que la prueba se produzca dentro del proceso, y ello, de manera especial aparece justificado por una cuestión de control: si el Juez utiliza como pruebas aquellas que no se producen “o reproducen” dentro del proceso, es difícil controlar si el conocimiento de los hechos por parte del Juez en los que basa su convicción, se ha realizado con arreglo a las garantías legales y constitucionales, aunque no debe despreciarse como argumento secundario, que de la misma manera que el Juez no puede ser Juez y parte, tampoco es bueno que sea a la vez, Juez y testigo.

Sin embargo, coincidimos con Vegas en el sentido de considerar la necesidad del control como el argumento más importante, control que se produce si la prueba se practica en el proceso, normalmente de una manera pública, y en todo caso, con la constancia fehaciente del depositario de la fe pública judicial. Esta constancia y publicidad, permiten el control superior que de otro modo no existiría.

Sin embargo, no sería lógico perder posibilidades de una prueba tan cualificada como la de un Juez, y por ello, debe procurarse su intervención como testigo en el proceso, ya sea a través de aportaciones o representaciones e incluso, conociendo en el seno del proceso lo que había conocido extraprocesalmente, y en aquellos casos en que no fuera posible la reproducción o la nueva constancia de los viejos hechos, lo razonable sería la abstención del Juez, que comparecería como testigo, encomendándose la tarea de juzgar a otro Juez.

6 VEGAS TORRES, obr. cit. “presunción de inocencia”. Pág. 45.

Ello, no altera la idea del Juez competente, ya que actuaría como una causa de abstención.

No obstante, hay determinados hechos que son conocidos por el Juez, pero también son conocidos por la generalidad de las personas, y respecto de estos, es tradicional señalar que no hace falta prueba, y por supuesto, en estos casos, no se aplicará la regla anterior, pues las razones del control desaparecen, y esos hechos no son sólo conocidos privadamente por el Juez, sino que son conocidos por la mayoría de los ciudadanos.

Ahora bien, estos hechos notorios, sí están sujetos a un control, y es que el Tribunal debe manifestar expresamente que se trata de hechos notorios, es decir, no de hechos conocidos por el Tribunal, sino de hechos conocidos por la generalidad de las personas, y esa declaración del Tribunal permite al Tribunal Superior en un eventual recurso, depurar si efectivamente se trataba de hechos notorios o no, y revocar la sentencia, si hubiera estado basada en hechos que se dicen notorios no siéndolo, y que por ello, no han sido objeto de prueba.

Por consiguiente, es posible que accedan al proceso, los datos de conocimiento de un Juez, bien mediante la reproducción, bien, dejando de ser Juez en ese proceso. No es aplicable, ya que no hay razón de control esta posición, a los hechos notorios, respecto de los cuales, lo que debe exigirse es la declaración de notoriedad por el Tribunal, cuya declaración puede ser objeto de revisión, y por consiguiente, permite el control.

Hay otro tipo de conocimientos, no relativos a hechos, sino a reglas de conocimiento de ideas, o de sucesos, que forman parte de la cultura, y no de la relación inmediata de los hechos relativos a la comisión del delito en concreto que se juzga.

Puede suceder que estas reglas o máximas de experiencia, sean de general conocimiento, en cuyo caso, estamos en una situación semejante a la de los hechos notorios, de manera que a éstas, las pudiéramos denominar como reglas notorias, es decir, aquellas que son conocidas por la generalidad de las personas con una formación básica.

Por el contrario, si se trata de reglas científicas especializadas, no cabe admitirlas en el proceso, aunque el Juez las conozca, porque en ese caso, se estaría convirtiendo el Juez, como antes, en juez y testigo, ahora en juez y perito, y asimismo, por razones de control. Puede el Juez, ser un experto en pintura del renacimiento, y ser útil su aportación en un delito de falsificación de algún cuadro de esa época, y probablemente será muy difícil que pueda juzgar prescindiendo de su propio conocimiento. Pero no se trata de un conocimiento general, sino de un conocimiento

especializado, y por ello, sería preciso que actúen los peritos, que pueden ser objeto de preguntas, aclaraciones, nuevas informaciones, etc. Probablemente al Juez le resulta de utilidad estos conocimientos periciales distintos del derecho, pero de lo que se trata aquí es de las garantías de la prueba.

