



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPUBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

# CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

SEGUNDA  
EDICIÓN



**CONSTITUCIONALIZACIÓN  
DEL PROCESO CIVIL**

Segunda edición



**HERMÓGENES ACOSTA DE LOS SANTOS**  
Coordinador

# **CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL**

(SEGUNDA EDICIÓN)

Hermógenes Acosta de los Santos  
José Machado Plazas | Manuel Antonio Ramírez Suzaña  
Joan Picó Junoy | Juan Alfredo Biaggi Lama  
Juan Antonio Toscano Ortega | Édynson Alarcón Polanco  
Francisco Javier Pereda Gámez | Nieves Luisa Carolina Soto de León  
Genaro A. Silvestre Scroggins | Santiago Ripol Carulla  
Raquel Alastruey Gracia

*Prólogo de*  
Napoleón R. Estévez Lavandier

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA  
Santo Domingo, 2021

## Constitucionalización del proceso civil (2ª ed.)

347.05

C758 Constitucionalización del proceso civil / coordinación general  
Hermógenes Acosta de los Santos. -- 2ª ed. -- Santo Domingo : Escuela  
Nacional de la Judicatura, 2021.  
620 p.  
Incluye referencias bibliográficas e índice.  
ISBN: 978-9945-425-61-1

1. Derecho procesal - República Dominicana. 2. Procedimiento civil. 3. Derecho  
constitucional. I. Acosta de los Santos, Hermógenes, coord.

*Primera edición 2005*

*Segunda edición 2021*

### **Consejo directivo:**

Luis Henry Molina Peña (presidente)  
Octavia Fernández Curi (miembro)  
Bernabel Moricete Fabián (miembro)  
Hilda Nieves Sánchez Luna (miembro)  
Juan Francisco Puello Herrera (miembro)  
Miguel Surun Hernández (miembro)  
Dariel Alejandro Suárez Adames (secretario)

### **Coordinación general de la obra:**

Hermógenes Acosta de los Santos

### **Autores (en orden de aparición):**

Hermógenes Acosta de los Santos  
José Machado Plazas  
Manuel Antonio Ramírez Suzaña  
Joan Picó Junoy  
Juan Alfredo Biaggi Lama  
Juan Antonio Toscano Ortega  
Édynson Alarcón Polanco  
Francisco Javier Pereda Gámez  
Nieves Luisa Carolina Soto de León  
Genaro A. Silvestre Scroggins  
Santiago Ripol Carulla  
Raquel Alastruey Gracia

### **Coordinación técnica:**

Centro de Documentacion e Informacion Judicial Dominicano (Cendijid)

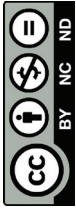
### **Corrección de texto:**

Olga Agustín

### **Diseño y diagramación:**

Pia Menicucci & Asoc. SRL

Hechos los depósitos de ley



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



Calle César Nicolás Penson núm. 59, Gascue  
Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana  
Tel.: (809) 686-0672  
[info@enj.org](mailto:info@enj.org) / [www.enj.org](http://www.enj.org)





# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>25</b>
Dariel Alejandro Suárez Adames	
<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>27</b>
Napoleón R. Estévez Lavandier	
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>31</b>
<b>PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN</b>	
Hermógenes Acosta de los Santos	
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>33</b>
<b>1. EL PROCESO CIVIL .....</b>	<b>34</b>
1.1. La noción del Proceso .....	34
1.2. Naturaleza del Proceso .....	35
1.3. Características del Proceso .....	37
1.3.1. El Proceso como instrumento .....	37
1.3.2. El Proceso como creación artificial .....	38
1.3.3. El Proceso como técnica .....	38
1.4. Tipos de Procesos .....	39
1.4.1. Proceso declarativo .....	39
1.4.2. Proceso ejecutorio .....	40
1.4.3. Proceso cautelar .....	42
1.4.4. Procesos ordinarios y procesos especiales .....	44
<b>2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL EN EL SISTEMA DOMINICANO .....</b>	<b>46</b>
2.1. Las reformas constitucionales y el Poder Judicial .....	46
2.1.1. Impacto de la Reforma Constitucional de 1994 en el Poder Judicial .....	46
2.1.2. Impacto de la Reforma Constitucional de 2010 en el Poder Judicial .....	48
2.2. Aspectos del Proceso civil previstos en la Constitución dominicana y en tratados internacionales de Derechos Humanos .....	50
2.2.1. Derecho al juez natural .....	50
2.2.2. El derecho de acceso a la justicia .....	51
2.2.3. La independencia judicial .....	52

2.2.4. La inamovilidad.....	54
2.2.5. La exclusividad.....	56
2.2.6. Plenitud de jurisdicción .....	58
2.2.7. Principio de igualdad.....	59
2.2.8. Principio de unidad jurisdiccional .....	61
2.2.9. Principio de publicidad.....	63
2.2.10. Principio de motivación de la sentencia .....	65
2.2.11. La gratuidad de la justicia.....	67

## **CAPÍTULO II.....71**

### **CONSTITUCIÓN DEL PROCESO CIVIL. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL**

José Machado Plazas

#### **INTRODUCCIÓN.....73**

#### **1. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA JURISDICCIÓN .....74**

#### **2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL .....76**

#### **3. LA TUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO..... 83**

## **CAPÍTULO III .....87**

### **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REFERENTES AL OBJETO DEL PROCESO, SU DIRECCIÓN Y DESARROLLO FORMAL**

Manuel Antonio Ramírez Suzaña

#### **INTRODUCCIÓN..... 89**

#### **1. PRINCIPIOS REFERENTES AL OBJETO DEL PROCESO: PRINCIPIO DISPOSITIVO ..... 90**

##### 1.1. Fundamentos..... 90

##### 1.2. Condiciones del principio dispositivo ..... 91

##### 1.3. Evolución del proceso..... 92

##### 1.4. Sentido estricto..... 93

<b>2. LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA DIRECCIÓN DEL PROCESO.....</b>	<b>94</b>
2.1. El principio de impulso procesal.....	94
2.2. Los presupuestos procesales.....	95
2.3. Principio de aportación de las partes .....	96
2.4. Las facultades materiales de dirección.....	96
2.5. El objeto del Proceso .....	96
2.6. La determinación del derecho aplicable.....	98
2.7. La aportación de la prueba.....	99
<b>3. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>99</b>
3.1. El principio de oralidad y sus principios derivados.....	99
3.2. El principio de oralidad en el ámbito constitucional .....	99
3.3. Opinión doctrinaria.....	100
3.4. Principio de concentración.....	100
3.5. Fundamento .....	100
3.6. Relación con otros principios.....	101
3.7. Aplicación en la legislación de la República Dominicana.....	101
3.8. Principio de inmediación .....	102
3.9. Definición.....	102
3.10. Clasificación .....	103
3.11. Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba .....	103
3.12. Principio de publicidad.....	104
3.13. El derecho a la publicidad de las actuaciones judiciales .....	104
3.14. Importancia.....	105
3.15. Incidencia en la función jurisdiccional .....	106
3.16. Finalidad.....	106
3.17. Principio de la publicidad de la prueba .....	107
3.18. Limitaciones del principio de publicidad .....	107
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>111</b>
<b>LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DEL PROCESO CIVIL I</b>	
Joan Picó Junoy	
Actualización: Juan Alfredo Biaggi Lama	
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>113</b>

<b>1. EL FENÓMENO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....</b>	<b>114</b>
<b>2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>116</b>
2.1. El principio dispositivo en el nuevo proceso civil.....	118
<b>3. LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA DIRECCIÓN DEL PROCESO.....</b>	<b>120</b>
3.1. El principio de impulso procesal de oficio.....	120
3.2. Los principios de control de los presupuestos procesales de oficio y la subsanación de los defectos procesales .....	122
3.3. El principio de aportación de parte “atenuado” (o de colaboración) .....	123
3.3.1. Introducción: Alcance y fundamento .....	123
3.4. El principio de aportación de parte en el nuevo proceso civil .....	130
3.5. El Artículo 429.1.II LEC y la iniciativa probatoria del juez civil. Estado de la cuestión en la doctrina posterior a la LEC 1/2000 .....	131
3.6. Opinión personal.....	133
3.7. Reflexiones críticas sobre los argumentos contrarios a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil .....	135
3.7.1. Primera: El interés privado discutido en el proceso civil .....	135
3.7.2. Segunda: El interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones .....	136
3.7.3. Tercera: La incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez .....	136
3.7.4. Cuarta: La destrucción de la carga de la prueba .....	137
3.7.5. Quinta: La vulneración de la debida imparcialidad judicial.....	138
<b>4. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO: EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS-CONSECUENCIA (INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN Y PUBLICIDAD).....</b>	<b>141</b>
4.1. El principio de oralidad y su fundamento constitucional.....	141
4.2. Los principios consecuencia de la oralidad. El principio de intermediación y su doble alcance .....	142

4.3. El principio de concentración .....	143
4.4. El principio de publicidad .....	144

## **CAPÍTULO V ..... 147**

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

Juan Alfredo Biaggi Lama

#### **INTRODUCCIÓN..... 149**

#### **1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES EN LA HISTORIA**

##### **DOMINICANA .....151**

1.1. La Primera República .....	151
1.2. La Constitución de la Segunda República.....	157
1.3. Reforma constitucional de 1908, que restableció la pena de muerte.....	166
1.4. La Constitución política de la Tercera República .....	170
1.5. Primera Reforma Constitucional de la Tercera República.....	176
1.6. La Constitución política de la Cuarta República .....	179
1.7. La Reforma Constitucional del 26 de enero de 2010.....	182

#### **2. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD ... 185**

2.1. El concepto de acción en inconstitucionalidad.....	185
2.2. Criterio reiterado por el Tribunal Constitucional .....	188
2.3. Los diferentes modelos de control de la constitucionalidad.....	191
2.4. El sistema dominicano.....	199

#### **3. INTERPRETANDO LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA..... 208**

3.1. Principios constitucionales .....	209
3.1.1. Supremacía .....	209
3.1.2. Valor normativo .....	210
3.1.3. Legalidad .....	210
3.1.4. Inviolabilidad .....	210
3.2. Principios de la interpretación judicial.....	211
3.3. Presunción de constitucionalidad .....	211
3.4. El “ <i>favor libertatis</i> ” .....	211
3.5. Unidad interpretativa de la Constitución .....	214
3.6. Concordancia práctica de las normas constitucionales .....	216

3.7. La determinación de los derechos y normas constitucionales implícitas.....	218
3.8. Continuidad en las decisiones.....	224
3.9. <i>Stare Decisis</i> .....	228
3.10. Preferencia de la vía contenciosa a la acción popular.....	229
3.11. Iniciativa de la declaratoria de inconstitucionalidad en el sistema difuso de las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas y actos.....	230
3.12. El control efectivo de la constitucionalidad .....	234
3.13. Actos de efectos generales.....	235
3.13.1. Las leyes.....	235
3.13.2. Las resoluciones .....	235
3.13.3. Sobre las ordenanzas municipales .....	238
3.13.4. Las resoluciones de la Junta Central Electoral, de las Juntas Electorales Municipales .....	241
3.13.5. Sobre los decretos y reglamentos .....	249
3.13.6. Actos del Estado.....	250
3.13.7. Causas de inconstitucionalidad .....	251

## **CAPÍTULO VI.....263**

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

Juan Antonio Toscano Ortega

#### **INTRODUCCIÓN..... 265**

#### **1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y ALGUNAS DE SUS GARANTÍAS..... 266**

#### **2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL..... 268**

2.1. La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales: Planteamiento y remisión.....	268
2.2. La acomodación, vía interpretativa, de la norma controvertida al ordenamiento constitucional .....	269
2.3. La inaplicación por el juez de las leyes preconstitucionales derogadas por la Constitución.....	269
2.4. La inaplicación de reglamentos y disposiciones administrativas contrarios a la Constitución .....	270

2.5. La infracción del precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación y la aplicabilidad directa de derechos fundamentales garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.....	271
<b>3. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>272</b>
3.1. Naturaleza jurídica: fin y resultado .....	274
3.2. Legitimación.....	275
3.3. Objeto.....	275
3.4. Interposición y efectos.....	277
3.5. Sustanciación y sentencia en sede de jurisdicción constitucional. Referencia a la autocuestión de inconstitucionalidad .....	278
<b>CAPÍTULO VII .....</b>	<b>281</b>
<b>LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DEFENSA, CONTRADICCIÓN Y AUDIENCIA EN EL PROCESO CIVIL</b>	
Édynson Alarcón Polanco	
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>283</b>
Categorías de alcance general orientadas al tema .....	283
<b>1. DERECHO DE DEFENSA E IGUALDAD DE ARMAS .....</b>	<b>285</b>
<b>2. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, ORIENTADO AL PROCESO CIVIL.....</b>	<b>290</b>
<b>3. EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA .....</b>	<b>295</b>
<b>CAPÍTULO VIII .....</b>	<b>299</b>
<b>EL DERECHO A LA PRUEBA</b>	
<b>LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA</b>	
<b>LA VALORACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA</b>	
<b>LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ</b>	
Hermógenes Acosta de los Santos	
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>301</b>
<b>1. LAS REGLAS Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA PROBATORIO.....</b>	<b>301</b>

1.1.	El objeto de la prueba .....	302
1.1.1.	No hay necesidad de probar el derecho .....	302
1.1.2.	No hay que probar los hechos no controvertidos .....	304
1.2.	No hay que probar los hechos notorios.....	304
1.2.1.	No hay que probar los hechos evidentes.....	305
1.2.2.	No hay que probar los hechos presumidos por la ley .....	306
1.2.3.	No hay que probar las negaciones o afirmaciones indefinidas.....	306
1.3.	La carga de la prueba .....	307
1.4.	La jerarquía de la prueba.....	308
1.5.	Valoración de la prueba .....	309
1.6.	Los sistemas de pruebas.....	310
1.6.1.	Sistema de prueba legal o tasada .....	311
1.6.2.	El sistema de libre apreciación de la prueba .....	312
<b>2.</b>	<b>LOS TIPOS DE PRUEBAS Y LOS MEDIOS PROBATORIOS .....</b>	<b>313</b>
2.1.	La prueba literal y la comunicación de documentos .....	313
2.1.1.	La prueba literal.....	313
2.1.2.	La comunicación de documentos.....	315
2.2.	La prueba testimonial y el informativo .....	316
2.2.1.	La prueba testimonial .....	316
2.2.2.	El informativo .....	317
2.3.	La prueba por perito y el peritaje.....	318
2.3.1.	La prueba por perito .....	318
2.3.2.	El peritaje.....	319
<b>3.</b>	<b>LA ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>319</b>
3.1.	Derecho de acceso a la justicia y administración de la prueba.....	319
3.2.	Principio de igualdad y administración de la prueba .....	320
3.3.	Principio de contradicción y administración de la prueba ....	320
<b>CAPÍTULO IX .....</b>	<b>LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA LA ADMINISTRACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ</b>	<b>323</b>
	Francisco Javier Pereda Gámez	
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>		<b>325</b>



Antecedentes históricos y de derecho comparado.....	326
<b>1. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA (ART. 24.2 CE) .....</b>	<b>330</b>
1.1. Concepto .....	330
1.2. La ubicación sistemática del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes en el Artículo 24 CE.....	334
1.3. La construcción doctrinal del Tribunal Constitucional .....	336
1.4. La prueba ilícita como límite constitucional interno.....	343
<b>2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE LA FASE PROBATORIA .....</b>	<b>348</b>
2.1. La prueba en el proceso civil .....	348
2.2. La proposición de prueba .....	351
2.3. Derecho a la admisión: Pertinencia, utilidad y relevancia ....	353
2.4. La práctica probatoria .....	356
2.5. La valoración probatoria .....	357
2.6. La presunción de inocencia .....	358
<b>3. LA INTERVENCIÓN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA.....</b>	<b>360</b>
3.1. Límites constitucionales a la autonomía de la voluntad .....	360
3.2. Límites a la iniciativa probatoria del juez.....	363
3.2.1. La facultad judicial de integración probatoria .....	363
3.2.2. Las pruebas de oficio .....	364
3.2.3. Las diligencias finales .....	366
3.2.4. La intervención judicial en la práctica probatoria.....	368
<b>CAPÍTULO X.....</b>	<b>371</b>
<b>EL DERECHO A RECURRIR COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
<b>EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO</b>	
Nieves Luisa Carolina Soto de León	
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>373</b>
<b>1. EL DERECHO A LOS RECURSOS. CONCEPTOS Y CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>375</b>
<b>2. LA INSTANCIA ÚNICA Y/O DOBLE INSTANCIA .....</b>	<b>376</b>

2.1.	La garantía legal de la doble instancia, ¿de orden público o de rango constitucional? .....	379
2.2.	Fundamento de la supresión del doble grado de jurisdicción.....	381
2.3.	El doble grado de jurisdicción es de orden público, no de carácter constitucional. Criterios jurisprudenciales nacionales.....	383
<b>3.</b>	<b>CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS TRATADOS .....</b>	<b>386</b>
3.1.	La garantía judicial que prevé el Pacto de San José, en el artículo 8, inciso 2, párrafo h.....	388
3.2.	La opinión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, respecto al alcance del derecho a recurrir (Artículo 8, inciso 2, párrafo h).....	389
3.3.	Alcance que debe otorgársele al derecho a recurrir el fallo ante un Juez o Tribunal Superior, garantizado por el Pacto de San José .....	390
3.4.	Posición actual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance a recurrir el fallo ante un Juez o Tribunal Superior .....	394
<b>4.</b>	<b>EL RECURSO DE APELACIÓN DIFERIDO .....</b>	<b>395</b>
4.1.	Noción del recurso diferido .....	396
4.2.	Modalidad del recurso de apelación diferido implementado en las modificaciones del Código Procesal de Costa Rica .....	398

## **CAPÍTULO XI .....**

### **EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO DERECHO INTERNO Y CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS “RECURSOS” SUPRANACIONALMENTE RECONOCIDOS**

Francisco Javier Pereda Gámez

## **INTRODUCCIÓN.....**

### **1. ASPECTOS DE LEGISLACIÓN ORDINARIA.....**

1.1.	El recurso de apelación .....	411
1.2.	El recurso extraordinario por infracción procesal .....	412
1.3.	El recurso de casación .....	414

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL DERECHO A LOS RECURSOS.....	415
3. CONVENIOS INTERNACIONALES.....	425
4. CASUÍSTICA .....	427
5. DOCTRINA SOBRE RECURSOS EN DERECHO CIVIL.....	428
6. OTROS MECANISMOS DE RECURSO “LATO SENSU” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL .....	430
7. LOS MECANISMOS DE CONSULTA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA DE LOS TRIBUNALES INTERNOS .....	433

## **CAPÍTULO XII..... 439**

### **EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL**

Genaro A. Silvestre Scroggins

#### **INTRODUCCIÓN ..... 441**

#### **1. ELEMENTOS PROCESALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ..... 443**

- |  |     |
|--|-----|
| 1.1. Concepto de derecho internacional privado y<br>de derecho procesal civil internacional..... | 443 |
|--|-----|

#### **2. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PROCESAL CIVIL ..... 446**

- |   |     |
|---|-----|
| 2.1. Identificación de las fuentes del DIPr .....         | 446 |
| 2.1.1. La convencional.....                               | 446 |
| 2.1.2. La fuente constitucional:.....                     | 447 |
| 2.1.3. La ley nacional o ley interna de cada Estado ..... | 447 |
| 2.2. La fuente convencional .....                         | 447 |
| 2.2.1. <i>Pacta sunt servanda</i> .....                   | 448 |
| 2.2.2. <i>Bona fide</i> .....                             | 449 |
| 2.2.3. <i>Res inter alios acta</i> .....                  | 449 |
| 2.2.4. Igualdad y reciprocidad.....                       | 449 |
| 2.2.5. El consentimiento.....                             | 450 |
| 2.2.6. El solo consenso obliga.....                       | 451 |
| 2.2.7. El principio del <i>ius cogen</i> .....            | 451 |
| 2.3. La Constitución como fuente del DIPr.....            | 452 |

2.3.1. Antecedentes históricos y reformas constitucionales.....	452
2.4. Adopción constitucional de un tratado.....	454
2.4.1. El Poder Ejecutivo.....	454
2.4.2. Previo a su ratificación por el Congreso Nacional.....	454
2.4.3. En caso de que el Tribunal Constitucional.....	454
2.5. La ley nacional y la ley extranjera como fuente de derecho.....	457
<b>3. EL ACCESO A LA JUSTICIA .....</b>	<b>457</b>
3.1. Ausencia de límites constitucionales y reserva de ley .....	457
3.2. Abolición de la fianza del extranjero transeúnte.....	458
3.3. Eliminación expresa de la fianza <i>judicatum solvi</i> por materia.....	461
3.4. Eliminación de la fianza al extranjero por disposición general.....	462
<b>4. DOMICILIO FORO Y COMPETENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b>	<b>463</b>
4.1. Vasos comunicantes en el derecho internacional.....	463
4.1.1. La Ley interna sobre derecho internacional privado .....	463
4.2. Domicilio y ley de foro en el derecho internacional privado.....	465
4.3. El domicilio en el ámbito interamericano.....	468
4.4. El domicilio en el derecho internacional general.....	468
4.5. Notificación en el extranjero para comparecer ante los tribunales dominicanos.....	469
<b>5. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b>	<b>472</b>
5.1. Competencia jurisdiccional internacional en el derecho interamericano.....	472
5.2. Competencia jurisdiccional en el derecho internacional general.....	473
5.3. Convenios pendientes de adhesión por parte de la República Dominicana .....	475
<b>6. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b>	<b>476</b>
6.1. La autenticación .....	476
6.2. Formalidades exigidas por la legislación nacional.....	478

6.3.	Exigencia del idioma oficial nacional.....	478
6.4.	Reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros.....	479
6.5.	Tribunal competente para emitir el exequátur.....	481
6.6.	Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.....	482
6.7.	Norma supletoria respecto de la ejecutoriedad.....	483
6.8.	Impugnación de la decisión que otorga exequátur.....	485
6.9.	Recurso de apelación para quien solicita el exequátur.....	485
6.10.	Modo de impugnación para los terceros.....	486

**CAPÍTULO XIII..... 491**

**EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL**

Santiago Ripol Carulla

**INTRODUCCIÓN..... 493**

**1. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS  
TRIBUNALES ESPAÑOLES, ARTÍCULOS 22-22 NONIES  
DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL ..... 496**

**2. EL PROCESO CIVIL CON ELEMENTO EXTRANJERO ..... 500**

2.1.	La regla <i>lex fori regit processum</i> .....	500
2.2.	Cooperación judicial internacional.....	503
2.2.1.	Concepto.....	503
2.2.2.	Fuentes del derecho español en la materia. Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional. Planificación del estudio.....	504
2.3.	Notificaciones de evolución de la normativa española.....	506
2.4.	Regulación por la Ley 29/2015.....	507
2.5.	Régimen convencional.....	509
2.6.	Derecho de la Unión Europea: Reglamentos 1206/2001 y 1393/2007.....	509
2.7.	Obtención de pruebas en el extranjero.....	510
2.8.	Evolución de la normativa española.....	510
2.9.	Regulación por la Ley 29/2015.....	511
2.10.	Régimen convencional.....	511
2.11.	Derecho de la Unión Europea: Reglamento 1206/2001.....	512
2.12.	Cuestiones de la práctica.....	512

**3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAS  
SENTENCIAS EXTRANJERAS ..... 514**

3.1. Derecho de la Unión Europea.....	514
3.2. Los artículos 41 a 61 de la Ley 29/2015. Reconocimiento de resoluciones judiciales.....	516
3.3. El exequátur.....	516

**CAPÍTULO XIV ..... 519**

**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL  
LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA  
POR EL JUEZ NACIONAL  
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

Santiago Ripol Carulla

**INTRODUCCIÓN ..... 521**

**1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ..... 522**

1.1. Composición.....	522
1.2. Competencias.....	524
1.3. Competencia contenciosa.....	524
1.4. Recurso de constatación de infracción del derecho comunitario por los Estados miembros (artículos 258-260, TFUE).....	524
1.4.1. Noción de infracción.....	524
1.4.2. Procedimiento.....	524
1.4.3. Efectos de la sentencia.....	525
1.5. Recurso de anulación (Artículo 263, TFUE).....	525
1.5.1. Actos impugnables.....	525
1.5.2. Sujetos legitimados activamente.....	525
1.5.3. Motivos de anulación.....	525
1.5.4. Plazo.....	525
1.6. Excepción de ilegalidad (Artículo 277, TFUE).....	526
1.6.1. Concepto.....	526
1.6.2. Finalidad.....	526
1.6.3. Efectos de la sentencia.....	526
1.7. Recurso de inactividad o “carencia” (Artículo 265, TFUE).....	526
1.7.1. Omisiones impugnables.....	526
1.7.2. Legitimación activa.....	526
1.7.3. Plazo.....	526
1.7.4. Efectos de la sentencia.....	526
1.8. Recurso por responsabilidad extracontractual (Artículos 268 y 340, TFUE).....	527
1.8.1. Naturaleza.....	527

1.8.2. Requisitos .....	527
1.8.3. Legitimación activa.....	527
1.8.4. Plazo.....	527
1.8.5. Efectos de la sentencia.....	527
1.9. Competencia consultiva.....	527
<b>2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL (ARTÍCULO 267 DEL TFUE).....</b>	<b>528</b>
2.1. La cuestión prejudicial desde el punto de vista de las competencias del TJUE.....	528
2.2. Importancia de la cuestión prejudicial.....	529
2.3. Planteamiento de la cuestión prejudicial. Actos que pueden ser objeto de cuestión prejudicial.....	530
2.4. Efectos de la sentencia prejudicial.....	533
2.5. Modificaciones en la regulación de la cuestión prejudicial introducidas por el Tratado de Lisboa .....	534
<b>3. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS DERECHOS INTERNOS.....</b>	<b>536</b>
3.1. El DUE como ordenamiento jurídico autónom.....	536
3.2. Principios que rigen las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos internos .....	538
3.3. Principio de aplicabilidad inmediata .....	538
3.4. Principio de la aplicabilidad directa o el efecto directo .....	539
3.5. Principio de la primacía del derecho comunitario .....	545
<b>CAPÍTULO XV .....</b>	<b>551</b>
<b>LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y EL PROCESO JUDICIAL</b>	
Raquel Alastruey Gracia	
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>553</b>
<b>1. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS.....</b>	<b>556</b>
<b>2. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.....</b>	<b>560</b>
2.1. La negociación.....	566
2.2. La mediación .....	568
2.3. Conciliación.....	573
2.4. Arbitraje.....	573
2.5. Fórmulas mixtas de mediación y arbitraje.....	574
2.6. La evaluación neutral y la opinión de expertos .....	575

2.7. La abogacía colaborativa.....	576
<b>3. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y SU INTERACCIÓN CON EL PROCESO JUDICIAL.....</b>	<b>577</b>
3.1. La derivación a mediación desde el proceso judicial.....	581
<b>4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ADR EN EL ÁMBITO DEL CONFLICTO FAMILIAR.....</b>	<b>585</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>593</b>
DOCTRINA.....	594
WEBGRAFÍA.....	609
NORMATIVA.....	610
Tratados internacionales.....	614







# PRESENTACIÓN

**Dariel Alejandro Suárez Adames**

La Escuela Nacional de la Judicatura tiene el honor de poner a disposición de la comunidad jurídica nacional e internacional la segunda edición de la obra *Constitucionalización del proceso civil (2021)*.

La primera edición se realizó durante el 2005, con el objetivo de ser el libro base de la capacitación denominada “Constitucionalización del proceso civil”, e impartida por el Poder Judicial de la República Dominicana y el Consejo General del Poder Judicial de España, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Tras el paso de 16 años desde esta primera publicación, y a partir de la trascendental Reforma Constitucional del 2010, urgía su actualización. Así que, hoy, sumergidos en un nuevo proceso de reforma de la justicia, con la implementación del Plan Estratégico del Poder Judicial dominicano, Visión Justicia 20|24, la Escuela Nacional de la Judicatura reúne nuevamente a expertos nacionales e internacionales, con el objetivo de revisar y actualizar esta obra, a fin de renovar su contenido e incluir los avances que ha tenido esta rama del derecho, específicamente la incidencia de la constitucionalización del derecho dominicano desde la última década.

La actualización de los contenidos ha sido una labor coordinada por el destacado constitucionalista dominicano y exjuez, Hermógenes Acosta de los Santos, quien ha revisado y actualizado esta obra junto a los siguientes expertos: José Machado Plazas, Manuel Antonio Ramírez Suzaña, Joan Picó Junoy, Juan Alfredo Biaggi Lama, Juan Antonio Toscano Ortega, Édynson Alarcón Polanco; así como, Francisco Javier Pereda Gámez, Nieves Luisa Carolina Soto de León, Genaro A. Silvestre Scroggins, Santiago Ripol Carulla y Raquel Alastruey Gracia.

Esta publicación se pone a disposición de la comunidad jurídica como parte del compromiso de la Escuela Nacional de la Judicatura de compartir el resultado de su labor académica a través de su Biblioteca Virtual, Base del Conocimiento Jurídico que recientemente ha sido lanzada por la Institución, con el objetivo de constituirse en fuente de consulta obligatoria para jueces, juezas y juristas nacionales e internacionales.

Agradecemos la labor de los destacados juristas encargados de la actualización de la obra y de todo el equipo envuelto en su elaboración, cuyo esfuerzo propició la materialización de esta publicación académica. Esperamos que esta contribuya a la formación de la judicatura nacional y de los miembros de la comunidad jurídica, permitiéndonos seguir construyendo, juntos, una mejor justicia para todos y todas.

# PRÓLOGO

**Napoleón R. Estévez Lavandier**

La primera edición de esta obra titulada *Constitucionalización del proceso civil* fue publicada por la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ) en el año 2005, bajo la coordinación de José Machado y Hermógenes Acosta, con la colaboración de varios autores nacionales y extranjeros. Este volumen conserva el crédito de ser la principal obra de la bibliografía jurídica nacional que aborda particularmente el proceso civil conforme a los preceptos de la Constitución. Este compendio fue ideado en ocasión del curso virtual sobre “Constitucionalización del proceso civil”, impartido entonces a los jueces de la República Dominicana en el marco del Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial, que apoyaban en la época el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Luego de la publicación de la primera edición en 2005 de *Constitucionalización del proceso civil*, el sistema jurídico dominicano de manera general ha sido innovado con un sinnúmero de leyes, entre las que se encuentran aquellas que inciden directa y particularmente en el proceso civil. Sin embargo, la mayor radiación jurídica en todos los órdenes y materias lo produjo la reformada Constitución de la República Dominicana promulgada el 26 de enero de 2010.

A consecuencia de esta reforma constitucional nuestra Carta Magna dejó de ser un mero documento programático y de organización del Estado, para ser concebida como una fuente normativa, siendo la primera y suprema norma de la nación, con un carácter vinculante a todos los órganos estatales. Esto no solo implica que toda norma infraconstitucional -ley, decreto, reglamento, etcétera- debe respetar los límites establecidos por el texto constitucional, sino que, como primera fuente del derecho dominicano, es de aplicación directa para todos los ciudadanos y autoridades del Estado. Es decir que, por ejemplo, los jueces del Poder Judicial y de las altas cortes deben en primer lugar fundamentar sus decisiones conforme a lo establecido en la Constitución y luego en los textos legales que no le contradigan.

El artículo 69 de la vigente Constitución (2015) dispone que toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por garantías mínimas. Como se observa,

este artículo 69 consta de dos partes que deben ser interpretadas conjuntamente: *la tutela judicial efectiva* y *el debido proceso*. La primera se sitúa en un momento anterior al proceso judicial y garantiza el derecho de acceso al mismo. La segunda parte refiere a las garantías procesales que conforman el debido proceso. Por consiguiente, ambos conceptos no pueden ser considerados aisladamente, pues sin las garantías procesales no sería posible la tutela judicial efectiva -también denominada como *el derecho a la jurisdicción*-.

Una de las conquistas más trascendentes aportada por la reforma constitucional al fortalecimiento de nuestro Estado constitucional y de derecho, es la instauración del Tribunal Constitucional dominicano, como último intérprete y garante de la Carta Magna, el cual, al igual que el Tribunal Superior Electoral, constituye un órgano extra poder, que conforman con la Suprema Corte de Justicia las denominadas “altas cortes” de la nación. Así, a partir de la misma reforma constitucional de 2010, el *poder jurisdiccional del Estado* ya no es ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial, sino también por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior Electoral.

Calificada como una de las constituciones más modernas y avanzadas de la Región, nuestra Constitución modificada en el año 2010 trajo aparejada una revolución del régimen constitucional y la real eficacia del principio de *supremacía de la Constitución*, implicando una visión más contemporánea del derecho constitucional.

La concretización de la supremacía de la Constitución -principio reconocido desde antes de 2010, pero era generalmente desacatado- conduce a la *constitucionalización* de todo el ordenamiento jurídico nacional, a lo que no escapa nuestro proceso civil objeto de estudio de la presente obra. El maestro Eduardo J. Couture fue el primero en tratar la vinculación de los institutos procesales con la Constitución, cuando publicó en 1946 su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil”, que hoy aparece en su afamada obra *Estudios de Derecho procesal civil*, publicada en 1948.

El fenómeno actualmente conocido como “constitucionalización del proceso” deja atrás, como hemos dicho, la errónea concepción de que la Constitución se basa únicamente en un grupo de disposiciones orientadas a organizar las funciones de los Poderes del Estado y en la enunciación de una serie de principios sin trascendencia práctica, pues a estos últimos se les ha reconocido el carácter de eficacia directa, encontrándose los órganos jurisdiccionales en la obligación de aplicarlos en los procesos y exigir a las partes la observancia de los mismos en los casos que proceda. De esta forma se impone el reconocimiento

normativo pragmático de los preceptos establecidos en nuestra Carta Magna como directriz jurídica y fuente de interpretación, provocando que los principios constitucionales desplacen, sin reemplazar, a las reglas del derecho adjetivo en los procesos que resulte más oportuna o atenuante su aplicación para alcanzar la debida garantía judicial.

La nueva normativa constitucional y legal promulgada después del año 2005, la renovada doctrina constitucional de autores nacionales y extranjeros, así como los precedentes dictados por el Tribunal Constitucional desde su instauración y la jurisprudencia pronunciada por los jueces del Poder Judicial conforme el nuevo régimen constitucional, imponía ya la puesta al día de esta obra *Constitucionalización del proceso civil*, donde los autores que colaboraron en la primera edición han actualizado los contenidos que suplen el presente compendio procesal, que desarrolla temas como los siguientes: proceso civil y Constitución; los principios constitucionales rectores del proceso civil; el derecho a la prueba; el derecho a recurrir; el derecho procesal civil internacional (actualizado al tenor de la Ley 544 de 2014, sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana); entre otros temas procesales de interés constitucional.

Esta segunda edición del libro *Constitucionalización del proceso civil* ha sido actualizada bajo la coordinación del magistrado Hermógenes Acosta, exjuez del Tribunal Constitucional (2012-2020), catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Civil, quien además participa en esta como colaborador en diversos temas, junto a un selecto grupo de profesores nacionales y extranjeros. La presente obra estará disponible en versión digital y de papel, para toda la comunidad jurídica nacional e internacional.

Felicitemos a la Escuela Nacional de la Judicatura por siempre contribuir a la academia y la bibliografía jurídica dominicana, en esta ocasión reuniendo por segunda vez un excelso equipo de profesores especialistas en derecho constitucional y derecho procesal civil, para producir este importante compendio de gran utilidad para jueces, servidores judiciales, ministerio público, abogados, profesores y estudiantes de Derecho, así como la comunidad jurídica en general, que estimula el estudio del proceso civil en armonía con los principios y garantías constitucionales que conforman *el debido proceso*.





# **CAPÍTULO I**

## **PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN**

**Hermógenes Acosta de los Santos**



# **CAPÍTULO I**

## **PROCESO CIVIL Y CONSTITUCIÓN**

**Hermógenes Acosta de los Santos**

### **INTRODUCCIÓN**

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

La corriente predominante es aquella que percibe la Constitución como la norma suprema y provista de eficacia directa. Este carácter supremo obliga al juez a inaplicar las normas inconstitucionales y a tomar en cuenta la Carta Magna en la solución de los conflictos.

Como fruto del paradigma anterior está también la constitucionalización del derecho, fenómeno que consiste en regular en instituciones y principios en la Constitución, que anteriormente solo eran materia de los códigos y las leyes. En la medida en que los principios que le sirven de soporte y que le estructuran -por ejemplo, el proceso, tema que nos ocupa- se consagren en la Constitución, existirá mayor garantía de que sean observados por los órganos que tienen la obligación y responsabilidad de aplicarlos. De igual forma, al reconocerse rango constitucional a un principio del proceso, este sale del alcance del legislador ordinario, ya que para modificarlo se hace necesaria una reforma constitucional.

La constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo; probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo, porque en esta se deciden cuestiones que, como la libertad individual, trasciende el ámbito privado e interesa a toda la sociedad. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil es relativamente reciente, pues se sitúa en la Posguerra de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo tanto, como en esta parte del libro analizaremos los principios que rigen el proceso civil, lo hemos dividido en dos partes: “El proceso civil”, en el apartado 1; y la “Constitucionalización del proceso civil en el sistema dominicano”, en el apartado 2.

## **1. EL PROCESO CIVIL**

En este capítulo abordaremos cuatro aspectos del proceso civil: la noción, la naturaleza, las características y los tipos de procesos.

### **1.1. LA NOCIÓN DE PROCESO**

Para definir el proceso es necesario referirse a otras instituciones relacionadas y que frecuentemente se confunden con esta: el procedimiento y el juicio.

El procedimiento puede considerarse como la manera en que se ordenan formalmente los distintos actos constitutivos del proceso hasta la consecución de la tutela que en este se solicita (Montón Redondo, 2000, 43). En cambio, el proceso se refiere a la estructura de la actividad jurisdiccional, a los nexos que median entre los actos, a los sujetos que lo realizan, a la finalidad a que tienden, a los principios a que responden, a las condiciones de quienes lo producen y a los derechos que otorgan (Aroca Montero, 2000, 290-291).