Por citar un caso práctico, el de la sentencia de 14 de Febrero de 1990 del Tribunal Supremo Español, en el que se estima el defecto cometido al no solicitar una pericial para la traducción de documentos del idioma francés, por señalar la sala de instancia que conocía dicho idioma, cuyo conocimiento no es general o generalizado.

14.4.2 Prueba obtenida con las garantías legales y constitucionales

La segunda exigencia es que la prueba no ha de obtenerse de cualquier modo, sino que tiene que lograrse con respeto no ya solo a las garantías constitucionales, sino también con respecto a la legalidad, ya que de otro modo, esa prueba calificada de ilícita o ilegítima no producirá el efecto de romper la presunción de inocencia, e incluso, como se ha dicho en la jurisprudencia americana, (la doctrina de los frutos emponzoñados) el comienzo ilegítimo de la prueba determina la contaminación de los actos posteriores que derivan directamente de ella.

La nueva legislación procesal dominicana en su artículo 167 ha establecido que “no puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado”.

El proceso se concibe como un medio para resolver los conflictos interindividuales, en este caso, el conflicto entre la sociedad representada por las entidades públicas y el reo, o incluso entre las víctimas del delito y el reo, y esa resolución del conflicto a través de la aplicación de las normas, la hace el juez y la hace precisamente a través de un proceso, el cual supone una ordenación reglada de actos, pero además de eso, necesita respetar una serie de principios que conocemos con el nombre de derechos o garantías constitucionales del proceso.

De manera que esa prueba, debe respetar en primer término una serie de exigencias de rango constitucional y el derecho a ser advertido del delito por el que se le persigue el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a la asistencia y defensa por parte de

un abogado; el principio de intermediación del juez en la realización de esas pruebas, y esa fase previa instructora, debe realizarse siempre bajo el control del juez, que se convierte, no sólo en averiguador donde existe el juez de instrucción, sino también en garante de que esas pruebas se obtienen con arreglo a los requisitos constitucionales y tales pruebas deben después reproducirse en público, y ser sujetas a crítica, para validarse definitivamente y adquirir el rango de prueba legítima.

Y tales pruebas, deben hacerse de una manera oral y pública, precisamente para que pueda ser objeto de crítica y de control esa actividad probatoria, e incluso debe tratarse de reproducir aquellas pruebas que hubieron de hacerse en la fase de instrucción, y que por alguna razón no pueden ser realizadas de nuevo, sino exclusivamente reproducidas de forma documental o a través de medios mas modernos de grabación.

Y debe permitirse la contradicción, como exigencia fundamental de la actividad probatoria en el proceso, y el proceso debe ser fundamentalmente público, aún cuando razones excepcionales de moralidad o de otras, permiten que todo o parte de un proceso pueda realizarse a puerta cerrada, pero naturalmente esta posibilidad puede considerarse como una excepción y debe estar soportada en una decisión motivada y razonable.

Existen también otras garantías de intermediación judicial que pueden en determinados casos permitir algunas intromisiones en las personas, por ejemplo, la realización de un análisis de sangre, o una exploración corporal (piénsese en delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes, o la introducción corporal de la droga, etc).

En este sentido, los Tribunales y la mayor parte de la doctrina, consideran que no hay equiparación entre esos exámenes y el derecho a no confesarse culpable.

Cuestión que surge siempre en relación con el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable, es la cuestión de si el procesado tiene derecho a mentir. Probablemente existe una cierta contradicción en esa expresión, pues no se cohonesto adecuadamente que el derecho subjetivo de los ciudadanos que consista precisamente en algo en principio, inmoral, como es mentir.

Pero en cualquier caso, lo cierto es que no hay ninguna sanción para el inculpado que miente.

Y no debe haberla tampoco para el inculpado que calla, y en este sentido, sí que parece oportuno salir al paso de algunas valoraciones del silencio, porque si el inculpado tiene derecho a callar, no puede hacerse una valoración negativa del silencio.