El proceso también se define como la actividad que se agota para obtener una decisión de un tribunal o para realizar una ejecución forzada, en razón de que “el órgano judicial no se mueve por sí, si no hay alguno que lo requiera y estimule: y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue inmediatamente a la petición, sino que antes de que aquel fin sea alcanzado es necesario que se cumplan numerosos actos que se suceden en un lapso más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerado como una unidad en vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso en el sentido judicial” (Calamandrei, 1997, 68-69). Como el procedimiento constituye una mera sucesión de actos, es decir, la cara y la forma de la actividad jurisdiccional, puede existir en cualquier actividad jurídica; por el contrario, el proceso solo se concibe en el ámbito de la actividad jurisdiccional.

El juicio no es más que la acción de juzgar, y el enjuiciamiento se refiere a la dinámica que conduce al juicio; en tal sentido, el enjuiciamiento comprende: el proceso, el procedimiento y el juicio (Aroca Montero, 2000, 291-292).

## 1.2. NATURALEZA DEL PROCESO

La doctrina privatista, al igual que la doctrina publicista, ha pretendido explicar o investigar la naturaleza jurídica del proceso. En el ámbito de la doctrina privatista se destaca la teoría del contrato de *litis contestatio* y la teoría del cuasi contrato *litis contestatio*.

Conforme a la primera de las teorías, las partes que intervienen en el proceso están vinculadas contractualmente. Esta teoría fue desarrollada en un momento intermedio entre la justicia privada y el surgimiento del Estado; se trataba de la época de los procedimientos formularios y de la *legis actions* (Agueda Salazar, 2007, 99-100).

El proceso se veía como un verdadero contrato, en razón de que para la época era costumbre que las partes asumieran el compromiso y la obligación de llevar sus diferencias ante el pretor, de manera tal, que el proceso no se desarrollaba como un verdadero litigio, sino como un arbitraje (Couture, 1989, 109).

El proceso existió con las características indicadas hasta el siglo V; sin embargo, la doctrina francesa mantuvo la concepción contractualista del proceso hasta el siglo XVIII. La situación anterior es abiertamente criticada por la doctrina moderna, pues se considera que “solo subvirtiendo la naturaleza de las cosas es posible ver en el proceso, situación coactiva en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aún en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones, el fruto de un acuerdo de voluntades” (Couture, 1989, 104).

La segunda de la teoría, es decir, la del cuasicontrato de *litis contestatio*, aparece en la época en que el Estado tiene el monopolio de la potestad jurisdiccional. Lo que plantea esta teoría es que la demanda da nacimiento a un cuasicontrato, lo que supone que el demandado queda sujeto al proceso desde el instante que tiene conocimiento de la demanda. En este escenario desaparece el contrato y nace un cuasicontrato (Agueda Salazar, 2007, 100). Se entiende que esta teoría solo tiene validez al inicio del proceso y que, como el Estado asume la

potestad jurisdiccional, la misma no aporta nada a la explicación del proceso (Montero Aroca, 2000, 283).

Estas dos visiones del proceso forman la teoría jusprivatista (Agueda Salazar, 2007, 100); mientras que, las concepciones del proceso que se corresponden con la teoría publicista son las que ven el proceso como una relación jurídica, como una situación jurídica o como una institución (Agueda Salazar, 2007, 100-101).

La teoría de la relación jurídica tiene sus antecedentes en la filosofía del derecho de Hegel y Bethmann-Hollweg. Su iniciador fue Oscar Von Bülow, quien la desarrolló en una obra publicada en el 1968, titulada "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales" (Montero Aroca, 2000, 284). De acuerdo con esta teoría, el proceso civil no es una relación de derecho privado, porque la relación del proceso se produce entre funcionarios públicos y a las partes únicamente se les toma en cuenta en cuanto a su vinculación con el proceso y a la cooperación que estas pueden dar para lograr los objetivos del proceso (Montero Aroca, 2000, 284).

La concepción del proceso como relación jurídica es la más aceptada por la doctrina (Chioveda, 1986, 285). Sin embargo, entre los autores que la defienden no existe unanimidad respecto a cómo debe entenderse la teoría, pues para unos la relación jurídica se da entre las partes y para otros se produce entre las partes y el juez. Igualmente, se sostiene que la relación se produce entre las partes entre sí y de esta con el juez y, por último, hay quienes entienden que esta relación se concretiza entre el juez y el Estado (Chioveda, 1986, 145).

Por otra parte, para la doctrina moderna se trata de una teoría que no aporta nada en cuanto a la naturaleza jurídica del proceso. No obstante, se mantuvo en vigencia durante un siglo y esto se debió a que gracias a esta fueron posibles tres aciertos fundamentales: a) con el nacimiento y desarrollo de esta teoría aparece la Autonomía del Proceso, lo cual se logra a partir de la distinción entre la relación jurídica material y la relación jurídica procesal (Montero Aroca, 2000, 285); b) el proceso se comenzó a ver como una relación jurídica de conexión diferente al procedimiento; y c) hizo posible estudiar, en sentido general, los sujetos, los presupuestos, el objeto y los actos del proceso (Montero Aroca, 2000, 285).

La teoría de la situación jurídica fue iniciada por James S. Goldschmidt en el 1925, en su obra titulada “El proceso como situación jurídica”. Conforme a esta teoría, el proceso es autónomo y no necesita acudir a otras figuras jurídicas para explicarse. Aquí, se concibe el proceso como un conjunto de normas que regulan la conducta del juez y de las partes, donde no se les imponen obligaciones a las partes, sino cargas, de cuyo cumplimiento o incumplimiento se derivan consecuencias procesales (Agueda Salazar, 2007, 101).

Se entiende que la referida teoría carece de utilidad para la búsqueda de la naturaleza del proceso, pero que a partir de sus planteamientos queda claro que el proceso no forma parte de otra categoría más general del derecho. Esto último condujo a la conclusión de que carece de sentido buscar el género del proceso (Montero Aroca, 2000, 288).

Otra crítica que se hace a esta teoría es que, contrario a lo que se sustenta en la misma, se entiende que del proceso se derivan derechos y obligaciones desde que se demanda o denuncia, no solo para las partes, sino para el juez (Agueda Salazar, 2007, 101-102), a quien corresponde revisar la demanda o la denuncia para determinar si le da curso y dictar sentencia (Agueda Salazar, 2007, 102).

Como se aprecia, si bien las teorías anteriormente expuestas no logran definir de manera certera la naturaleza del proceso, no cabe duda de que los esfuerzos teóricos hechos por la doctrina han contribuido enormemente al estudio de esta categoría, lo cual ha ayudado no solo a su comprensión, sino a importantizar el derecho procesal en la administración de justicia.

### **1.3. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO**

El proceso, según la doctrina, es instrumental, artificial y técnico (Montero Aroca, 2000, 278). A cada una de estas características nos referiremos en los siguientes párrafos:

#### **1.3.1. El proceso como instrumento**

Se considera que el proceso es un instrumento porque no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para lograr un objetivo o una pretensión que se entiende fundada en derecho. En efecto, los procesos que se prevén en el ordenamiento jurídico existen para que cualquier persona

física o moral los utilice cuando lo juzgue necesario para lograr el respeto y la materialización de sus derechos (Montero Aroca, 2000, 278-279).

Asimismo, conviene destacar que el proceso no solo constituye un medio para el logro de pretensiones, sino para que el Estado ejerza la potestad jurisdiccional a través de los tribunales -potestad que, como veremos más adelante, es una obligación respecto del Estado y un derecho fundamental en relación a los justiciables-.

### **1.3.2. Proceso como creación artificial**

Con sobrada razón, se afirma que el proceso es una creación artificial (Montero Aroca, 2000, 279) o un instrumento que nace con una ley, es decir, que antes de la ley carecía de existencia en el seno de la sociedad. Claro está que la ley que crea el proceso no se concibe en el vacío, sino todo lo contrario: surge como consecuencia de una necesidad real de la sociedad. Cabe recordar que el proceso es un medio que tiene como finalidad hacer realidad la concretización de un derecho material.

Por otra parte, a diferencia del proceso, el derecho material existe con anterioridad a la ley; así que, esta no lo crea, sino que lo regula. De manera que, antes de que la ley fuera integrada al ordenamiento jurídico, la institución que esta regula ya tenía existencia en la sociedad. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a instituciones, tales como: el contrato de alquiler, el contrato de venta, el contrato de préstamo, entre otros, los cuales son anteriores a la existencia del Código Civil e inclusive son anteriores a las legislaciones que sirven de fuente y de inspiración al Código.

### **1.3.3. El proceso como técnica**

Los procesos solo pueden ser regulados mediante la ley. En tal sentido, corresponde al legislador elaborar la mejor técnica procesal para asegurar la debida protección de las libertades y los derechos fundamentales. De ahí, que el legislador está facultado para determinar la forma y la modalidad del proceso.

No obstante, conviene resaltar que la facultad que tiene el legislador para establecer los mecanismos del proceso está limitada por los principios fundamentales de este (Montero Aroca, 2000, 279-280). El legislador no debe, por ejemplo, desconocer el principio de racionalidad de las leyes, o el principio de igualdad, entre otros principios. De manera que,



el legislador está constreñido a estructurar procesos coherentes con la Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así que, como la Constitución es la ley fundamental y suprema del ordenamiento jurídico, toda norma procesal que la contradiga carece de validez.

Cabe recordar que en la Constitución dominicana se estructura un sistema mixto de control de constitucionalidad, en la medida que coexisten los dos modelos tradicionales: el concentrado y el difuso.<sup>1</sup> Por la vía del primero, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional una disposición legal; y por la vía del del segundo, los tribunales del Poder Judicial inaplican dichas disposiciones, con ocasión del conocimiento de un procedimiento ordinario o especial.

## 1.4. TIPOS DE PROCESOS

Existe diferentes tipos de procesos, tales como: los declarativos, los ejecutivos y los cautelares; así como, los ordinarios y los especiales. A estos nos referiremos en los párrafos esbozados a continuación:

### 1.4.1. Proceso declarativo

La doctrina española distingue, dentro del proceso declarativo, la pretensión mero declarativa, la pretensión constitutiva y la pretensión declarativa de condena (Montero Aroca, 2000, 298). Los tres tipos de procesos coinciden con las tres clases de tutela judicial indicada en el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Montero Aroca, 2000, 298).

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

Cuando se trata de una declaración mero declarativa lo que busca la parte es que se declare un derecho ya existente. Con la sentencia

---

1 Véase los artículos 184 y 188 de la Constitución dominicana; e, igualmente, los artículos 36 y siguientes, y el 51 y siguientes de la Ley N.º 137-11, del 15 de junio, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

termina el proceso, esta no constituye un título ejecutivo. En cambio, cuando se trata de una pretensión constitutiva, la finalidad es crear, modificar o extinguir una relación jurídica; en este caso, tampoco la sentencia tiene que ser ejecutada, pues es suficiente con su registro y no constituye un acto de ejecución.

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

En el ordenamiento jurídico dominicano existen estos procesos declarativos, aunque ninguna los consagre y regule. Es la doctrina y la jurisprudencia que hacen mención de los mismos, aunque no los denominan procesos, sino sentencias declarativas o constitutivas (Tavares, Froilán, 2000, 376 y ss.), (Pérez Méndez, 1998, 244-245).

#### **1.4.2. Proceso ejecutivo**

Para que la tutela judicial efectiva sea auténticamente efectiva el juez no puede limitarse a juzgar y dictar sentencia, sino también a dar cumplimiento coactivo a lo resuelto. Obviamente que esta modalidad de ejecución solo opera en ausencia de ejecución voluntaria (Montón Redondo, 2000, 442).

En nuestro sistema no hay un texto constitucional que, de manera expresa, establezca la obligación del tribunal a ejecutar las decisiones; pero tampoco existe el denominado juez civil de la ejecución, como se contempla en la actualidad en la legislación francesa. De manera que en nuestro ordenamiento no se ha instaurado hasta la fecha el juez de la ejecución en materia civil, a diferencia de la materia penal, ámbito donde existe esta institución desde el 2004, fecha en que entró en vigencia el Código Procesal Penal.<sup>2</sup>

Sin embargo, en relación a la ejecución de las decisiones civiles, los artículos 113 y siguientes de la Ley N.º 834 del 15 de julio del 1978 (en

---

2 Véase los artículos 69 y los artículos 436 y siguientes del Código Procesal Penal dominicano, vigente desde el 2004, modificado por la Ley 10-15, promulgada el 6 de febrero de 2015. Igualmente, véase la Resolución núm. 296-2005, dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 6 de abril, mediante la cual se establece el Reglamento del Juez de la Ejecución de la Pena.

lo adelante Ley N.º 834-78), así como el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil, establecen los requisitos de ejecución; mientras que, el artículo 545 del Código de Procedimiento Civil señala cuáles títulos son ejecutorios y pone además a cargo del Ministerio Público la logística necesaria para la ejecución, órgano que es el depositario de la fuerza pública.

Por otra parte, la ejecución de las decisiones de los tribunales y de los documentos, a los que la ley le confiere la categoría de títulos ejecutorios, está a cargo de los alguaciles o ministeriales, aunque ni en la Constitución ni en las leyes adjetivas se les confiera esta facultad de manera expresa. No obstante, del contenido de varios artículos del Código de Procedimiento Civil puede deducirse esta facultad. En efecto, en el artículo 45 se establece que los alguaciles deben prestar su concurso en la ejecución de las decisiones; mientras que, en varios de los artículos relativos al embargo ejecutivo se hace mención de las actuaciones del alguacil.

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

Otros artículos, también relativos al embargo ejecutivo que hacen mención del alguacil, son el artículo 590, según el cual, si entre los bienes se encontrare dinero, se hará constar el número y la calidad de la moneda y el alguacil lo depositará en el tesoro público; y el artículo 597, según el cual, si la parte embargada no presentare depositario solvente y de la calidad requerida, se establecerá uno por el alguacil.

En razón de que los alguaciles son auxiliares de la justicia y están asignados a los tribunales, según lo dispone el artículo 82 de la Ley núm. 821, sobre organización judicial, del 21 de noviembre del 1927, puede afirmarse que la ejecución de las decisiones de carácter privado es una responsabilidad de los tribunales. Ante lo anterior cabe agregar, que el

artículo 112 de la Ley núm. 834-78 faculta al juez de los referimientos a resolver las dificultades que puedan presentarse en relación a la ejecución de una sentencia o de cualquier otro título ejecutorio. De manera que no solo corresponde al tribunal la ejecución de la decisión, sino resolver cualquier dificultad relacionada con la materia.

### **1.4.3. Proceso cautelar**

Los procesos ordinarios deben terminar en un tiempo razonable. Para que lo anterior pueda ser una realidad, los actores del proceso deben jugar su rol con responsabilidad y honestidad. De los actores relevantes del proceso destacan el juez y las partes, estas últimas acuden a la justicia, generalmente, a través del ministerio de abogado, profesional del derecho que, aunque no es parte del proceso, tiene un rol importante en el proceso, en calidad de auxiliar de la justicia.

Cuando se sigue el procedimiento ordinario se corre el riesgo de que la sentencia se obtenga después de que la reivindicación del derecho reclamado se torne irrealizable. Así, en una demanda dirigida a obtener la recuperación de un crédito, por ejemplo, es posible que durante el proceso el deudor distraiga o enajene sus bienes; o que durante el tiempo que dure el procedimiento de divorcio, el esposo que tiene el control o la dirección del patrimonio de la comunidad distraiga el mismo. En el primer caso carecería de sentido una sentencia condenatoria, ya que no habría bienes para ejecutar; y en el segundo, la demanda en partición, que sigue, generalmente, a la demanda en divorcio, carecería de interés.

Las dificultades comentadas en el párrafo anterior se resuelven con la implementación de un proceso alternativo, como lo es el denominado proceso conservatorio o cautelar. De ahí que, por ejemplo, en nuestro Código de Procedimiento Civil se contemplen medidas, tales como: los embargos conservatorios, la hipoteca judicial y la oposición.

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

Por otro lado, este proceso comprende un conjunto de actividades marcadamente instrumentales que se hacen necesarias cuando los tiempos procesales o la conducta del demandado determine situaciones peligrosas para los resultados del proceso, poniendo en entredicho la efectividad de la tutela solicitada (Montón Redondo, 2000, 444).

Ciertamente, la medida cautelar se constituye en aliada de la tutela judicial efectiva, porque tiende a evitar situaciones adversas a la efectividad de la ejecución de la sentencia, pues como ya hemos indicado, obtener ganancia de causa carece de importancia si, por ejemplo, al momento de ejecutar la sentencia el patrimonio del deudor ha desaparecido.

En esta línea de pensamiento, parte de la doctrina dominicana considera que existe un derecho fundamental a la tutela efectiva. En efecto, Gil asocia la medida cautelar al debido proceso, indicando que el mismo no existe si no se asegura la eficacia de la sentencia mediante la medida cautelar. Mientras que, Rodríguez Huerta vincula estas medidas al derecho de acceso a la justicia. En este mismo sentido, Jorge Prats la asocia a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 69 de la Constitución; así como al principio rector de la efectividad consagrado en el artículo 7.4 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales, de 15 de junio (Jorge Prats, 2013, 551-552).

El vínculo entre las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva no es discutible; sin embargo, no puede perderse de vista que se trata de procesos excepcionales, los cuales, en consecuencia, no tienen razón de ser en situaciones normales o donde no peligre la eficacia de la sentencia.

Esta excepcionalidad se sustenta en el hecho de que cuando a un demandante se le autoriza, en materia civil, por ejemplo, a tomar medidas cautelares se le reconoce, en cierta medida, un derecho de crédito que todavía no ha sido acreditado en el tribunal. La misma situación se presenta en lo contencioso administrativo, cuando se suspenden los efectos de un acto impugnado, pues mientras el juez no lo anule debe considerarse regular.

En materia de revisión constitucional de decisiones irrevocables también debe primar la excepcionalidad,<sup>3</sup> aunque la justificación sería distinta,

---

3 El Tribunal Constitucional ha establecido de manera reiterada que la medida cautelar, consistente en suspender la ejecución de la sentencia recurrida en revisión constitucional, es excepcional, en el entendido de que con la misma se puede vulnerar

pues aquí de lo que se trata es de que el recurrente en revisión pretende la suspensión de la ejecución de una sentencia que ha adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada en el ámbito del Poder Judicial. De manera que en este caso el Tribunal Constitucional debe ponderar dos derechos: a) el derecho de ejecución que tiene el beneficiario de la sentencia, que al tener el carácter de la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, goza de una presunción de regularidad; y b) el derecho del recurrente en revisión a que la sentencia, que eventualmente obtenga, sea eficaz.

En definitiva, nos parece que, en sentido general, el debido proceso y la tutela judicial efectiva no pueden verse de forma aislada del principio de igualdad procesal, de manera que las decisiones que dicte el juez en materia de medidas cautelares o en cualquier otra materia tomen en cuenta los intereses de todas las partes que intervienen en el proceso.

#### **1.4.4. Procesos ordinarios y procesos especiales**

El primero de estos procesos está al alcance de todas las personas sin distinción y en todas las materias. Mientras que el segundo, es decir, el especial, es el que el legislador establece en relación a determinadas personas o materias. A modo de ejemplo, podemos mencionar como procesos especiales: el de referimiento y el de amparo, procesos en los que no se toma en cuenta a las personas que intervienen, sino la especialidad de la materia o el asunto discutido.