Debemos recordar, que este derecho a no declarar contra sí mismo es generalizado, y podemos citar por todos el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Constitución Dominicana y el Nuevo Código Procesal Penal.

Existen también otras actividades que suponen un ataque a derechos reconocidos constitucionalmente, como la inviolabilidad de domicilio, o de correspondencia, y en todos estos supuestos, es necesario que se produzca el adecuado equilibrio entre tales derechos, y la necesidad de proteger a los ciudadanos contra los delitos.

Por ello, se permite la entrada domiciliaria, no sólo en los casos de flagrante delito, y especialmente para impedir la continuación del delito que se está cometiendo, pero además, en los supuestos en que no haya delito flagrante, es posible sacrificar esos derechos fundamentales, siempre que concurren los requisitos conocidos, que son el que existan indicios racionales de ese delito, el que esta sea una medida adecuada y en absoluto excesiva para descubrir las circunstancias que conforman el “*iter criminis*”, y que todo esto resulte de una decisión motivada por parte del juez. Así por ejemplo, de acuerdo con el artículo 180 del Código Procesal Penal Dominicano “el registro de un recinto privado, destinado a la habitación o a otros fines particulares, sólo puede realizarse, a solicitud del ministerio público, por orden de allanamiento expedida mediante resolución judicial motivada”.

Si las pruebas no se obtienen de esta manera, son pruebas nulas, y no sirven para destruir la presunción de inocencia.

Quizá deba hacerse una especial referencia a la tortura y los tratos degradantes a los que aluden todas las declaraciones de los derechos humanos. Desde los tiempos en que Beccaria y Voltaire denunciaban el tormento, se ha avanzado mucho, pero no es cierto decir que la tortura a veces aplicada con brutalidad y otras con mayor refinamiento, no sigue desgraciadamente existiendo, y en absoluto una prueba obtenida de este modo, puede ser no ya válida, sino aceptable en nuestra civilización. Es conveniente señalar que la República Dominicana es signataria de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Torturas y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumano y Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 9 de Diciembre de 1975.

El tercer requisito, es que la prueba esté ordenada a demostrar la culpabilidad del reo. Como ha dicho repetidamente el Tribunal Constitucional, no basta que haya prueba, ni que incluso se trate de una amplia prueba; es necesario que se trate de una prueba de cargo, es decir,

que de la prueba se deduzca la culpabilidad, o lo que es igual, la ruptura de la presunción de inocencia (⁷)

Y esto, cabe que se realice mediante pruebas de las que resulta acreditado un hecho que directamente determina la culpabilidad; pero junto a esta prueba que pudiéramos llamar directa, se admite también la prueba indiciaria, que recibe también el nombre de prueba indirecta.

Sin embargo, la prueba indiciaria, exige a su vez más requisitos que la prueba directa, porque en la primera, la hipótesis es que se acredita un hecho y de ese hecho directamente se deduce la no inocencia, aquí se trata de hechos de los que no se desprende directamente la culpabilidad, sino de los que se desprende un hecho, del cual, se deduce a través de un proceso lógico y de aplicación de máximas de experiencia en la culpabilidad.

Cierto es que, un gran cúmulo de indicios, pueden dar seguridad, y de ahí que la prueba indiciaria esté constitucionalmente admitida, si bien con las exigencias correspondientes.

La sentencia que quizá ha recogido con mayor detalle el concepto y requisitos de la prueba indiciaria, es la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de Diciembre de 1990, en la que distingue los hechos básicos, es decir, los indicios, que deben ser múltiples, pues uno sólo podría fácilmente inducir a error, y la deducción lógica, es decir, el proceso de aplicación de la lógica y las máximas de experiencia.

Ambas deben hacerse constar como tales en la sentencia, una vez más, para que pueda ejercerse el control sobre cuales son los indicios o hechos indirectos que sirven de base a la conclusión, y en segundo lugar, cual es el camino lógico hacía esa conclusión.

Y añade: “Se puede decir que tal conexión lógica existe, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal” “in dubio pro reo” cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios, y a tal fin, normalmente habrá de examinarse la coartada ofrecida por el acusado”

Y este último punto, es extraordinariamente importante, porque constituye una suerte de requisito negativo, y es que no cabrá condenar a través de la prueba de indicios, si esos mismos indicios o hechos básicos, pueden llegar de manera igualmente razonable a dos conclusiones, es decir, cuando existe una posibilidad alternativa asimismo razonable, diferente de la culpabilidad.

7 (Guerra San Martín, Belloch Julbe y Torres López de Lacalle, La Ley, cit.), exige una valoración previa y es la de precisar si las pruebas aportan objetivamente elementos incriminadores o de cargo.

Por consiguiente, la prueba de indicios, requerirá que existan indicios y que se expliciten en la sentencia. Que de esos indicios resulte con arreglo a las máximas de experiencia y al razonamiento lógico, una consecuencia incriminatoria, lo que deberá explicitarse también en la sentencia y en tercer lugar, que no haya una posibilidad alternativa de deducción lógica partiendo de los mismos hechos, porque en ese caso, es prueba no habrá destruido la presunción de inocencia.

14.4.3 La formación de la convicción del juez sobre la valoración de la prueba y la exteriorización motivada

Como antes señalábamos, citando a Belloch Julbe, hay una primera valoración, cual es, si la prueba objetivamente es de cargo, y una segunda que supone en expresión del citado autor, la valoración del resultado o contenido integral de la prueba.

Tenemos, una prueba practicada en el proceso, obtenida con respeto a las garantías constitucionales y a las demás normas legales, y que además directa o indirectamente constituye una prueba incriminatoria.

Ahora bien, es necesario que el juez realice la valoración. La valoración primaria ya la ha hecho, porque hemos señalado que hay una prueba incriminatoria.

Pero la segunda valoración, esto es, ¿cómo ha de apreciar el juez ese material probatorio?, o lo que es igual, ¿cómo ha de valorarlo?.

Y en este sentido, por un lado está la apreciación en conciencia, y por otro lado, la apreciación acorde con las reglas.

Es verdad, que la apreciación en conciencia, permite la valoración probatoria, sin ningún argumento, salvo la íntima convicción, y consiguientemente, no es necesario explicarlo.

De acuerdo con la legislación dominicana, y de manera más específica el artículo 172 del Nuevo Código Procesal Penal “el Juez o Tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba”.

La exigencia constitucional de la presunción de inocencia, exige que esa valoración no sea exclusivamente en el arcano de la conciencia del juez y por su íntima convicción, sino que deba tenerse en cuenta con objetividad el material probatorio. Y en este sentido, algunas sentencias, han venido a precisar cual es el criterio de la valoración, y así, sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Julio de 1981, indica que el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso,

y sólo sobre sus resultados puede apoyar su juicio, aunque esa valoración objetiva no coincida con su convicción personal, y con parecido criterio el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de Enero de 1988, nos dice que la apreciación en conciencia, debe hacer referencia a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas de carácter objetivo.

Y, como consecuencia de que la valoración se realiza sobre las pruebas producidas con ese dato de objetividad, ello, debe estar explicitado en la propia sentencia, es decir, cuál ha sido la valoración del juez respecto de esa prueba y es en esa motivación externa, donde se pondrá de manifiesto que ha tenido en cuenta, desde el punto de vista objetivo, las pruebas realmente practicadas. ⁽⁸⁾

14.5 Presunción de Inocencia y Decisión

La presunción de inocencia, debe desplegar también su eficacia en el momento de dictarse la sentencia y ello, porque en definitiva se trata de tomar una decisión que debe estar basada en pruebas que sean aptas para destruir esa presunción de inocencia, por consiguiente, cuando las pruebas no sean suficientes para eliminar esa incertidumbre “más allá de la duda razonable”, entonces se es inocente, y la sentencia debe dictarse en ese sentido.

Es cierto que esto no siempre ha sido así, incluso en la antigüedad cuando se producía una situación de duda por parte del juez, se acudía a soluciones que desde nuestra perspectiva parecen inaceptables, ya que producían efectos gravemente perjudiciales para el reo, de quien era dudosa su culpabilidad, probablemente partiendo de la idea de que no había logrado acreditar hechos o circunstancias que permitieran resolver las dudas del juzgador.