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

En el segundo procedimiento, es decir, el de amparo, el mismo es pertinente cuando una autoridad administrativa o un particular ha desconocido un derecho fundamental de una persona física o moral.<sup>4</sup>

---

la tutela judicial efectiva en perjuicio del beneficiario de la sentencia recurrida. (Véase la Sentencia TC/0046/13, del 3 de abril; la Sentencia TC/0125/14, del 16 de junio; y la Sentencia TC/0447/19, del 11 de octubre.

4 Actualmente, el amparo está regulado en los artículos 70 y siguientes de la Constitución; y en los artículos 65 y siguientes de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y Sobre los Procedimientos Constitucionales, promulgada el 15 de junio.

En esta materia, al igual que la anterior, la celeridad es fundamental.

Además de estos procesos especiales, en los cuales lo que se toma en cuenta es la materia tratada, existen otros procedimientos estructurados, partiendo de las personas que intervienen; es decir, se trata de privilegios reconocidos a personas limitativamente indicadas por el constituyente. A título de ejemplo, podemos hacer mención del procedimiento de embargo inmobiliario abreviado, regido por los artículos 148 y siguientes de la Ley 6186 del 1963. También es válido hacer referencia a los funcionarios públicos que gozan de jurisdicción privilegiada, de acuerdo con la Constitución.

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

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

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

A propósito de la cuestión planteada, en varias ocasiones han sido tildados de inconstitucionales los textos legales que consagran el referido proceso de embargo inmobiliario abreviado; sin embargo, el criterio de la Suprema Corte de Justicia (actuando como tribunal de garantías constitucionales, atribución que desapareció con la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional) es que dicho procedimiento no viola la Constitución.<sup>5</sup>

---

5 Véase las sentencias SCJ Núm. 1, de 17 de enero de 1999; y SCJ Núm. 3, de septiembre de 1999.

En la actualidad, y luego de la publicación del Código Monetario y Financiero, no solo se benefician del referido procedimiento las asociaciones de ahorros y préstamos para la vivienda, sino todas las instituciones que integran el sistema bancario.

A pesar de esta sustancial modificación, el Tribunal Constitucional ha sostenido, coincidiendo de esta forma con la Suprema Corte de Justicia, que el procedimiento especial que nos ocupa no viola los principios de igualdad y de no discriminación.<sup>6</sup> No compartimos esta tesis y por esta razón votamos como disidente, cuando se discutió el tema, voto al cual nos remitimos.<sup>7</sup> Baste decir aquí que, al abrirse el referido procedimiento especial de embargo inmobiliario para que se beneficien los intermediarios financieros, se impone abrirlo para la totalidad de los acreedores y derogar el procedimiento ordinario.

## **2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL EN EL SISTEMA DOMINICANO**

En este apartado analizaremos los principios e instituciones vinculadas directa o indirectamente con el proceso civil, previstas en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos

### **2.1. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL PODER JUDICIAL**

Previo a analizar los principios e institucionales indicadas en el párrafo anterior, haremos una síntesis de las dos reformas constitucionales que más impactaron en el sistema de justicia de nuestro país, ya que el conocimiento de estos cambios facilita la comprensión del modelo de justicia que impera actualmente.

#### **2.1.1. Impacto de la reforma constitucional de 1994 en el Poder Judicial**

Hasta el 1994 existió un Poder Judicial mediatizado en la República Dominicana, fundamentalmente porque los jueces eran elegidos por otro de los Poderes del Estado, en particular por una de las cámaras del Congreso Nacional: la Cámara del Senado. El Constituyente de la época

---

6 Véase las sentencias TC/0022/12, dictada el 21 de junio; y TC/0060/14, dictada por el Tribunal Constitucional, el 4 de abril.

7 Véase voto disidente que consta en las Sentencias TC/0022/12, del 21 de junio; y TC/0060/14, dictada por el Tribunal Constitucional, el 4 de abril.



se limitó a atribuirle al indicado órgano la facultad de designar los jueces, sin preocuparse por prever los mecanismos de transparencia, como el concurso de oposición, entre otros. De manera que, el Órgano actuaba con absoluta y completa discrecionalidad; de ahí, en muchos casos se hacían elecciones que obedecían a razones políticas o económicas, y sin tomar en cuenta la honestidad, la responsabilidad y la formación académica.

Como era de esperarse, el mecanismo de elección generaba, entre otros males, el de la dependencia del Poder Judicial frente al Poder Legislativo, no solo por tener este último la prerrogativa de elegir, sino porque de este dependían otros aspectos de mayor relevancia, como la permanencia en el cargo y la movilidad, la promoción y el traslado de los jueces.

Las posibilidades de independencia e imparcialidad del juez y del Poder Judicial eran escasas, no solo por lo que ya hemos señalado, sino porque entre otras cosas, no existía la inamovilidad ni la carrera judicial, con todo lo que esto implica. En consecuencia, cada cuatro años la incertidumbre se apoderaba de todos los miembros del Poder Judicial. Entonces, a raíz de una crisis política, generada luego de las elecciones generales del 1994, es que se aprueba la Constitución de ese año; y esta entraña importantes y trascendentes cambios en el ámbito político y, fundamentalmente, en la estructura y la base misma del Poder Judicial.

A partir de la referida Constitución, se crearon órganos como el Consejo Nacional de la Magistratura, órgano que estuvo formado originalmente por el Presidente de la República, el Presidente de la Cámara de Senadores y un senador de un partido diferente a aquel al cual pertenece el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados y un diputado de un partido diferente a aquel al cual pertenece el Presidente de dicha Cámara; así como por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia y un Juez de dicho tribunal.<sup>8</sup>

La función del Consejo era designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia; y esta, a su vez, de designar a los demás jueces del Poder Judicial. De esta manera, los senadores de la República perdieron el monopolio de designar directa y discrecionalmente a todos los jueces del país.

---

8 Véase artículo 64 de la Constitución de 1994. Actualmente, el Procurador General de la República pertenece al Consejo Nacional de la Magistratura, según se establece en el artículo 178.8 de la Constitución.

Además de los cambios indicados, se produjeron otros no menos trascendentes, tales como: la instauración de la figura jurídica de la inamovilidad de los jueces; y la creación de la Escuela Nacional de la Judicatura, responsable de la formación de los nuevos jueces y de la capacitación continua de los jueces ya nombrados. También cabe destacar la aparición de otro órgano de significativa importancia: la Dirección General de la Carrera Judicial, institución que tiene la misión de darle seguimiento a la labor que realizan los jueces; así como, organizar los concursos de oposición de los aspirantes a entrar en la carrera judicial.

### **2.1.2. Impacto de la reforma constitucional de 2010 en el Poder Judicial**

La Constitución vigente, proclamada el 26 de enero de 2010, es junto a la de 1963 la más importante de la historia constitucional de la República Dominicana. Esta reforma constitucional fue importante por muchas razones, de las cuales interesan a los fines de este trabajo las relacionadas con la estructura y competencia del Poder Judicial, que referimos a continuación:

En esta Constitución se crea por primera vez en la República Dominicana el Tribunal Constitucional, el cual tuvo una incidencia importantísima en el Poder Judicial, porque como consecuencia del surgimiento de esta jurisdicción especializada en materia constitucional, la Suprema Corte perdió competencias; y, además, sus decisiones dejaron de tener el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada, en razón de que, en circunstancias particulares, pueden ser revisadas y, eventualmente, anuladas por el Tribunal Constitucional.

Respecto a los cambios relacionados con la competencia, luego de la entrada en vigencia de la actual Constitución cesó la competencia de la Suprema Corte de Justicia para conocer las acciones directas de inconstitucionalidad y los recursos de casación incoados contra las sentencias dictadas por los jueces de Primera Instancia y el Tribunal Superior Administrativo en materia de amparo.

Esta reforma constitucional tuvo otros impactos en el Poder Judicial, como la transformación del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario en el Tribunal Superior Administrativo. Pero, probablemente, el cambio que más impactó está relacionado con la inamovilidad de los jueces de la Suprema Corte de Justicia.

En esta reforma se reiteró el principio de inamovilidad de los jueces de la Suprema Corte de Justicia y de los demás jueces del Poder Judicial. Sin embargo, el núcleo duro de este principio puede afectarse si se desnaturaliza la evaluación de desempeño que hace cada siete años el Consejo Nacional de la Magistratura.

Los jueces, como todo aquel que desempeñe una función pública, tienen la obligación de rendir cuentas, porque su estatuto salarial se nutre de fondos públicos. Sin embargo, al realizar esta evaluación no puede perderse de vista que al sistema de justicia lo que menos le conviene es renovar periódicamente la matrícula de la Suprema Corte de Justicia. La estabilidad del Órgano permite consolidar las líneas jurisprudenciales, lo que genera seguridad jurídica y crea las condiciones para alcanzar el fin último del sistema, que es acercarse a lo justo.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el 75 % de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia pertenece a la carrera judicial y la mayoría tiene menos de 60 años, edad que pudiera ser inferior en el futuro, pues el promedio etario de los egresados de la Escuela Nacional de la Judicatura no llega a los 30 años. Esto implica que, si en lugar de dificultar la sustitución, la facilitamos, cada siete años un grupo considerable de jueces jóvenes y en la mejor etapa de producción intelectual se convertirán en pensionados. No hacemos referencia al impacto económico que tiene la cuestión porque carezca de importancia, sino porque se trata de un tema que trasciende el objeto de este trabajo y que por su complejidad amerita de un estudio particular.

Un elemento vital concierne a que el Consejo Nacional de la Magistratura explique las razones por las cuales no confirma un juez de la Suprema Corte de Justicia, tal y como lo manda expresamente el artículo 181 de la Constitución, texto en el cual se consagra que: "(...) En los casos en que el Consejo Nacional de la Magistratura decidiera la pertinencia de separar un juez de su cargo, deberá sustentar su decisión en los motivos que contiene la ley que rige la materia". En igual sentido, se expresa el artículo 35 de la Ley núm. 138-11, promulgada el 21 de junio, sobre el Consejo Nacional de la Magistratura.<sup>9</sup> Del contenido de los textos indicados se desprende no solo que la destitución del juez debe

---

9 En el artículo 35 de la Ley Núm. 138-11, promulgada el 21 de junio, sobre el Consejo Nacional de la Magistratura, se consagra: "Cuando el Consejo Nacional de la Judicatura aparta a un juez de su cargo deberá sustentar su decisión según las disposiciones constitucionales o reglamentarias que apliquen".

justificarse, sino que se debe especificar una de las causas prevista en la ley que rige la materia.<sup>10</sup>

## **2.2. ASPECTOS DEL PROCESO CIVIL PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DOMINICANA Y EN TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

En esta parte analizaremos los principios e instituciones previstos en la Constitución, que están vinculados, directa o indirectamente, con el proceso civil.

### **2.2.1. Derecho al juez natural**

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

El Estado pasó a monopolizar la administración de justicia al reconocerle la potestad jurisdiccional a la Constitución, la cual ejerce a través de los tribunales creados mediante leyes adjetivas, es decir, mediante las normas sancionadas por el Poder Legislativo. De manera que, como ya hemos indicado en relación al Estado, la potestad jurisdiccional supone una obligación constitucional a su cargo; mientras que, en relación a las personas tanto físicas como morales supone un derecho constitucional.

En el cumplimiento de su obligación, el Estado debe poner a disposición de los ciudadanos y de toda persona que así lo requiera, los tribunales necesarios para que estos tengan la posibilidad de dirimir sus conflictos. Empero, los tribunales destinados a resolver los conflictos deben estar establecidos por una ley anterior al inicio del proceso; esto es lo que la doctrina denomina como el juez natural o predeterminado por una ley.

---

10 Según el artículo 33 de la Ley Núm. 138-11, promulgada el 21 de junio, sobre el Consejo Nacional de la Magistratura: "Para evaluar el desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura tomará en consideración lo siguiente: su integridad, imagen pública, reputación intelectual, destrezas profesionales, capacidad de análisis, laboriosidad, competencias académicas, atención y eficiencia a casos asignados; y tendrá como base de sustentación los informes de desempeño que de conformidad con la Ley de Carrera Judicial son presentados por los presidentes de las salas sobre cada juez miembro; los del Presidente de la Suprema Corte de Justicia sobre los jueces presidentes de cada Cámara y aquellos del Presidente de la Suprema Corte de Justicia elaborado por sus pares".

Este derecho está previsto en el numeral 2, artículo 69 de la Constitución, texto en el que se establece que las personas tienen derecho a ser oídas, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción, competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Pero también se consagra en tratados, convenciones y pactos sobre derechos humanos.<sup>11</sup>

### 2.2.2. El derecho de acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia es un derecho de vieja raigambre, pues se contempló en el artículo 4 del Código Civil, texto que prohíbe a los jueces negarse a decidir los asuntos de los cuales son apoderados, so pena de ser perseguidos por denegación de justicia. No cabe dudas de que ese texto constituye la base legal primigenia del referido derecho, porque si el tribunal está obligado a dictar sentencia en relación a los asuntos que le son sometidos es porque, real y efectivamente, existe el derecho de acceso al tribunal.

Posteriormente, dicho derecho fue objeto de regulación por la Resolución núm. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 13 de noviembre,<sup>12</sup> en la que se contempla de manera expresa el referido derecho de acceso al juez que tiene toda persona, y lo hace al abordar el principio de independencia y el de imparcialidad. En efecto, cuando la Suprema Corte de Justicia trata el aspecto interno de la independencia sostiene: “Constituye una garantía de los ciudadanos (debió decir de las personas) para la tutela del derecho a un juez sobre quien no sea posible la injerencia o influencia de sus pares de igual o superior categoría para adoptar decisiones jurisdiccionales”.

La Constitución vigente prevé el derecho de acceso a la justicia, de manera general, en el artículo 69, texto que establece, en su parte capital, que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses; y de manera más precisa, en el inciso 1) del referido artículo 69, texto que indica que toda persona tiene “el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita”.

---

11 Véase el artículo 6.1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, de 1950; el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; y el artículo 14 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1976.

12 La Resolución Núm. 1920-2003 fue dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 13 de noviembre, para poner en vigencia de manera anticipada el Código Procesal Penal, el cual entraba en vigor al año siguiente. Sin embargo, dicha resolución no se limitó a lo indicado anteriormente, sino que, además, consagró los principios del debido proceso. En la página 11 se contempla el derecho de acceso a la justicia.

Por otra parte, hay que destacar que el derecho a la tutela judicial efectiva va más allá del derecho de acceso a la justicia, ya que implica no solo que el Estado provea una jurisdicción para que dirima los conflictos, sino que debe dictar una sentencia conforme al derecho y en un tiempo razonable. Igualmente, está a cargo del Estado la obligación de establecer los mecanismos necesarios para que la sentencia sea ejecutada (Acosta de los Santos, 2005).

En otro orden, estamos en presencia de un derecho que tiene vocación universal; es por esto que, ha sido objeto de regulación por instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por ejemplo, en el artículo 14.1 de Pacto Internacional Relativo a los Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1976, se consagra lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida por un tribunal...” (Guinchard, 1998, 300).

De su parte, la Corte Europea de los Derechos del Hombre, mediante “les arrêts Golder et Deweer”, de fecha 21 de febrero de 1975, reconoce el derecho de acceso a la justicia, fundamentado en el artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, el cual consagra el derecho que tiene toda persona a un proceso equitativo, o el derecho a que su causa sea conocida de manera equitativa (Guinchard, 1998, 301).

La Corte Europea considera que el derecho de acceso a la justicia se puede derivar del referido artículo 6.1, en el entendido de que para esta es inconcebible que el referido texto detalle las garantías acordadas a las partes sin proteger el derecho de acceso al juez; derecho que, según la Corte, es el único que permite el beneficio real. Finalmente, agrega, que la equidad, la publicidad y la celeridad del proceso carece de interés en ausencia del proceso (Guinchard, 1998, 475-476).

### **2.2.3. La independencia judicial**

El juez es independiente cuando se somete exclusivamente a la Constitución y al resto del derecho. De ahí, la afirmación de que el juez que es independiente no atiende a los aspectos extraños a la justicia, tales como: temor, interés, amor propio, gratitud, honores y publicidad (Couture, 1989, 88).

En el ordenamiento jurídico dominicano, la independencia judicial está consagrada desde el 1927, año en que se publicó la Ley núm. 821 sobre

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

Dicho texto no solo consagra la independencia entre los tribunales, es decir, la interna, sino la independencia del tribunal frente a cualquier otra autoridad (independencia externa). Sin embargo, el referido texto fue letra muerta en la práctica, ya que no existían mecanismos que garantizaran su cumplimiento. Como ya hemos dicho, hasta la reforma constitucional de 1994, el nombramiento, la permanencia y el ascenso de los jueces dependía de un órgano de otro poder del Estado; circunstancia en la que la posibilidad de garantizar la independencia externa era remota.

La distorsión jurídica comentada en el párrafo anterior, es decir, el nombramiento de los miembros de un Poder por un órgano de otro Poder, se mantuvo vigente hasta la reforma del 1994, a pesar de que el principio de división de Poderes estaba consagrado desde la época de la fundación de la República. En efecto, el artículo 4 de la actual Constitución y el de las constituciones anteriores, establece que el Gobierno se divide en tres Poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales son independientes en sus respectivas funciones.

El señalado artículo 10 de la Ley de Organización Judicial comienza a tener importancia a partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 1994, lo cual ocurrió en agosto de 1997, a pesar de que el constituyente no estableció una *vacation lege*.

Posteriormente, la independencia judicial también fue regulada en la Resolución núm. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia el 13 de noviembre, en la cual se define como: “(...) un aspecto externo y orgánico referido al Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado y frente a los denominados grupos de presión y a los poderes de hecho de carácter público o privado; y un aspecto interno como garantía de los ciudadanos, para tutela del derecho al juez sobre quien no sea posible la influencia o injerencia de sus pares de igual o superior categoría para adoptar decisiones jurisdiccionales”.<sup>13</sup>

Estamos en presencia de una garantía del proceso relevante, porque de esta depende la efectividad del derecho de acceso a la justicia, en la

---

13 República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Resolución Núm. 1920-2003, p.11.

medida que el ejercicio de este derecho no tendría resultados si el caso lo decidiera un juez que no fuera independiente. Es por esto que en el inciso 2 del artículo 69 de la Constitución se establece que una de las garantías mínimas del debido proceso es “el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. Como se aprecia en el referido texto, el Constituyente vincula la independencia judicial con la tutela judicial y el debido proceso.

Sin embargo, la independencia judicial, como ya hemos indicado, tiene un alcance mayor: es un principio que permea todo el sistema de justicia. Por tal razón, el constituyente también se refiere a este cuando trata lo relativo al Poder Judicial. En efecto, en el artículo 151 de la Constitución se consagra que los jueces del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles; y que están sujetos a la Constitución y a las leyes.

#### **2.2.4. La inamovilidad**

La inamovilidad de los jueces está prevista en el artículo 151 de la Constitución. Según el referido texto los jueces son independientes, imparciales, responsables e inamovibles; y están sometidos a la Constitución y a las leyes.<sup>14</sup>

Esta figura tiene una doble dimensión: por una parte, protege la carrera judicial de los jueces, quienes tienen derecho a permanecer en sus funciones hasta que no se produzca una de las causales de destitución o de pensión; y, por otra parte, es un presupuesto de la independencia judicial, en la medida que los demás poderes no tendrían injerencia en el funcionamiento del Poder Judicial (Rodríguez Aguilera, 1980, 113). Igualmente, la inamovilidad cierra la posibilidad de los traslados discrecionales de los jueces de manera expresa o encubierta (Rodríguez Aguilera, 1980, 113).

El vínculo entre inamovilidad e independencia judicial es evidente. No hay independencia externa en los sistemas, como el que tradicionalmente imperó en nuestro país por muchos años, donde la permanencia del juez en sus funciones depende de otro poder, como tampoco hay independencia judicial interna cuando los ascensos dentro del sistema

---

14 En el sistema dominicano la inamovilidad de los jueces aparece por primera vez en la Constitución del año 1994, ya que el párrafo tercero del artículo 63 establece que los jueces son inamovibles sin perjuicio de lo dispuesto en el acápite 5 del artículo 67.



de carrera judicial se deciden de manera discrecional y no guiados por parámetros objetivos y de mérito.

Sin embargo, la cuestión de la inamovilidad no es un tema pacífico, pues desde hace mucho tiempo han circulado severas críticas sobre la conveniencia de su instauración. Así, por ejemplo, para un sector de la doctrina española la inamovilidad de los jueces solo sirve para “amparar la ineptitud y la banalidad” (Rodríguez Aguilera, 1980, 114); tesis que, desde luego, fue cuestionada por los defensores del principio, sosteniendo que esta solo tendría validez si los jueces y magistrados no fueran responsables de sus actos (Rodríguez Aguilera, 1980, 115).

En nuestro medio tampoco ha sido pacífica la cuestión: un sector de la doctrina defiende el derecho del juez a permanecer en su puesto hasta que le llegue la edad de retiro o se pruebe la comisión de una falta grave. En tanto, otros consideran que el legislador puede limitar en el tiempo la inamovilidad de los jueces de la Suprema Corte de Justicia y, en ese sentido, el Consejo Nacional de la Judicatura puede sustituirlos al final de dicho período, sin necesidad de justificar su decisión.<sup>15</sup>

Al respecto, entendemos que no es compatible con la ratio del principio de inamovilidad establecer un período de duración a las funciones de los jueces. De manera que si el Constituyente ha consagrado el principio de inamovilidad, como efectivamente lo hizo en 1994 y en 2010, una ley no puede establecer límite temporal, salvo lo que tiene que ver con la edad de retiro.

Desde este punto de vista, la decisión dictada por la Suprema Corte de Justicia el 30 de septiembre de 1998, declarando inconstitucional el artículo 17 de la Ley núm. 169-97 sobre el Consejo Nacional de la Magistratura, texto en el que se establecía que la ley fijaría el período de desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia; así como, el artículo 14, párrafo V, de la Ley núm. 327-98, del 30 de agosto, sobre la Carrera Judicial, en el cual se estableció que los jueces tenían

---

15 Sobre este tema, véase los artículos de la autoría del finado jurista Jottin Cury, publicado en el periódico El Caribe, titulados “La inamovilidad de los jueces”, I, II, III y IV, los días 11 de julio, 12 de julio, 13 de agosto y 15 de agosto de 1998; estos artículos se recogen en el libro “Estudios críticos” de la Editora Corripio, C. por A., en Santo Domingo, República Dominicana, 2000, pp. 139-149. En este libro también se publica un quinto artículo con el mismo título, pp. 150-154. En estos artículos, el autor defendió la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley Núm. 427-98, del 30 de agosto, sobre Carrera Judicial, en el cual se consagró que los jueces permanecerán en sus funciones cuatro años a partir de su designación.

derecho a permanecer cuatro años en sus funciones, a partir de su designación.

La implementación del principio de inamovilidad de los jueces es necesario para garantizar una buena administración de justicia, siempre que dicha implementación se acompañe de un sistema de consecuencias, como el que existe en nuestro sistema y, por lo general en los demás sistemas. De esta forma, la inamovilidad no puede verse como una carta en blanco a disposición del juez, pues de no cumplir con sus obligaciones puede ser sancionado con la suspensión o la destitución, dependiendo de la gravedad de la falta cometida. De manera que, si los órganos encargados de dar seguimiento al desempeño de los jueces juegan su papel, aplicando las sanciones correspondientes cuando proceda, y previo al agotamiento del juicio previsto en la ley, no hay posibilidad de que la inamovilidad surta efectos negativos o nocivos.

Aunque siempre habrá sectores que se opondrán a la inamovilidad e independencia de los jueces y del Poder Judicial como unidad, conviene resaltar que el afianzamiento social de esta institución, así como la credibilidad en el Poder Judicial, dependerán de la conducta profesional y moral que exhiban los jueces en el ejercicio de sus funciones y de la eficacia con que actúen los órganos del Poder Judicial responsables de darle seguimiento al desempeño de los jueces.

Es importante destacar que el Constituyente dominicano no solo se limitó a establecer la figura de la inamovilidad, sino que además hizo referencia a que el juez "(...) está sometido a la Constitución y las leyes".<sup>16</sup>

Esta previsión es muy significativa, porque el hecho de que el juez esté sometido a la Constitución y las leyes implica que este debe actuar en el ejercicio de sus funciones con estricto apego a los valores y principios del derecho. Así, en cada caso debe dirigir su esfuerzo en la búsqueda de lo que se considera como la aporía o finalidad fundamental de las ciencias jurídicas: la búsqueda de lo justo (Viehweg, 2016, 149-151).

### **2.2.5. La exclusividad**

La exclusividad implica el monopolio total y absoluto de los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional. En otras palabras, la exclusividad supone que los conflictos, independientemente de su

---

16 Véase artículo 151 de la Constitución.

naturaleza solo pueden ser resueltos por los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial. Esta exclusividad es la consecuencia de la división de los poderes del Estado y de un presupuesto del Estado de Derecho (Couture, 1989, 117).

Por otra parte, también se afirma, que no solo del principio de la división de Poderes se deriva la exclusividad, sino de la potestad jurisdiccional puesta a cargo del Estado (Fernández Segado, 1997, 770-771).

Desde nuestro punto de vista, la exclusividad, viene determinada por la división de los poderes del Estado consagrada en el artículo 4 de la Constitución dominicana, ya que es, en virtud de este principio, que las funciones estatales son distribuidas a cada uno de los poderes del Estado, correspondiéndole al Poder Judicial todo lo relativo a la administración de justicia.

Del principio de exclusividad se derivan tanto la interdicción de la justicia privada, como la realización de actividades jurisdiccionales por parte de órganos del Estado que no ostentan la naturaleza judicial (Aparicio, 1998, 482-483). Este principio se desconoce cuando la administración pública retiene funciones jurisdiccionales. No obstante, la doctrina admite la dificultad que se presenta al momento de distinguir las materias propias de la función jurisdiccional y aquellas propias de la administración pública (Rodríguez Aguilera, 1980, 118).

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

En el caso de la República Dominicana, constituye una notoria excepción al principio de exclusividad, la denominada facultad sancionadora reconocida a la Administración Tributaria, lo cual, a juicio de la doctrina, no puede verse como una violación al principio de la división de los poderes del Estado, sino como la aplicación de la interdependencia de las funciones del Estado (Jorge Prats, 1994, 44).

No cabe dudas que en el sistema dominicano, como también ocurre en otros sistemas, se le reconoce a la Administración Pública facultades que en principio son propias del Poder Judicial, y que, como ya hemos dicho, constituyen una excepción al principio que venimos tratando. Es tan patente la realidad indicada que una parte de la doctrina ya no se

preocupa tanto en la justificación de la potestad sancionadora de la administración, sino en que dichos órganos respeten el debido proceso de ley al aplicar sanciones.

Por otra parte, hay que señalar que en los ordenamientos jurídicos existen tribunales que no pertenecen al Poder Judicial. En el caso de nuestro país, por ejemplo, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Superior Electoral forman parte de la estructura del Poder Judicial.

### **2.2.6. Plenitud de jurisdicción**

La obligación jurisdiccional, puesta a cargo del Estado y ejercida a través del Poder Judicial, no se cumple por el hecho de permitir a los ciudadanos tener acceso a la justicia, garantizar un debido proceso y dictar una decisión en relación al caso sometido, sino que tiene la obligación de proveer los medios necesarios para que esta última se ejecute.

Por esto se sostiene que el derecho a la tutela despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en esta, que sea posible la defensa y obtener una solución en un plazo razonable; tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Dichos momentos se resumen de la siguiente manera: acceso a la justicia, debido proceso y eficacia de la sentencia (González Pérez, 1989, 43-44).

El principio de plenitud de jurisdicción consiste, precisamente, en que el Estado, a través del Poder Judicial, no solo garantice a las personas un proceso justo y una decisión en un tiempo razonable, sino que permita la ejecución de la decisión, si fuere necesario. La obtención de una decisión, cuya ejecución esté a merced de la voluntaria de una parte en el proceso carecería, en muchos casos, de valor y de eficacia, resultando inútil todo el gasto material y humano invertido en el proceso, tanto por el Estado como por la persona (o personas) que obtuvo ganancia de causa. De ahí que el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia 32/1982, del 7 de julio de 1982, afirme, según lo que refiere González Pérez, que en ausencia de la ejecución de la decisión, esta se convierta en una mera declaración de intenciones (González Pérez, 1989, 43-44 y 288).

La participación del Poder Judicial en la ejecución de la sentencia permite que este fiscalice su fiel cumplimiento. Mientras que la no participación

del Poder Judicial en la ejecución de la sentencia constituye una distorsión de la propia esencia del Poder Judicial y hasta cierto punto una negación del principio de plenitud (Rodríguez Aguilera, 1980, 120-121).

### 2.2.7. Principio de igualdad

Este principio supone tratar de la misma forma a las partes en un proceso. En lo que concierne al proceso, en el inciso 4, del artículo 69 de la Constitución, se establece que una de las garantías mínimas del proceso es “el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa”. Mientras que, en sentido general, en el artículo 39, se prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

En la Resolución núm. 1920/2003 se distingue el principio de igualdad ante la ley del principio de igualdad entre las partes en el proceso. Respecto a la igualdad ante la ley se indica que: “...el Poder Judicial debe interpretar y aplicar la ley, con estricto respeto al principio de igualdad en todas las fases del proceso judicial de cualquier naturaleza”.<sup>17</sup> Mientras que, en lo que concierne al principio de igualdad entre las partes, se establece que: “El derecho al debido proceso implica la observancia estricta al principio de la igualdad de las personas ante la ley, traducido en el ámbito procesal como la igualdad de las partes o igualdad de armas y el principio de no discriminación”.<sup>18</sup>

En el aspecto particular del proceso, que es lo que nos concierne, el principio de igualdad también está regulado en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, texto en el cual se consagra lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia”. Esa norma forma parte de nuestro ordenamiento por aplicación del ordinal 2 del artículo 26 de la Constitución, texto constitucional que establece: “Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial”.

La igualdad procesal, referida a todas las personas y no a las partes en un proceso, implica que no debe haber distinción al momento de conocer un determinado conflicto; es decir, el proceso a seguir debe ser uniforme cuando se trate de la misma materia, sin importar las personas

---

17 Resolución Núm. 1920-2003, S.C.J., p. 16.

18 *Ibid.*, p. 17.

e instituciones que intervengan. No obstante, la propia Constitución y las leyes adjetivas contemplan excepciones expresas al indicado principio de igualdad. Por ejemplo, existe la jurisdicción privilegiada<sup>19</sup> y la inmunidad parlamentaria.<sup>20</sup> En virtud de la primera, determinados funcionarios públicos son juzgados exclusivamente por la Suprema Corte de Justicia.

Sobre la jurisdicción privilegiada, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia dictó recientemente la Resolución núm. 0004-2020, del 28 de enero, mediante la cual estableció que, para garantizar el derecho al recurso, los casos que involucren a funcionarios que gozan de jurisdicción privilegiada deben ser conocidos por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia y no por El Pleno.

De esta forma, según se indica en la Resolución, lo decidido por dicha sala penal se puede recurrir ante El Pleno o, más concretamente, ante los restantes jueces de la Suprema Corte de Justicia, pues los jueces firmantes de la sentencia objeto del recurso quedarían excluidos. Igualmente, en la indicada resolución se estableció que en virtud del derecho al juez natural las personas que no gocen de jurisdicción privilegiada, pero que estén involucradas en un caso en el que uno de los imputados tenga jurisdicción privilegiada deben ser juzgadas por las jurisdicciones ordinarias. Con esta decisión, la Suprema Corte de Justicia varió el precedente que había mantenido hasta la fecha.<sup>21</sup>

Como se aprecia, esta decisión plantea situaciones jurídicas que por su complejidad requieren de un análisis exhaustivo, el cual no podemos hacer en este momento para no desviarnos del objetivo central de este ensayo. Cabe destacar, por otra parte, que la referida resolución tiene autoridad irrevocable de la cosa juzgada en el ámbito del Poder Judicial, ya que mediante la Resolución Núm. 00235-2020, del 28 de

---

19 Según el inciso 1, artículo 154, de la Constitución de la República, la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para conocer en única instancia de las causas penales seguidas al Presidente y Vicepresidente de la República; a senadores y diputados; a jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional; a ministros y viceministros; al Procurador General de la República y a procuradores generales de las cortes de apelación o equivalentes; a jueces de tribunales superiores de tierras, de los tribunales superiores administrativos y del Tribunal Superior Electoral; al Defensor del Pueblo; a miembros del Cuerpo Diplomático y al jefe de misiones acreditadas en el exterior; a miembros de la Junta Central Electoral, de la Cámara de Cuentas y de la Junta Monetaria.

20 La inmunidad de opinión que protege a los legisladores está prevista en los artículos 85 y siguientes de la Constitución.

21 Véase Sentencia de julio de 2007, S.C.J., B.J. 1160, p. 483.

febrero, fue rechazado un recurso de oposición incoado contra la misma.

Con relación a la inmunidad parlamentaria, esta tiene la finalidad de reforzar la libertad individual mientras esté abierta la legislatura, limitando la privación de libertad a los casos de crimen flagrante. Se trata de un privilegio que no es pacífico, pues existen sugerencias para que su aplicación se reduzca a los casos vinculados directamente a la función parlamentaria. En este sentido, se afirma que la inmunidad parlamentaria resulta lógica, en lo que se refiere a las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función, por considerarse una garantía de libertad política (Rodríguez Aguilera, 1980, 122-123).

### **2.2.8. Principio de unidad jurisdiccional**

El principio de unidad jurisdiccional supone que solo deben existir los tribunales que forman parte del Poder Judicial. Se considera que en este principio descansa la base y organización del funcionamiento de los tribunales (Rodríguez Aguilera, 1980, 122-123). Inclusive, se llega a afirmar que sin unidad jurisdiccional no hay Poder Judicial (Rodríguez Aguilera, 1980, 124).

La importancia de este principio radica en que el justiciable tiene más garantía cuando la justicia es administrada por los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial, toda vez que su caso será conocido y decidido por órganos independientes e imparciales, donde toda manipulación en su constitución y competencia esté expresamente desterrada (González Pérez, 1989, 51).

Sin embargo, el referido principio comporta excepciones; en efecto, en el sistema francés, por ejemplo, la justicia administrativa, la cual ha servido de modelo a otros ordenamientos, forma parte de una estructura ajena al Poder Judicial (González Pérez, 1989, 52). De hecho, la funcionalidad de la justicia administrativa francesa es ampliamente reconocida por la doctrina internacional, pero al mismo tiempo dicha funcionalidad es atribuida a razones históricas, políticas y sociológicas, siempre excepcionales (González Pérez, 1989, 52).

Hasta hace pocos años, en nuestro país la justicia contencioso administrativa no era administrada por jueces del Poder Judicial. En efecto, es mediante la Ley Núm. 13-07, promulgada el 24 de enero, que se crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo. Antes de la

indicada ley, la materia contencioso administrativa era competencia de un órgano que no pertenecía al Poder Judicial.<sup>22</sup>

Otro caso paradigmático que constituye una excepción al principio de unidad jurisdiccional es el de los tribunales militares y policiales, los cuales durante mucho tiempo administraron la justicia penal militar y policial. En la actualidad existen estos tribunales, pero solo tienen competencia en materia administrativa y disciplinaria, no así para sancionar los delitos penales militares y policiales, los cuales competen a la jurisdicción penal ordinaria, según lo previsto en el artículo 15, numeral 13 del Código Procesal Penal y el artículo 254 de la Constitución.<sup>23</sup>

Sin embargo, la existencia de la normativa indicada no ha sido óbice para que la jurisdicción militar y policial conozca y sancione delitos penales militares, tal y como consta en las sentencias TC/0512-17, del 18 de octubre, y TC/0350-2019, de 16 de septiembre, dictadas por el Tribunal Constitucional. En la primera de estas sentencias se establece que los tribunales militares penales quedaron abolidos desde la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal; mientras que, en la segunda se establece que los delitos penales militares como, por ejemplo, la imputación del robo de un arma de fuego del depósito de armas de la institución, constituye un delito penal militar que es de la competencia de los tribunales del Poder Judicial.

La normativa vigente en la República Dominicana sobre la materia y los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional son coherentes con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Interamericana. En este orden, la jurisdicción supranacional indicó en el caso Radilla Pacheco que la “jurisdicción militar en los estados democráticos, en tiempo de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en los

---

22 Mediante la Ley Núm. 1494 de 1947 se creó el Tribunal Superior Administrativo; sin embargo, las funciones de este tribunal las ejercía la Cámara de Cuentas, un órgano ajeno al Poder Judicial, integrado por personas que no tenían que ser abogados y que, además, eran nombrados por el Senado de la República, de las ternas presentadas por el Presidente de la República. Esta situación se mantuvo hasta el 24 de enero de 2007, fecha en que se crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, mediante la Ley Núm. 13-07. Actualmente, la jurisdicción contencioso administrativa está prevista en los artículos 164 y siguientes de la Constitución. Esta jurisdicción está integrada por tribunales superiores administrativos y por tribunales contencioso administrativos de primera instancia. A la fecha, solo existe un Tribunal Superior Administrativo que funciona en el Distrito Nacional.

23 Véase el artículo 15, numeral 13 del Código Procesal Penal; artículo 254 de la Constitución; y artículo 185 de la 139-13, Orgánica de las Fuerzas Armadas de la República Dominicana.



casos de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno” (García, 2012, 32-34).

Según lo anteriormente expuesto, la Corte Interamericana es partidaria de que no existan los tribunales militares penales y de que, en caso de que existieren, deben ser implementados cuando sea estrictamente necesario y observando los principios y garantías del derecho moderno. En nuestro sistema, como ya hemos indicado, la jurisdicción militar penal fue abolida desde 2004 cuando entró en vigencia el Código Procesal Penal, abolición que posteriormente fue consagrada en el artículo 254 de la vigente Constitución.

### **2.2.9. Principio de publicidad**

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

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

Lo que se persigue con el principio de publicidad es rodear el proceso de la mayor garantía posible, porque permite que el ciudadano vigile el comportamiento asumido por los administradores de la justicia, con lo cual pretende evitar cualquier exceso de poder por acción u omisión (Rodríguez Aguilera, 1980, 128).