En ese sentido, la imposición de penas menos graves, que si hubiera certeza del delito, la ordalía o juicio de Dios, sometiendo a distintos tormentos a los reos “dudosos”, de manera que si superaban el tormento

8 Como hemos señalado, no sólo se trata de garantías puramente constitucionales, sino que la prueba debe reunir los requisitos legales, y en este sentido, pudiera hacerse aquí un examen de distintos medios de prueba, en los que puede haber específicas exigencias, cuya omisión será contraria a la presunción de inocencia; las declaraciones de las víctimas del delito, las declaraciones de los coimputados por razón de una finalidad exculpatoria, la eficacia probatoria de la actividad policial y la necesidad de su reproducción en el juicio como tal, la declaración del inculpado, y su silencio total o parcial, las pruebas anticipadas, la prueba pericial, la entrada y Registro en los domicilios, registros en otras dependencias, escucha de las conversaciones telefónicas, etc.

Sin embargo, y a pesar de que efectivamente cada una de estas pruebas pueda examinarse a la luz de la presunción de inocencia, parece oportuno no duplicar, y que el estudio de estas pruebas en particular se realice en sede de Derecho Procesal Penal.

o la prueba se consideraban inocentes, (desde luego con pocas probabilidades de superar tormentos a veces muy crueles, y que en sí mismos, ya suponían una pena).

E incluso, dejando imprejuzgada la cuestión, de manera que como se ha dicho, el que se halla en esta situación, está en una especie de limbo intermedio entre el culpable y el inocente.

Indudablemente estas soluciones se abandonan como consecuencia de la admisión generalizada del principio del “favor rei”, que constituye un principio general que no debe confundirse con la presunción de inocencia, pues este “favor rei”, puede aplicarse no sólo a los inocentes, sino en determinados casos, también a los declarados culpables (liquidación de condena, etc).

Vale la pena resaltar también, a manera de crítica, una decisión del más alto tribunal dominicano en una sentencia de 1953, donde señala “que en virtud del procedimiento organizado por la ley de Habeas Corpus, el juez de la causa debe examinar aún en caso de que haya orden de funcionario competente y de que figure en esa orden la indicación de la causa de la prisión, si existen la apariencia o la presunción de que la persona privada de su libertad es culpable del hecho puesto a su cargo pudiendo fundar la negativa de libertad sobre esta apariencia o presunción”. B.J. 519 Pag. 2008, año 1953.

Solicitarle al Juez que pondere si existe la apariencia de presunción de culpabilidad, es negar totalmente el principio de la presunción de inocencia e invertirlo en cuanto a su ámbito de aplicación. Pero peor aún, es fundar la negativa de libertad en una presunción de culpabilidad, a todas luces inadmisibles de conformidad con la Constitución, las leyes, los convenios internacionales y las normas doctrinales y jurisprudenciales recientes.

El Derecho Español anterior a la Constitución del 78, nos muestra un aspecto interesante en relación con la aplicación de inocencia.

En efecto, al imponerse por la vía jurisprudencial el criterio de resolver conforme a la “íntima convicción del juzgador”, determinaba que el juzgador de instancia, con arreglo a su propia conciencia y a su criterio subjetivo, valoraba las pruebas para decidir una condena absolutoria o condenatoria, pero incluso, hasta en ausencia de pruebas dentro del juicio oral, y en presencia de los atestados policiales, imponían condenas, en base a esa íntima convicción, de acuerdo con la recta conciencia.

El sistema, por mucha buena fe que se atribuya a los cuerpos policiales y a los jueces, es indudablemente insatisfactorio, porque carece de la menor garantía.

De ahí, que a partir de la Constitución y precisamente por la constitucionalización del concepto de presunción de inocencia, ya esa íntima

convicción del juzgador no es suficiente, sino que además, deben existir pruebas incriminatorias en el proceso. En igual sentido la legislación procesal penal dominicana se expresa de manera clara al señalar en su artículo 171 que “la admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y a su utilidad para descubrir la verdad.”

Pero aún desde ese punto de vista caben dos interpretaciones:

Por un lado, entender (y así lo ha entendido en varias sentencias el Tribunal Supremo Español), que basta que exista una prueba de cargo incriminatoria, sea cual sea su extensión, para que junto con la convicción interna del Juzgador a su leal saber y entender, quede destruida la presunción de inocencia. Dicho de otro modo: Si hay pruebas, ya no tiene porqué haber presunción de inocencia.

Y en un sentido de mayor rigor, se exige que no solamente existan pruebas de cargo, sino que la formación de la decisión del juzgador se haga de manera explicitada en la motivación y que tal motivación parta de datos objetivos, que constituyen el necesario apoyo de esa decisión subjetiva. Es decir, no basta la existencia de pruebas interpretadas subjetivamente, sino que es preciso que esas pruebas, objetivamente consideradas, lleven razonablemente a esa convicción.

Y lo que es más importante, a partir de ahí cabe que el Tribunal superior al examinar la sentencia penal del inferior pueda entrar en la valoración de las pruebas y especialmente en su fuerza objetiva de formar la decisión interna, y en último término en la razonabilidad de lo expresado en la motivación.

Y así, y sólo así, se cumple efectivamente la exigencia de doble instancia en el ámbito penal que contemplan y reclaman las Declaraciones Universales de los Derechos Humanos.

De acuerdo con el nuevo derecho procesal penal dominicano las normas procesales referentes a las pruebas se interpretarán de manera restrictiva, por lo que la analogía y la interpretación extensiva se permiten sólo, si es para favorecer al imputado el ejercicio de sus derechos y facultades.

Por consiguiente la presunción de inocencia rectamente entendida, exige que el juez para condenar llegue a la convicción subjetiva de la culpabilidad, basada en pruebas objetivas y a través de un proceso lógico que se exterioriza en la motivación y que aparece como razonable, y que por ello, en tal aspecto puede ser revisado en una segunda instancia.

14.5.1 Presunción de inocencia e “in dubio pro reo”

Las posiciones doctrinales al respecto, son diversas, desde quienes consideran que el principio “in dubio pro reo” constituye un antecedente de la presunción de inocencia, que después contiene un mayor desarrollo,

hasta quienes lo separan absolutamente por entender que el principio “in dubio pro reo”, sólo juega en la sentencia, siendo así que la presunción de inocencia tiene su campo de aplicación en la prueba.

Y una tercera posición que compartimos, es que existe una íntima relación entre ambas, de tal manera que la presunción de inocencia contiene fundamentalmente dentro de sí el principio “in dubio pro reo”, por cuanto que la presunción, también tiene su ámbito de aplicación en la sentencia.

Sin embargo, pueden señalarse varias diferencias entre ambos conceptos, sin perjuicio de la utilidad de su consideración conjunta.

En primer término, porque la presunción de inocencia, por ejemplo, en la Constitución Española, tiene una recepción expresa, y por consiguiente, su infracción es una infracción de rango constitucional, el principio “in dubio pro reo”, supone si se vulnera, la vulneración de un principio, que no está de forma expresa recogido en la Constitución. En este sentido, en nuestro criterio, al incorporarse el principio “in dubio pro reo”, a la presunción de inocencia, a través de ella, también adquiere rango constitucional.

En segundo lugar, es cierto que el principio “in dubio”, solamente tiene su aplicación en la sentencia, y por tanto, no en las medidas cautelares o en la prueba, ya que lo único que establece es que siempre que exista una situación en la que no haya certidumbre, la decisión debe producirse, y debe producirse de manera más favorable al reo, con lo cual, de la misma manera que el “favor rei”, puede tener su aplicación incluso a quien ha sido declarado culpable.

Sin embargo, respecto de la sentencia, el principio “in dubio”, forma parte, como ha señalado Bacigalupo⁹, de la presunción de inocencia y esta consideración, es importante desde la perspectiva de las posibilidades casacionales y de control jurisdiccional.