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

Asimismo, la publicidad tiene al mismo tiempo una vertiente política y positiva, ya que puede ser un mecanismo no de presión por parte de la comunidad, sino uno que contribuya a aumentar la credibilidad y legitimidad del Poder Judicial. De ahí se sostiene que la publicidad tiene una vertiente política, conforme al significado que le ha dado la doctrina, ya que persigue mantener la confianza de la comunidad en sus órganos jurisdiccionales (Fernández Segado, 1997, 784).

De manera que, según la doctrina, el principio de publicidad encierra una doble finalidad: por una parte, proteger a las partes en el proceso de eventuales excesos por parte del tribunal; y, por otra parte, legitimar frente a la sociedad la labor de los jueces y tribunales. Las referidas finalidades fueron recogidas, según refiere Fernández Segado, en la sentencia núm. 96/1987, de fecha 10 de junio de 1987, dictada por el Tribunal Constitucional español, en la que se sostiene que el principio de publicidad tiene una finalidad doble: la primera, liberar a las partes de una justicia administrada fuera del control público; y la segunda, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales. En ambos casos, sigue sosteniendo el Tribunal, el principio constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de derecho (Fernández Segado, 1997, 785).

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros ordenamientos, el principio de publicidad tiene rango constitucional. En efecto, en el artículo 69, inciso 4, de la Constitución, se prescribe que una de las garantías mínimas del debido proceso es “El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa”.

En la Resolución Núm. 1920/2003, la Suprema Corte de Justicia aborda el principio que nos ocupa. Efectivamente, en la página 9 de la Resolución Núm. 1920/2003 se establece: “La oralidad, publicidad y contradicción son reglas técnicas procesales inseparables del juicio. La limitación de la oralidad y la publicidad solo es admitida por el ordenamiento jurídico vigente, en supuestos legales específicos y mediante resolución escrita y fundada”. Mientras que, en la misma página se establece lo siguiente: “La publicidad se erige como garantía de quien es parte en el proceso, de que el mismo será llevado a cabo de manera transparente”.

Como se aprecia, para la Suprema Corte de Justicia el principio de publicidad es inseparable del juicio. Igualmente, este alto tribunal destaca que, por una parte, el principio de publicidad es una garantía

de transparencia; y, por otra, que su abolición solo se justifica en casos excepcionales. Sin dudas, hay coincidencia en que la publicidad es un mecanismo de control social importantísimo en un Estado de derecho constitucional.

### **2.2.10. Principio de motivación de la sentencia**

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

La obligación de motivar la sentencia no está prevista de manera expresa en nuestra Constitución, pero sí en tratados internacionales y en leyes adjetivas. En efecto, el artículo 25 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos pone a cargo de los jueces y tribunales la obligación de motivar sus decisiones. Este texto forma parte del ordenamiento interno, en aplicación del ya comentado artículo 26.2 de la Constitución.

En lo que se refiere a las leyes adjetivas, la obligación puesta a cargo de jueces y tribunales está consagrada en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, en el artículo 15 de la Ley Núm. 1014, del 1935, que introduce modificaciones al indicado Código. Finalmente, se contempla en el artículo 24 de la Ley Sobre Procedimiento de Casación, 3726 de 1953.

La motivación de la sentencia tiene importancia desde distintos puntos de vista. En efecto, tiene importancia frente a la parte, particularmente, para la que pierde el caso, en la medida que puede sensibilizarlo; y, de esta forma, disminuir el número de recursos. Esta es una función que tiene escasos resultados, en razón de que quien pierde el caso generalmente recurre, independientemente de que la sentencia esté bien motivada (Taruffo, 2012, 337).

La motivación también es importante para el juez de segundo grado, porque le ayuda a comprender la decisión impugnada, lo cual se traduce en un control más eficiente de la labor realizada por los jueces de primera instancia. La importancia de la motivación de la sentencia

radica en que facilita, entre otros aspectos, el control de la decisión por la vía de los recursos; y, además, evita la inseguridad jurídica que se produciría como consecuencia de una posible arbitrariedad jurídica (Fernández Segado, 1997, 786).

Sin embargo, donde se considera que la obligación de motivación tiene mayor relevancia es respecto de la sentencia dictada en materia de casación, porque mediante esta sentencia se trazan las líneas jurisprudenciales que establecen los precedentes y, además, de la motivación de sentencia se extraen los principios de derecho destinados a incidir en el juicio de envío (Taruffo, 2012, 347).

Para el Tribunal Constitucional español la motivación de la sentencia es una garantía esencial del justiciable, mediante la cual se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional y no del fruto de la arbitrariedad.<sup>24</sup>

Por otra parte, la motivación de la sentencia constituye uno de los principios que, según la Resolución Núm. 1920/2003, forman parte del debido proceso. Al desarrollar y fundamentar este principio, la Suprema Corte de Justicia destaca su importancia al señalar: “La motivación de la sentencia es la fuente de la legitimación del juez y de su decisión, que la motivación permite valorar y criticar objetivamente la decisión. que la motivación constituye una garantía contra el prejuicio y la arbitrariedad que la motivación facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos”.

Cabe resaltar, y así se hace constar en la Resolución Núm. 1920/2003, que el principio de motivación de la sentencia ha sido reconocido y desarrollado en decisiones precedentes, como la Núm. 18 del 20 de octubre de 1998, Boletín Judicial número 1055, volumen 1<sup>25</sup>. En efecto, en la indicada sentencia, la Segunda Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia pone a cargo del Tribunal la obligación de exponer en su sentencia un razonamiento lógico que le proporcione base de sustentación a la sentencia; razonamiento lógico, que según se hace constar en la indicada decisión debe estar fundamentado en uno, en varios o en la combinación de elementos probatorios.

---

24 Sentencia Núm. 116/1986, dictada el 8 de octubre. Citada por Fernández Segado, Francisco, ob. cit., p.787.

25 Resolución Núm. 1920-2003, S.C.J., p. 26.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional estableció, en la sentencia TC/0009/13, de 11 de febrero, los requisitos que debe cumplir una motivación para considerarse adecuada. Se trata de una sentencia importante, ya que puede servir de orientación a los jueces del Poder Judicial. No obstante, entendemos, y así lo hicimos valer en un voto disidente,<sup>26</sup> que el Tribunal debió explicar que el rigor de la motivación de una sentencia no es el mismo en todos los casos. Así, por ejemplo, no es necesario que cuando el Tribunal se limita a declarar inadmisibles un recurso, como ocurrió en la especie, se satisfagan todos los requisitos que se indican en el precedente.

### **2.2.11. La gratuidad de la justicia**

El principio de gratuidad de la justicia está consagrado en el artículo 69, inciso 1, de la Constitución, en el cual se indica que una de las garantías mínimas del debido proceso es “el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita”. Pero esta gratuidad no abarca más que los gastos públicos, no así los gastos privados, tales como: los honorarios de los abogados y de los demás auxiliares de la justicia.

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

Por las razones indicadas, nos parece incorrecta la crítica que hace una parte de la doctrina española al comentar el artículo 120.3 de la Constitución española, texto que prevé el principio de referencia. En esa crítica se sostiene que no hay ninguna razón para que el Estado preste gratuitamente el servicio de la justicia a todas las personas y se sugiere que esta sea gratuita únicamente para aquellas personas que no tengan los medios suficientes para hacer frente a los gastos del proceso (Fernández Segado, 1997, 115-116).

---

26 Véase voto disidente que consta en la sentencia TC/0009/2013, de 11 de febrero, de los magistrados Hermógenes Acosta de los Santos, Wilson Gómez Ramírez e Idelfonso Reyes.

La otra precisión que nos parece oportuna apunta a que el costo que resulta más oneroso para el justiciable se ocasiona en el ámbito de la justicia privada (gastos de abogados, alguaciles y peritos); de manera que, en lo que se refiere a esto, sí debería discriminarse entre quienes tienen recursos y los que no tienen, siendo útil que el Estado asuma estos gastos cuando las personas demuestren que sus ingresos no sean suficientes para cubrir los mismos.

En el ámbito penal, materia que no es la que nos ocupa, existe la tradicional figura del “abogado de oficio”, cuya función es la de asistir en los medios de defensa a las personas de escasos recursos. Este servicio generalmente ha funcionado de manera muy deficiente, por razones que no es el momento examinar.

Sin embargo, en los últimos tiempos el panorama ha venido cambiando con la aparición de los “defensores públicos”, quienes están llamados a sustituir a los tradicionales “abogados de oficio”. Este nuevo sistema de defensa está regulado por la Ley Núm. 277-04, promulgada el 12 de agosto de 2004, que crea el Servicio Nacional de Defensa Pública. En el artículo 2 de esta ley se establece que la finalidad del servicio es la defensa y asistencia técnica a los imputados que carecen de recursos. Mientras que, en el artículo 5 se dispone que el servicio se presta de manera gratuita.

Los cambios positivos que se han operado en la asistencia legal se deben, entre otras razones, a que los defensores públicos son egresados de la Escuela Nacional de la Judicatura, donde tienen que superar un riguroso programa académico.

La obligación de asistencia legal está prevista no solo para la materia penal, sino para materia privada, según se desprende del contenido del artículo 78, letra “d”, párrafo último, de la ley 821, del 21 de noviembre del 1927, sobre organización judicial. En efecto, dicho texto establece: “Esta asistencia se concederá en materia civil y comercial si del examen del caso y de los recursos del solicitante, el juez, el tribunal o la corte, encuentran que esta procede”. Sin embargo, hasta la fecha la asistencia legal solo se ha limitado al ámbito penal.

La realidad de nuestro país es que en algunos casos quien tiene la razón pierde la causa por no tener recursos para pagar los servicios de un buen abogado. Es por esto que atinadamente se afirma que el costo del

proceso constituye uno de los “más graves obstáculos del derecho de acceso a la justicia” (Fernández Segado, 1997, 114).

Ciertamente, quienes tienen menos recursos pueden perder los procesos, aunque sus pretensiones estén fundadas en derecho, porque hay personas que no pueden cubrir; por ejemplo, un peritaje relativo al ADN, o a vicios de construcción de un bien mueble o inmueble.

Esto, sin hacer mención, de que los profesionales con mayor experiencia y preparación, y en consecuencia en mejores condiciones de hacer un trabajo jurídico eficaz, exigen honorarios que solo la minoría de nuestra sociedad puede costear.





# **CAPÍTULO II**

## **CONSTITUCIÓN DEL PROCESO CIVIL**

### **REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL**

**José Machado Plazas**



# CAPÍTULO II

## CONSTITUCIÓN DEL PROCESO CIVIL

### REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL

José Machado Plazas

#### INTRODUCCIÓN

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

La justicia es, conforme a la Constitución española, un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). La justicia es, por tanto, el fin esencial de todo proceso. Mientras que, la Constitución establece un conjunto de normas básicas, encaminadas a la consecución efectiva de la justicia, normas de las que derivan los principios que vinculan al juez en la aplicación del derecho.

En el texto constitucional se consagran los principios básicos que vinculan al juez en la aplicación del derecho. La normativa constitucional se proyecta en tres ámbitos: a) las bases de la estructura organizativa de la jurisdicción (v. II); b) las garantías constitucionales y principios de la jurisdicción civil (v. III); y c) la tutela de las garantías constitucionales del proceso (v. IV).<sup>1</sup>

1 Esta materia ha sido tratada por parte de nuestra doctrina de modo prolífico, véase la específica y detallada bibliografía citada en cada uno de los temas elaborados por los autores españoles, que aquí introducimos a modo de presentación, indicando los aspectos más básicos en este concurso, que cada uno de los autores desarrollan de forma más exhaustiva. Con todo, he de destacar especialmente en la doctrina procesal española los clásicos estudios de los siguientes catedráticos de Derecho procesal: 1) Cortés, V. *Principios del proceso civil*, en AAVV., *Principios constitucionales en el Proceso civil. Consejo General del Poder Judicial*. (1993). 391 y ss.; y 2) Ramos,

Consecuentemente, trataremos los aspectos generales o la quinta esencia de estos tres ámbitos que serán desarrollados en esta obra, en relación al derecho español, por los autores españoles de cada uno de los respectivos temas.

## 1. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA JURISDICCIÓN

En España, la justicia emana del pueblo (art. 1.2 CE) y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE). El ejercicio de la jurisdicción compete a jueces y magistrados con carácter exclusivo (art. 117.3 CE). A ellos corresponde, exclusivamente, el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Así reza el art. 117 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes según las normas de competencia y procedimiento que los mismos establezcan” (art. 117.3 CE).<sup>2</sup>

Los jueces y magistrados no pueden ejercer más funciones que las que tienen asignadas en el texto constitucional y que las que sean expresamente atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho. De los daños causados por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia responde el Estado<sup>3</sup>

---

F. (1983). La influencia de la constitución en el derecho procesal civil. *Justicia: Revista de derecho procesal*, 1, 9 y ss. Recientemente, constituye una valiosa y exhaustiva aportación la obra del profesor Picó, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*. Editorial J. M. Bosch.

- 2 Destacar, en esta sede, la importante función que desempeña el Ministerio Fiscal. Este tiene la misión de promover, de oficio o a petición de los ciudadanos, la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. Asimismo, tienen la misión de velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (art. 124 CE).
- 3 Sobre el error judicial y el funcionamiento anormal de la justicia, véase, entre otros, a los siguientes autores: Higuera, F. (2004). La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial. *Ética del juez y garantías procesales. Manuales de formación continuada*, 24, 235-314; y Manzanares, J. L. (2017). La responsabilidad patrimonial de la administración de justicia por error judicial en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, 973-1006.

El ejercicio de la jurisdicción, que es única (“principio de unidad jurisdiccional”), corresponde a una pluralidad de tribunales (art. 117.5 CE), lo que no impide la especialización del orden jurisdiccional (así, por ejemplo, los juzgados de lo mercantil)<sup>4</sup> ni la subsistencia de jurisdicciones especiales como la militar (art. 117.5 CE)<sup>5</sup> o los tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 CE). Con todo, la norma fundamental establece la exclusión y prohibición de los tribunales de excepción (art. 117.6 CE).

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

El órgano jurisdiccional superior es el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE).<sup>6</sup> Sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas” (art. 152.1 CE)<sup>7</sup>.

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

---

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

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

6 Sobre la función del Tribunal Supremo, recomiendo la lectura de la obra de Trillo, R., Bacigalupo, E., y Morillo, L. (coord.) (2004). *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Editores Consejo General del Poder Judicial.

7 Sobre la función de los Tribunales Superiores de Justicia, vea a los autores siguientes: Aparicio, M. A., y Gerpe, M. (coord.). (2008). *Posición y funciones de los tribunales superiores de justicia*. Editores Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònòmics; y a Gimeno, V. (2013). *Poder judicial y modelo de estado*. Editores Atelier.

El Tribunal Constitucional, que no forma parte propiamente del Poder Judicial, es el máximo intérprete de la Constitución y, a través del recurso de amparo, la garantía última en el orden interno de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El órgano de gobierno del Poder Judicial es el Consejo General del Poder Judicial, regulado por la Ley Orgánica 6/1985 (del 1 de julio) del Poder Judicial. Esta Ley Orgánica del Poder Judicial establece el estatuto (funciones, nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario) y el régimen de incompatibilidades de los miembros de la carrera judicial.<sup>8</sup>

## **2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL**

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

En tanto, en el estado social y democrático de derecho, la independencia de los jueces, como últimos garantes del ordenamiento jurídico, tiene el límite de sumisión del juez a la Ley.<sup>9</sup>

De su lado, el juez constitucional es un juez independiente e imparcial, o sea, ajeno a los intereses del litigio; un “juez ordinario predeterminado por la Ley” (art. 24.2 CE). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente, tratando de precisar tanto el significado, como el sentido de este derecho fundamental.

---

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

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

En la Sentencia (Pleno) 93/1988, del 24 de mayo, que recoge la doctrina anterior, el Tribunal Constitucional afirma que:

El derecho reconocido en el art. 24.2 CE es al Juez ordinario ‘predeterminado por la ley’, y a este respecto ha de recordarse que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley. Por una parte, en el sentido de que la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad y de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces *ad hoc* (STC 101/1984, del 8 de noviembre, FJ 4; STC 199/1987, del 16 de diciembre, FJ 8). Por otro lado, ‘(...) la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario predeterminado (STC 47/1983, del 31 de mayo, FJ 2, *in fine*) radica en la ley’ (STC 101/1984, FJ 4).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional apunta que:

El Órgano Judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 23/1986, del 14 de febrero, 148/1987; del 29 de septiembre, 138/1991; y del 20 de junio, 307/1993; del 25 de octubre, 193/1996; y del 26 de noviembre), sin que, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecte al juez legal o predeterminado por la Ley, pues todos ellos gozan de la misma condición legal de juez ordinario (ATC 652/1986, del 23 de julio).

En la misma línea, la STC 221/2002, del 25 de noviembre (FJ 6), proclama “ser doctrina de este Tribunal que la predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal (dotadas *ex lege* de la misma competencia material), en relación con las cuales basta con que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad” (STC 205/1994, del 11 de julio, FJ 3).

La independencia del juez tiene como límite natural su sumisión a la ley, así como la exigencia constitucional de que motive sus resoluciones judiciales (art. 120.3 CE).

En tanto, el art. 24 CE contiene dos derechos diferenciados: por un lado, el derecho de acceso a los tribunales (tutela judicial efectiva en sentido estricto); y, por otro, una serie de garantías constitucionales originariamente asociadas al derecho penal en su apartado segundo.

En el primer apartado del art. 24 CE no solo se consagra un derecho de acceso a los tribunales, sino el derecho a obtener una sentencia congruente fundada en derecho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso previsto legalmente.<sup>10</sup> De su parte, el apartado segundo del art. 24 contempla una serie de garantías procesales que se consideran exigibles en todo proceso (derecho al proceso debido), aplicables también al proceso civil (Díez Picazo, 2008, 426 y ss.) y (Píco Junoy, 2012, XX y ss.), a excepción de las garantías constitucionales específicas del proceso penal.

Así, siguiendo la estructura propuesta por el profesor L. M. Díez Picazo, la estructura del art. 24 se puede dividir en cuatro grupos de derechos: i) la tutela judicial efectiva en sentido estricto, esto es, el derecho de acceso a los tribunales; ii) el derecho al juez predeterminado por la ley; iii) las garantías constitucionales genéricas de todo proceso; y iv) las garantías constitucionales específicas del proceso penal.

En cuanto a la tutela judicial efectiva, esta abarca, como dispone el art. 24 CE: el derecho a no sufrir indefensión, el derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo, el derecho a la utilización de los recursos que prevén las normas procesales y el derecho a la intangibilidad y ejecución de las resoluciones firmes.

Así que, los ciudadanos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales competentes en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE).

---

10 Véase la STC de 19 de julio 2004. Rec. de amparo 3156/1999. BOE del 18 agosto de 2004. Sobre el derecho al recurso, véase el estudio del magistrado y doctor en Derecho, Pereda Gámez, titulado "El derecho a los recursos como derecho constitucionalmente reconocido", en *La constitucionalización del proceso civil*, República Dominicana, 2020.



Ciertamente, la Constitución española reconoce, en su artículo 24, un “verdadero código de derechos fundamentales” que se cristaliza en el derecho de todos los ciudadanos a un proceso con todas las garantías: esto es, las garantías acogidas en el texto constitucional, convenios o tratados internacionales y en los códigos procesales.<sup>11</sup> Por lo tanto, existe un derecho de acceso a la jurisdicción; un derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento, favorable o adverso.<sup>12</sup>

Hasta tal punto es así que, acreditándose recursos insuficientes para litigar, se garantiza el acceso a la justicia gratuita (art. 119 CE). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha ratificado que el art. 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues “su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar”.