También es cierto, que en rigor, el principio “in dubio”, nos llevaría a una sentencia en la cual la afirmación sería exclusivamente, que no habiendo existido una prueba suficiente, es decir, no habiéndose superado con la prueba la demostración de culpabilidad mas allá de una duda razonable, es preciso no condenar precisamente por existir una duda, siendo así que en la presunción de inocencia, lo que pedimos del juzgador es algo más, es decir, que manifieste de forma clara que como consecuencia de no haberse destruido la presunción, no es que exista duda sino, que existe la presunción de inocente. No es lo mismo afirmar que existen dudas sobre la culpabilidad y por lo tanto no hay condena, que por razón de la presunción se es inocente, lo cual tiene una consideración distinta.

9 BACIGALUPO ZAPATER, “Presunción de inocencia, “in dubio pro reo y recurso de casación”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1988. Pág. 368.

En lo que concierne al derecho dominicano el principio “in dubio pro reo” está contenido en el artículo 25 del nuevo Código Procesal Penal, bajo el término “la duda favorece al imputado”. El mismo se refiere a la interpretación de las normas de manera restrictivas en todo lo referente a aquellas que coarten la libertad o establezcan sanciones procesales. En tal sentido, la interpretación de todas las normas en la forma indicada deberá practicarse atendiendo a dicho principio.

En definitiva, la mayor posibilidad garantista es entender que el principio “in dubio pro reo”, aunque mantiene algunas diferencias con la presunción de inocencia, que tiene un ámbito mucho más amplio, forma parte de ésta, respecto de las sentencias, o cuando menos, una y otra nos llevan a la necesidad de que el juzgador cuando considere la existencia de una duda, debe dictar sentencia no sólo no condenatoria, sino en la que se declare la inocencia del que goza a su favor de la presunción no destruida por la prueba en contrario.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional Español, en una conocida sentencia del año 1983 (sentencia nº 107), la presunción de inocencia que venía siendo un mero principio teórico de derecho a través del axioma “in dubio pro reo”, relacionado con la valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental, al constitucionalizarse su existencia haciéndose vinculante para todos los poderes públicos, constituyendo una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa.

En definitiva, es útil distinguir el principio “in dubio pro reo”, de la presunción de inocencia, que supone un ámbito mucho más amplio, pero no desconectarlas, porque con ello, se priva de trascendencia constitucional, y consiguientemente se rebaja la garantía, que supone la exigencia al juez de decidirse por la inocencia en caso de duda.

14.5.2 La presunción de inocencia como principio general valorativo

Con lo expuesto hasta este momento, se advierte que la presunción de inocencia, debe tener un contenido más intenso, equivalente a un principio fundamental de todo el proceso penal, como hemos dicho, entendido en el sentido amplio, de manera que toda la actuación del Estado en la persecución del delito, pero especialmente en relación con la averiguación concretada en una persona, debe partir de la consideración de su inocencia, y eso, no sólo implica la necesidad de una prueba suficiente, sino de una prueba que sea razonable, y cuya razonabilidad derive de su motivación; implica también que al sospechoso ha de tratarse

como un inocente, y por consiguiente, las medidas no son las del sospechoso, sino las del inocente presunto. Finalmente conecta con el principio “in dubio pro reo”, en la medida en que el juez, si considera razonablemente que las pruebas no han podido resolver mas allá de una duda razonable, debe proclamar, no la duda, sino la inocencia del sospechoso o del reo, no dejándole en situaciones intermedias propias de otras épocas, y todo ello además, con expresa referencia a esa convicción personal, que no resulta exclusivamente regulada por la conciencia del juez, sino por la objetividad incriminatoria de las pruebas que se presentan para la culpabilidad y que se han obtenido conforme a las garantías constitucionales y legales.

El abogado, debe destacar todas estas circunstancias, debe exigir que el proceso penal esté presidido en esos tres ámbitos, por la presunción de inocencia y en definitiva, debe insistir en ese viejísimo principio que ya enunciaba Ulpiano, según el cual es preferible que algunos culpables no sufran el castigo, a que un inocente sufra penas o medidas cautelares incompatibles con su inocencia.

Ese es el reto de nuestra civilización; reto al que la eficacia necesaria en la persecución del crimen, no debe oscurecer, porque no han de ahorrarse medios para la persecución del mismo, pero siempre medios desde la democracia y desde el respeto de los derechos fundamentales. Quien no actúa así se deslegitima a sí mismo, y nos hace retroceder siglos en la evolución.