Asimismo, aunque hayamos calificado este derecho como “derecho prestacional y de configuración legal”, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitar al legislador, atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, hemos sido rotundos al afirmar que la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto declara explícitamente que la gratuidad de la justicia se reconocerá ‘en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’.

Por consiguiente, existe un “contenido constitucional indisponible” para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar”.<sup>13</sup>

---

11 Sobre la normativa internacional, me remito al excelente trabajo del profesor Ortells, “Formas del procedimiento y garantías fundamentales el proceso civil”, publicado en la *Revista Ius et Praxis*, N.º1, año 2010, págs. 395 y ss., esp. pp. 398 y ss.

12 V. SSTC 22 abril 1981 (Rec. Amparo 89/1980, BOE 21 mayo 1981), 14 de julio de 1981 (Rec. Amparo 61/1981, BOE del 20 julio de 1981).

13 Entre otras, v. STC 23 de mayo de 2005. Rec. Amparo 6048/2000. BOE 22 de junio de 2005.

Con el fin de evitar la indefensión, en el proceso ha de garantizarse el cumplimiento de los principios de audiencia y contradicción. Así lo exige el derecho de defensa y lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional español:

La Constitución española consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza el derecho de defensa; este refuerzo supone que, con carácter general, no solo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases, cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de la persona esta deba ser oída. También deben respetarse el resto de las garantías procesales al que alude el apartado segundo del citado precepto constitucional (esto es, art. 24 CE).<sup>14</sup>

Es más, conforme al órgano intérprete de la Constitución, el artículo 24 CE contiene un mandato implícito del legislador, consistente en promover el principio de defensa, en la medida de lo posible, mediante la contradicción, lo que conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados, siempre que resulte factible (como puede ser cuando sean conocidos e identificados a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente).<sup>15</sup>

La seguridad jurídica a la que aspira la Ley fundamental exige de los jueces el valor de la congruencia de sus resoluciones.<sup>16</sup> Esta ha de entenderse, en la jurisdicción civil, en atención al principio de aportación de parte, como el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de forma tal que la sentencia no pueda otorgar más de lo que se hubiere pedido en la demanda ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otras cosas diferentes que no hubieran sido pretendidas.<sup>17</sup>

De ahí que, cuando se produce incongruencia, esto es, una desviación de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, se atenta contra el principio de contradicción y, consecuentemente, se vulnera el fundamental derecho de defensa, pues como declara el Tribunal Constitucional:

---

14 V. SSTC del 22 abril 1981, BOE 31 mayo 1981.

15 V. STC del 31 marzo 1981, Rec. Amparo 107/1980, BOE 14 abril 1981.

16 Sobre la congruencia de las resoluciones judiciales, v. STC 61/2009, del 9 de marzo.

17 V. STC del 5 mayo 1982 (Rec. Amparo 405/81, BOE 18 mayo 1982).

(...) la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y solo en términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae. Puede, por esto, ocurrir que al alterarse en la sentencia los términos del litigio la condena se produzca sin que se le haya dado a las partes la oportunidad de defenderse sobre los nuevos términos en que el tribunal coloca el asunto.<sup>18</sup>

De otra parte, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) determina la necesidad de que las sentencias, en un determinado momento, alcancen una naturaleza irrevocable. La sentencia ha de revestir, en un plazo razonable, la fuerza de la cosa juzgada.<sup>19</sup>

Con el fin de hacer efectivo el libre acceso a los tribunales, la constitución consagra el derecho de defensa y asistencia de letrado (art. 24.2 CE). En efecto, el ciudadano tiene derecho a ser representado y defendido en un proceso público (art. 120 CE) por profesionales designados.<sup>20</sup> Este derecho se reconoce por parte del Tribunal Constitucional, ya en la clásica sentencia del 24 de julio de 1981 (Rec. Amparo 193/1980):

El derecho a la defensa y asistencia de letrado consagrado en el art. 24.2 CE, comporta, de forma esencial, que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación.<sup>21</sup>

En España, la estructura del proceso civil tiene como base esencial el principio dispositivo. Los ciudadanos tienen libertad de iniciativa del proceso civil (o, si se prefiere la expresión, libertad de acción). El principio dispositivo permite a las partes el pleno control sobre los derechos sustantivos y procesales (Cortés Domínguez, 1993, 393).

---

18 Así, entre muchas, la citada STC del 5 de mayo de 1982.

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

20 V. STC del 28 de febrero de 2011. Rec. amparo 3556/2010, BOE 29 marzo 2011.

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

Así, al margen del efecto jurídico que esto produzca, las partes pueden, a modo de ejemplo, entre otras actuaciones: desistir de la acción ejercitada; comparecer, o no, en el pleito; proponer las pruebas que consideren pertinentes; o allanarse a las pretensiones de la parte contraria. Este principio dispositivo tiene la libertad de aportación de parte como una de sus manifestaciones fundamentales, esto es, la libre facultad de aportar los materiales fácticos del proceso: la delimitación del objeto del proceso queda reservada a las partes,<sup>22</sup> sin que ello signifique una posición pasiva del juez.<sup>23</sup> Las partes tienen el derecho de alegar en el proceso los hechos que fundan su pretensión y los medios de prueba para acreditarla (Cortés Domínguez, 1993, 394).

En el aforismo *Da mihi factum, dabo tibi ius* se condensa, con simplicidad, el principio de aportación de parte. Mas en este ámbito ha de imperar el principio de igualdad de las partes en controversia, debiendo desterrarse cualquier tipo de discriminación. La tutela judicial efectiva presupone necesariamente la igualdad de las partes.<sup>24</sup>

El artículo 24.2 CE reconoce el derecho de las partes a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa.<sup>25</sup> Así que, corresponderá al juzgador el juicio de relevancia y la pertinencia de las pruebas<sup>26</sup> en

---

22 Según cita Ramos en la página 24 de su obra.

23 Esto no excluye, en nuestro sistema procesal, la iniciativa probatoria de oficio, sobre esta facultad del juez. Véase la excelente tesis doctoral del magistrado Abel, X. (2005). *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Barcelona

24 Véase, entre otras, las SSTC 22 abril 1981 (Rec. Amparo 202/1980, BOE 21 mayo 1981, 23 julio 1981, Rec. Amparo 46/1981, BOE 13 agosto 1981). Para el Tribunal Constitucional la tutela efectiva exige la igualdad procesal de las partes. Véase, en doctrina, Ortells, M. (2014). Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil. *Revista Lus Et Praxis*, 16(415-ss.).

25 Abel, X., y Picó, J. (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. In totum. Así como, Abel, X. (2012). *Derecho probatorio*. José María Bosch Editor.

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

un proceso donde, conforme a nuestra actual regulación, priman la oralidad,<sup>27</sup> intermediación, concentración y publicidad.

El valor justicia requiere no solo el cumplimiento de las garantías y principios constitucionales del proceso, sino su plena realización. Para ello es imprescindible la existencia de la eficacia del proceso.<sup>28</sup> La eficacia del proceso se alcanza cuando existe un acceso real al mismo, un funcionamiento normal y sin dilaciones, un coste económico soportable y compatible con la posibilidad de otorgar beneficio de justicia gratuita, y un aseguramiento de la ejecución. Esto último persigue el mandato constitucional materializado en el artículo 118 CE: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.<sup>29</sup>

Al hacer referencia a la eficacia no ha de olvidarse la importancia que hay que otorgar al necesario y positivo esfuerzo de conciliación que, en España, los jueces han de desarrollar en el proceso.<sup>30</sup>

### **3. LA TUTELA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO**

Los medios establecidos por la Constitución española, para tutelar las garantías constitucionales del proceso son, de un lado, el recurso de amparo (art. 53 CE); y, de otro, la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE).

El recurso del amparo contra las decisiones judiciales (art. 44 LOTC),<sup>31</sup> exige el agotamiento previo de la vía judicial, así como

---

27 Sobre la oralidad, Ortells, M. (2014). Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil. *Revista Lus Et Praxis*, 16(419-ss.).

28 Así Ramos, F. (1982). La eficacia del proceso. *Justicia: revista de derecho procesal*, 2 (97-ss.).

29 Véase la STC del 7 junio de 1982 (Rec. Amparo 234/1980, BOE 28 de julio de 1982).

30 Sobre la conciliación que tanta importancia tiene en la práctica jurisdiccional española especialmente, pero no exclusivamente, en el derecho de familia, remito al lector a las siempre valiosas reflexiones en el tema desarrollado en esta obra, de la magistrada Raquel Alastruey, con el título “Los métodos de resolución alternativa de conflictos y el proceso judicial”.

31 Sobre el recurso de amparo, remito al lector, además del capítulo dedicado a esta materia en la presente obra, a los siguientes trabajos: Tenorio, P. (2014). *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma* (1.ª edición).

haber invocado en esta, oportunamente, esto es, tan pronto como fuera posible, la vulneración del derecho fundamental que pretende hacerse valer ante el Tribunal Constitucional.

El demandante cuenta con un plazo de 30 días para la interposición contra decisiones judiciales, desde la notificación que pone fin a la vía judicial, siendo requisito imprescindible justificar la especial transcendencia constitucional del mismo, haciendo constar con claridad y precisión los hechos que fundamentan la demanda, los preceptos constitucionales infringidos y fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado (art. 49 LOTC). A su vez, la demanda, que deberá justificar la especial transcendencia constitucional del recurso, es objeto de admisión o inadmisión por parte de las Secciones o de las Salas.

Con carácter general, la interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o de la decisión impugnada, aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución del acto o decisión recurrido pudiera producir al demandante un perjuicio que le hiciera perder su finalidad al amparo y si la suspensión no ocasionara perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

Asimismo, el órgano que conozca el recurso de amparo puede adoptar cualquier medida cautelar y resolución provisional prevista en el ordenamiento que, por su naturaleza, pueda aplicarse en el proceso de amparo y tienda a evitar que el recurso pierda su finalidad (art. 56 LOTC).

A través de la cuestión de inconstitucionalidad, los jueces y tribunales pueden solicitar un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional

---

Wolters Kluwer; Morales, J.M. (2014). *Recurso de amparo, derechos fundamentales y transcendencia constitucional*. Cizur Menor; Fabeiro, P. (2015). El nuevo recurso de amparo constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, 102(161-181); y, más recientemente, el excelente estudio de Iglesias, M. (2018). El recurso de amparo constitucional en España: la difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales. En *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución* / coord. por Alejandro Villanueva Turnes (pp. 129 y ss.). Editorial Tébar Flores. De igual manera, sobre esta materia remito en su totalidad al estudio del doctor en Derecho y magistrado Toscano, J. (2020). La Cuestión de Inconstitucionalidad: El Control Judicial de Adecuación Constitucional en La Jurisdicción Civil en el Derecho Español. En *La constitucionalidad del proceso civil*. República Dominicana.

sobre la adecuación de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo.<sup>32</sup>

En concreto, el artículo 163 CE recoge este mecanismo jurídico de control, desarrollado pormenorizadamente en los artículos 35 y siguientes de la LOTC. A tenor del precepto citado, cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley que, en ningún caso, serán suspensivos.<sup>33</sup>

La cuestión solo la pueden plantear los jueces, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. El juez debe concretar la ley o norma cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se presume infringido; y ha de especificar y motivar en qué medida la resolución depende de la validez de la norma cuestionada. Por tanto, el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Una vez admitida la cuestión, el proceso permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

La sentencia que estime la inconstitucionalidad tiene el valor de la cosa juzgada y vincula a todos los Poderes públicos, pero no permite la revisión de sentencias firmes, salvo en el caso de procesos penales y contencioso-administrativos referentes al procedimiento sancionador (v. art. 40 LOTC).

---

32 Véase el art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). Sobre la cuestión de inconstitucionalidad, véase a Pérez Royo, F. J. (2011). Cuestión de inconstitucionalidad. En *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado. Volumen 2* / Coord. por César Aguado Renedo y Manuel Aragón Reyes (pp. 319-322). Editorial Thomson Reuters; y Corso Sosa, E. (1998). *La cuestión de inconstitucionalidad* [Tesis doctoral, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid].

33 Esta cuestión ha de distinguirse de la denominada, en el ámbito del derecho comunitario, cuestión prejudicial, a la que se hace mención y desarrollo en esta obra por el catedrático Santiago Ripol Carrulla, en su trabajo "La aplicación del juez nacional del derecho comunitario: La cuestión prejudicial, en la constitucionalidad del proceso civil".





# **CAPÍTULO III**

## **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REFERENTES AL OBJETO DEL PROCESO, SU DIRECCIÓN Y DESARROLLO FORMAL**

**Manuel Antonio Ramírez Suzaña**



# CAPÍTULO III

## PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REFERENTES AL OBJETO DEL PROCESO, SU DIRECCIÓN Y DESARROLLO FORMAL

Manuel Antonio Ramírez Suzaña

### INTRODUCCIÓN

Los nuevos paradigmas de estos tiempos se encuentran permeados por un sistema de garantías, donde se destaca: la tutela judicial efectiva y el debido proceso, como garantías generales. Esto hace que la persona que accede a la justicia tenga una protección de sus derechos de forma efectiva y, sobre todo, dentro del entorno dominicano en que la Constitución consagra esta garantía jurisdiccional en sus artículos 68 y 69.

El principialismo ha hecho más operativo el derecho civil que históricamente se ha caracterizado por la poca actividad del juez, haciendo honor a lo que es el principio de justicia rogada, lo cual en nuestro país ha cambiado al consagrarse el principio de oralidad en el artículo 69.4 de la Constitución, como principio transversal a todas las materias. Así se deja atrás el principio de escrituración por no garantizar una protección efectiva de los derechos humanos.

De esta manera, la tendencia de la oralidad en la constitucionalización del proceso, junto a los demás principios constitucionales, se ha hecho realidad en el derecho procesal dominicano; a tal punto que la doctrina, la jurisprudencia y la práctica ha iactualizando las codificaciones, muy en especial en el aspecto civil, como producto de la dinámica del derecho y del fenómeno de la constitucionalización de los procesos.

Es por esto que podemos decir que, en estos tiempos, el principio de oralidad es el que le da vida al derecho, del cual se derivan otros principios, como el de intermediación, concentración y publicidad; lo que, por consiguiente, tiende a darle legitimidad y sentido humano a la administración de la justicia.

## **1. PRINCIPIOS REFERENTES AL OBJETO DEL PROCESO: PRINCIPIO DISPOSITIVO**

### **1.1. FUNDAMENTOS**

La libre voluntad de las partes para accionar en el ámbito del derecho procesal privado ha sido una constante, y cada día los formalismos van quedando atrás para que las partes puedan darle solución al conflicto de una forma expedita. Es así, como cobra vigencia el principio dispositivo que tiene una naturaleza individual debido a los intereses y derechos en que está sustentado. En ese sentido, como este es el principio de justicia rogada y no está revestido de orden público ni de interés social, tiende a iniciarse por iniciativa de las partes, con el fin de lograr una tutela jurídica de sus pretensiones en el marco de un debido proceso.

También se le denomina principio de justicia rogada, porque el objeto principal viene determinado a través de lo que la parte solicita en relación con los derechos y argumentos jurídicos que se desprenden de los hechos y argumentos en que se sustenta su pretensión. Es en ese tenor que se ha de determinar el objeto del litigio del juez, quien debe pronunciarse conforme al contenido de la demanda; así como, de los alegatos de hechos, no estándole permitido apartarse de lo que se pretende en el contenido de la demanda, es decir, no pronunciarse ni *extra* ni *ultrapetita* (fuera del pedido o más allá de lo pedido, respectivamente). Es así como, preferiblemente, cada parte debe probar sus respectivas pretensiones con el principio de libertad de prueba y no con el tradicional principio de prueba tasada.

La función de tutela judicial efectiva que debe hacer el juez al momento de ser apoderado de la instancia está comprendida en la fijación de los plazos y la adopción de las medidas necesarias para garantizar la administración de justicia oportuna, como mecanismo de garantía constitucional. Además de los elementos debatidos, el juez podría escoger hechos que no fueran invocados, pero que sí se correlacionaran con la demanda, siempre y cuando no incurrieran en la desnaturalización del proceso y no comprometieran su rol de tercero imparcial. También puede ordenar de oficio las medidas que entienda pertinentes para una mejor administración de justicia, siempre y cuando no deje entrever que está interviniendo de forma parcializada en la decisión final del caso.

## 1.2. CONDICIONES DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

En el marco de la actividad procesal, el principio dispositivo indica que las partes deben tener el control del proceso en su fase inicial, en donde debe manifestarse el interés particular de las partes en su accionar; y cumpliendo con la máxima que reza: “donde no hay interés, no hay acción”. Por tal razón, la determinación concreta del interés debe ser satisfecho por los órganos jurisdiccionales; de igual forma, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la firme determinación del objeto del debate al demandado. Esto así, porque los órganos jurisdiccionales, al satisfacer por vía del proceso y de la sentencia los intereses privados, deben estar en congruencia con la pretensión.

La actividad jurisdiccional, como hemos dicho, es exclusiva de las partes; y, por lo tanto, también tienen la potestad de ponerle fin a la misma, ya que está sujeta a la satisfacción del interés que se solicita a un tribunal determinado. La misión del principio dispositivo es fortalecer el proceso civil, enmarcado en su naturaleza privada; tutelar los derechos de la defensa de los intereses que se pretenden, ya sean colectivos o particulares; y controlar, a través del juzgador, el ejercicio abusivo y antisocial que lacere en un momento determinado el estado social y democrático de derecho.

En ese orden de ideas, Hugo Alsina<sup>1</sup> señala con relación al principio dispositivo, y sobre todo sobre el dominio del procedimiento, lo siguiente: 1) El juez no puede iniciar de oficio el proceso (*nemo iure sino actore*); 2) El juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de pruebas que no han sido aportados por las partes (*quod no est in actis non est in mundo*); 3) El juez debe dar por ciertos los hechos en que las partes están de acuerdo (*ubi partis sunt concorder nihil ad iudicem*); 4) La sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); 5) El juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*ne eat ultra petita partium*).

En consecuencia, el principio dispositivo es, junto con el de oralidad, uno de los llamados principios jurídico-técnicos del proceso.

---

1 Alsina, H. (1963). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. (2.ª ed.). Ediciones Jurídicas.

### **1.3. EVOLUCIÓN DEL PROCESO**

El principio dispositivo determina: quien inicia el proceso y que son las partes quienes fijan su objeto, pero a partir de aquí es preciso atender cómo deben repartirse las facultades materiales y procesales en la dirección de ese proceso.

En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil debía significar que las partes tenían que ser también las “dueñas del proceso”. Esta idea proviene de la desconfianza del liberalismo individualista frente a toda actividad del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales del mismo. Estos, en esa concepción, están al servicio de los particulares para solucionar los conflictos de intereses, en el momento y de la forma que aquellos juzgan conveniente.

De ahí, la limitación extraordinaria de las facultades del juez en el proceso regulado en el siglo XIX. Sobre este particular, Manresa consideraba que “la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al árbitro judicial, por cuanto este árbitro es incompatible con las instituciones liberales”.