Relación Temas y Autores

Constitución y Garantías Procesales

1. El concepto del derecho y sus principios generales
 - Adriano Miguel Tejada
 - Carlos Suárez González
2. Los fines del derecho
 - Enríquez Domínguez Suárez
 - José Javier Irureta Fonseca
3. Evolución histórica del Constitucionalismo
 - Eduardo Jorge Prats
4. La organización del poder y la libertad en la Constitución
 - Eduardo Jorge Prats
5. Los derechos humanos en el mundo.
 - Juana M. Balmaseda Ripero
6. La eficacia de la Constitución
 - Eduardo Jorge Prats
 - Iñaki Lasagabaster Herrarte
7. Teoría general de las garantías procesales en las Constituciones
 - Olivo Rodríguez Huertas
 - Hilario Hernández Márques
8. Acceso a la jurisdicción y al recurso
 - Ramón Núñez Núñez
 - Fernando Campo Antoñanzas
9. El desarrollo del proceso
 - Eric Raful Pérez
 - Francisco Chamorro Bernal
10. La Sentencia
 - Eric Raful Pérez
 - Francisco Chamorro Bernal

11. La ejecución de la sentencia

- Francisco Domínguez Brito
- Francisco Chamorro Bernal

12. Manifestaciones concretas de garantías del proceso I

- Ramón Núñez Núñez
- Fernando Campo Antoñanzas
- Carlos Suárez González

13. Manifestaciones concretas de garantías del proceso II.

- Olivo Rodríguez Huertas
- Fernando Campo Antoñanzas

14. La presunción de inocencia.

- Francisco Domínguez Brito
- Carlos Suárez González

Bibliografía

- USTE RUIZ, J. y BERMEJO GARCÍA, R.: *“Organizaciones internacionales universales del Sistema de Naciones Unidas. Convenios constitutivos”*. Madrid, 1.993
- JENKS, C.: *“Les intruments internationaux à caractere collectif”* (RCADI, 1.939)
- ACOSTA ESTEVEZ, J.: *“El Sistema Jurídico de la OIT y el Derecho Español”*. Barcelona, 1.997
- GOMEZ ISA, F.: *“La participación de los niños en conflictos armados”*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Nº 10
- MARZAL, A.: *“Los Derechos Humanos en el Mundo”*. BOSCH. Barcelona, 2.000
- MARZAL, A.: *“Derechos Humanos del Niño, de los trabajadores, de las Minorías y complejidad del Sujeto”*. BOSCH. Barcelona, 1.999
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE: *“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*. DILEX. Madrid, 2.000
- HERNANDEZ GOMEZ, I.: *“Sistemas Internacionales de Derechos Humanos”* (Dickynson). Madrid, 2.002.
- *Jurisprudencia Constitucional-Penal. Manuel Ayo Fernández*. Abogado. Colección doctrina y jurisprudencia. La Ley-Actualidad. Madrid 1997
- *La prohibición de Indefensión y su incidencia en el proceso*. Gregorio Serrano Hoyo. Profesor Derecho Procesal. Doctor en Derecho Editorial Comares 1997.

- *La Tutela Judicial Efectiva*. Francisco Chamorro Bernal Abogado. Doctor en derecho. BOSCH. Barcelona 1994.
- *Derecho de Defensa y Secreto de Sumario*, José Antonio Tome García, Revista de Derecho Procesal, N1º 1999
- *El Acceso a la Tutela Judicial Efectiva y el concepto de Indefensión* Aurelia Maria Romero Coloma, Actualidad Administrativa. Nº25 Junio 2000
- *El pequeño gran problema: Indefensión y Sentencia firme*, Ignacio Díez-Picazo Gimenez, Tribunales de Justicia Nº5 Mayo 1997

Esta Primera Edición de
Constitución y Garantías Procesales
consta de 1000 ejemplares
y se terminó de imprimir
en el mes de Agosto del 2003
*en los Talleres de **Amigo del Hogar***
Santo Domingo, República Dominicana