Frente a la idea de que el proceso es “cosa de las partes”, a lo largo del siglo XX se ha hecho referencia a la llamada publicitación del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austriaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipliani, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad; y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide a la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertinencia.

Los postulados anteriormente descritos llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar, sino que se convierta en un verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales que han de estar al servicio de garantizar no solo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca la función social del proceso y su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión y publicación del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo. En ese debate se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de partes, como se hizo en los países comunistas.

Naturalmente, que el Estado está interesado en el mejor desarrollo del proceso civil, es algo obvio; y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues esto implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego.

#### **1.4. SENTIDO ESTRICTO**

A través de los tiempos, el principio dispositivo ha sido enfocado desde dos vertientes: en el marco del proceso civil se puede señalar la concepción liberal individualista que tiene su origen en el siglo XIX, en la que ha surgido gran parte de los códigos procesales; es decir, en lo que concierne al principio dispositivo en sentido estricto, o sea, la posibilidad que tienen las partes de regentar el proceso sobre el interés privado, lo que le da la facultad de acudir o no al órgano jurisdiccional a fin de lograr su satisfacción. En segundo lugar, el rol que tiene cada parte en el ámbito de su proceso; así las cosas, es oportuno señalar, que las partes tienen el monopolio de aportar los elementos de hecho y los medios de prueba que posteriormente el juez convierte en prueba, plasmando en su decisión la verdad de los hechos.

La naturaleza privada del derecho subjetivo es en la que se fundamenta el principio dispositivo que se colige del proceso mismo; es así como se manifiesta la autonomía de la voluntad de las personas justiciables y, en definitiva, su libertad en su accionar privado.

Tal y como expresó Calamandrei: “Reducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo” y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía de negociar, reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica. De esto se colige la tutela jurisdiccional, la cual debe estar en armonía con la pretensión de la parte interesada, la

cual es una consecuencia de la autonomía de poder negociar, que se reconoce sobre su propio ámbito jurídico.

En otro orden, es importante señalar que el quebrantamiento de este principio no está supeditado a que se dicte la decisión sin escuchar la parte contraria, sino que se concede a un litigante lo que es denegado a otro. Esto, lógicamente, dentro de marco del debido proceso sustantivo, privilegiando la igualdad sustantiva y previendo que no se produzcan violaciones a los derechos de estas partes; y, sobre todo, privilegiando como mecanismo transversal a los actores su derecho a prueba y a recurrir, siendo parte de sus garantías constitucionales. Como una derivación del principio dispositivo en el derecho procesal civil dominicano, las partes pueden iniciar y terminar la instancia.

En relación a lo que ha sido la evolución de la instancia, es oportuno decir que el Código de Procedimiento Civil francés ha establecido que el juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles, siempre y cuando estas no suplan la carencia de una de las partes en la administración de la prueba. Esto le confiere al juez la facultad de obrar de oficio, pero su poder tiene la prudencia derivada de la autoridad probatoria de las partes, para no afectar la garantía de imparcialidad a las que tienen derecho.

## **2. LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA DIRECCIÓN DEL PROCESO**

### **2.1. EL PRINCIPIO DE IMPULSO PROCESAL**

Como hemos señalado precedentemente, por ser de interés de las partes, el inicio de la actividad procesal en el marco del proceso civil depende siempre del principio dispositivo, de lo que se colige que corresponde a las partes y que son estas las que ponderan si van o no a hacer uso de los recursos contra las sentencias dictadas.

Es en ese orden de ideas que se debe resaltar la inexistencia de recursos de oficio y, asimismo, la ejecución de la sentencia se ha de iniciar a petición de las partes, por no ser esto de orden público. Cuando se menciona el principio de impulso procesal se hace referencia a que las partes o el juez deben avanzar el proceso dentro de una instancia o a propósito de la ejecución, lo que presupone que estas (las instancias



o la ejecución) ya han comenzado, a petición de parte, en el marco del debido proceso ya señalado, dentro del marco del derecho judicial privado.

En la medida en que el proceso avanza a instancia de partes, son estas las que deben dirigirse mediante la solicitud correspondiente al juzgador en el ámbito de una fase procesal, cuando esta termina e inicia la siguiente. También podría existir la posibilidad, como parte de una tutela judicial efectiva de manera excepcional, el impulso de oficio, donde el juez dentro del marco de un debido proceso contradictorio emite decisiones incidentales, a fin de instruir debidamente el proceso, sin esperar que existan peticiones de parte, de producir la debida sustentación del caso, y de viabilizar y legitimar de manera imparcial el fallo emitido.

## **2.2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES**

La teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar Non Vulgo que, partiendo de la consideración del proceso como relación jurídica, los concebía como “elementos constitutivos de la relación jurídica procesal”; esto es, como las prescripciones que deben fijar “la admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal”. Un defecto en cualquiera de estos impediría el surgimiento del proceso. Los presupuestos se refirieron así a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

El paso siguiente consistió en poner de manifiesto que la amplitud con que se entendía era excesiva. Y aunque los presupuestos se refieren a todo el proceso, no pueden ser condicionantes de la existencia del proceso mismo, pues si los presupuestos se examinan y se resuelve sobre su existencia en el proceso es porque este ya ha existido.

Por esa razón, Goldschmidt y Rosenberg refirieron los presupuestos a la sentencia sobre el fondo. Los presupuestos atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso se llegue a dictar una resolución sobre el fondo del asunto. El órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso de advertir, en el momento de dictar sentencia, que esta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones.

Vulgo, siempre concibiendo el proceso como relación de derecho público, entendía que la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse a la voluntad de las partes, al no ser una cuestión privada, sino que el control de la existencia de los presupuestos puede ser realizada por el juez de oficio. No se trata de que los controle solo el juez, sino de que él puede hacerlo si las partes no oponen las oportunas excepciones.

Advertido acerca de que no ocurre así en todos los ordenamientos jurídicos, se distinguió por Rosenberg entre:

- 1) Presupuestos: Son aquellos en los que un ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales.
- 2) Impedimentos: Son aquellos que han de ser alegados por una de las partes (lógicamente por el demandado), para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

Las condiciones determinan, en todo caso, la posibilidad de que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, pero el hecho de que en un ordenamiento jurídico existan más presupuestos que impedimentos, o viceversa, depende de cómo en ese ordenamiento se han repartido las facultades entre el juez y las partes en general, o respecto de cada proceso concreto.

De hecho, la vieja concepción del siglo XIX llevó a que en la regulación del proceso civil el juez tuviera pocas facultades de control de los presupuestos procesales, de modo que existían más impedimentos procesales. Conforme se han ido dictando nuevas leyes, las facultades del juez han ido aumentando y con estas su control de los presupuestos; así, en el ordenamiento jurídico español, el tribunal puede y debe controlar de oficio todos los obstáculos procesales que impidan dictar sentencia sobre el fondo del asunto.

Un aspecto concreto del control de los presupuestos procesales es el relativo a la inadmisión *in limine* o inicial de la demanda, pues ha de tenerse en cuenta que una cosa es que el juez controle en ese momento la concurrencia de los presupuestos (determinando cuáles son los insubsanables, y cuáles los subsanables) y otra que pueda inadmitir la demanda por razones de fondo.

### 2.3. PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE LAS PARTES

Se entiende por principio de aportación de las partes aquel que deja librada a las partes disponibilidad del proceso. En materia civil este principio es muy amplio, a diferencia de la materia penal, en la cual es muy restringido. Pero ni en materia civil existe disponibilidad absoluta.<sup>2</sup> “Este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales solo se dilucida un interés privado, los órganos del Poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios participantes”.

### 2.4. LAS FACULTADES MATERIALES DE DIRECCIÓN

El reparto de las facultades materiales de dirección del proceso entre el juez y las partes atiende a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del mismo. Esos elementos se refieren a los hechos y las pruebas, y a ellos atiende el llamado principio de aportación.

Respecto de los hechos el principio de aportación significa que corresponde a las partes la facultad de dirección que se refiere a que los hechos han de ser afirmados por las partes, pues a estas se atribuye la determinación del objeto del proceso y del objeto del debate.

### 2.5. EL OBJETO DEL PROCESO

Prescindiendo ahora de los elementos subjetivos de la pretensión (de quien pide y de frente a quien se pide, es decir, del demandante y del demandado), los elementos objetivos de esa pretensión son lo que se pide (*petitum*) y la causa de pedir (*causa petendi*). El principio dispositivo supone que el juez debe ser congruente con lo solicitado por las partes, pero también que no puede tener en cuenta más que los hechos aducidos a causa de esa petición. Frente a la pretensión del demandante, al formular su resistencia el demandado puede limitarse a negar los hechos afirmados por aquel, pero también puede afirmar hechos que sirvan de fundamentación a su resistencia y a su petición de absolución.

---

2 Guasp. J. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil*. Bosch

Los hechos afirmados por el demandado no servirán para determinar el objeto del proceso (que es siempre y solo la pretensión), pero sí sirven para:

- 1) Ampliar los términos del debate: Si el demandado fundamenta su resistencia, esto es, si alega hechos propios, estos amplían la materia sobre la que se debate en el proceso.
- 2) Completar lo que debe decidirse en la sentencia: Si el demandado alega hechos propios, la decisión del juez ya no puede referirse solo a la pretensión del demandante (petición y fundamentación), sino que ha de atender también a la fundamentación de la resistencia.

## **2.6. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE**

Los antiguos brocardos ponen de manifiesto el deber y la facultad del juez: primero, reconocer el derecho; y segundo, aplicar en el caso concreto que juzga la norma adecuada. Esa facultad y deber no está sujeta a discusión doctrinal, y no lo está porque la norma jurídica no sirve para delimitar el objeto del proceso.

Normalmente, en el proceso civil las normas reguladoras de la demanda disponen que, a través de esta, el actor realizará una fundamentación en derecho de lo que pide; y lo mismo se ordena para la contestación de la demanda al demandado, aunque no siempre es así cuando se trata de procesos relativos a asuntos de escasa notoriedad.

Todos los hechos, tanto los que sirven de causa para la petición del actor, como los que fundamentan la resistencia del demandado, tienen que ser aportados al proceso por las partes. El juez no puede delimitar, mediante aportaciones propias de hechos: ni el objeto del proceso ni el objeto del debate.

Si el juez pudiera aportar hechos atendería a la misma esencia de lo que es el proceso civil, pues se estaría convirtiendo en parte. Suele decirse que esta imposibilidad de aportación de hechos por el juez se basa no en la imparcialidad del juez, sino en la existencia de funciones o papeles incompatibles en el proceso. Allí cada uno de los sujetos que intervienen tiene un papel que cumplir y la mezcla de esos papeles llevaría a que el juez: bien adoptará el papel de parte (si investigara los hechos para aportarlos), bien asumirá el papel de testigo (si ha tenido conocimiento

de los mismos, extrajudicialmente). En consecuencia, juez y parte, y juez y testigos, son papeles incompatibles.

## **2.7. LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA**

Suele entenderse que el principio de aportación de parte significa también que los hechos controvertidos, es decir, los afirmados por una parte y negados por la otra, han de ser probados por las partes, sobre las que recae una doble carga: 1) De estas ha de partir la iniciativa para que el proceso se reciba a prueba, esto es, para que en el proceso llegue a realizarse prueba; y 2) Los únicos medios de prueba que se practicarán son los propuestos por las partes. El no levantar alguna de estas cargas hará que sobre la parte recaigan las consecuencias derivadas de que los firmados por esta no lleguen a probarse. Ese pretendido segundo sentido del principio de aportación de parte no se basa en el principio de oportunidad, ni entendido de modo correcto afecta al principio dispositivo.

## **3. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO**

### **3.1. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS DERIVADOS**

En este principio la instrucción probatoria se desarrolla en forma oral, a viva voz, en presencia de los jueces, de todas las partes involucradas en el proceso y del público. Por oposición al principio de escritura, el de oralidad es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable.

### **3.2. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL**

El principio de oralidad está implícitamente consagrado en el artículo 69.4 de la Constitución de la República Dominicana al establecer el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa.

Podemos observar que el principio de oralidad se ha incorporado al ordenamiento constitucional de manera expresa, con la adopción de las

convenciones internacionales que delimitan los derechos humanos, se inclinan por el sistema oral, porque efectivamente es más idóneo para la protección y tutela de los derechos humanos que el modelo escrito o inquisitorial.

### **3.3. OPINIÓN DOCTRINARIA**

Existe un desacuerdo en la doctrina con relación a la aplicación del principio de la oralidad en el proceso civil, ya que algunos autores han invocado a favor de la forma escrita del proceso, argumentos, tales como: el de evitar las improvisaciones inconsistentes y ampulosas, sobrecargadas de literatura de mal gusto, a las que tan fácilmente se abandonan en los debates algunos abogados faltos de preparación sólida y adecuada; en tanto que, la forma escrita da fijeza y precisión a los alegatos de las partes.

Sin embargo, este argumento es poco eficaz, porque lo mismo se puede incurrir en esos vicios en un alegato oral que en uno escrito; todo depende del gusto y las tendencias del abogado o de la parte misma. La supresión de la oralidad de los debates, sustituyéndola por memoriales, ha sido siempre combatida por la mayoría de los tratadistas, con argumentos decisivos. Del principio de oralidad se derivan los principios de concentración, inmediación y publicidad.

### **3.4. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN**

El principio de concentración tiene como basamento la oralidad, que promueve la continuidad de los actos procesales, contribuyendo a la celeridad de los procesos y a proveer una garantía eficaz a los justiciables.

### **3.5. FUNDAMENTO**

El principio de concentración es una garantía procesal que se establece en la convención interamericana, específicamente en el artículo 8.1, que establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”.

### 3.6. RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS

El principio de concentración está relacionado estrechamente con los de oralidad e inmediatez. El juicio oral se realiza a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe la prueba, las partes formulan sus argumentaciones y conclusiones sobre estas, los jueces deliberan y se dicta la sentencia.<sup>3</sup>

En nuestro sistema es muy frecuente que en la primera audiencia no se discuta el fondo, a causa de que se presenten excepciones o de que surjan otros incidentes, por ejemplo, relativos a la prueba: estas cuestiones casi siempre tienen que ser decididas previamente por el tribunal antes que el fondo, por medio de sentencias que a veces son susceptibles de apelación. Esta multiplicidad y dispersión de las actuaciones de las partes y del juez dilata y complica el proceso, con menoscabo de la celeridad y la economía. Tales inconvenientes serían evitados si el proceso se orientara, por una parte, hacia el llamado principio de concentración, que le permite al juez dictar sentencia después de un primer y único debate; y, por otra parte, se adoptara el criterio o principio de eventualidad, correlativo al de concentración, que consiste en obligar a las partes a invocar sus respectivos medios de ataque y de defensa, desde el comienzo del proceso, escalonándolos en un cierto orden, a fin de que el tribunal decida en ese orden sobre cada uno de los medios en caso de que (*in eventum*) desestime los que proceden.

### 3.7. APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Aunque, en términos generales, en la legislación no indica los principios, acoge esos principios en ciertos casos particulares. Sin embargo, se puede observar una tendencia a impedir la dispersión de los actos del proceso, con medidas que puedan afiliar a los principios de concentración y de eventualidad. Como ejemplos se pueden citar situaciones, tales como: en el procedimiento del divorcio por causa determinada, el acto de emplazamiento debe dar a conocer al demandado los nombres de los testigos, y la audición de estos y el conocimiento de los incidentes de la prueba testimonial se verifican en la misma audiencia (artículos 3 y 5 de la Ley 1306 bis de 1937); de su lado, las excepciones dilatorias

---

3 Pellerano, J. *Derecho procesal civil*. (Tomo I). Ediciones Capeldom

deben ser propuestas conjuntamente (artículo 186 del Código de Procedimiento Civil); el memorial contentivo del recurso de casación debe contener la enumeración de todos los medios (artículo 5 de la Ley Sobre Procedimiento de Casación).

En las disposiciones de la Ley 834 de 1978 se observa un marcado interés del legislador en evitar dilataciones en el uso de las excepciones de incompetencia y nulidad. Una lectura de los artículos 3 al 27 de la citada ley demuestra el propósito del legislador de evitar las declinatorias formuladas con intención puramente dilatorias. Igual propósito se observa en los medios de inadmisibilidad (artículos 45 y 48), y en las nulidades (artículos 36, 37, 38 y 40). En estas últimas se plantea la posibilidad de una condena de daños y perjuicios en los casos en que se demuestre que la abstención en invocar el medio de que se trata ha tenido un fin puramente dilatorio. Así también se establece para las excepciones de nulidad, la obligación de que estas se invoquen simultáneamente.

### **3.8. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**

El término inmediatividad expresa el principio de que los elementos de prueba sean percibidos directamente por quien deba ponderarse para que pueda desentrañar su alcance lo mejor posible, y por consiguiente pueda servir más eficientemente a la justicia.

### **3.9. DEFINICIÓN**

La intermediación consiste en que, durante el desarrollo del proceso, el juez tenga la posibilidad de conocer directamente los alegatos de las partes y de las pruebas que apoyan sus pretensiones.

El nombre de principio de intermediación se usa para referirse a la circunstancia de que el juez actúe junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios.<sup>4</sup>

En otros términos, debemos decir que, durante el proceso, el juez debería estar en inmediata comunicación con las otras partes, oírse en audiencia personalmente, o a sus mandatarios, y tener intervención inmediata en la administración y recepción de las pruebas. Estos postulados podrían

---

4 Couture, E. (2005). *Fundamento de derecho procesal civil*. Editorial B de F.



aplicarse en un sistema procesal en donde sea aplicable el principio de oralidad, que no es el caso del sistema jurídico dominicano.

### **3.10. CLASIFICACIÓN**

Como ya hemos señalado, exige que al dictar la sentencia el tribunal apoderado tome conocimiento directo del material probatorio, que ha sido reproducido en su presencia; y, en consecuencia, que se forme su convicción, junto a las demás partes del proceso. Esta forma de inmediación lo denomina la doctrina “inmediación subjetiva o formal”.

En la inmediación objetiva o material, el juez o los jueces obtendrá(n) el conocimiento de los hechos y sus pruebas, y formará(n) su convicción o saldrá(n) crítico(s) utilizando los hechos de prueba más cercanos al hecho a probar.

A raíz de lo observado, este principio está en oposición al sistema inquisitorial en que la recepción de la prueba se hace por delegación. En la doctrina italiana el proceso es concebido como un diálogo: el principio de inmediación es parafraseado con la gráfica expresión de acortar distancia. Este principio está contenido en el artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana de los Derechos Humanos:

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 sustentación 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.

### **3.11. PRINCIPIO DE LA INMEDIACIÓN Y DE LA DIRECCIÓN DEL JUEZ EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA**

Todos los medios de prueba deben someterse ante el juez, quien los admite, y los pone en común y frente a quien las partes exponen todas sus alegaciones.

El principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado o personal del juez sobre los hechos. Y esto se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales fundamenta

la sentencia estén establecidos con pruebas aportadas al proceso por cualesquiera de las partes interesadas o por el juez, cuando fuere procedente, sin que el juez pueda suplirlas por el conocimiento personal o privado que tenga de los hechos o circunstancias de la causa, principio que salvaguarda otros principios fundamentales del proceso acusatorio de publicidad y contradicción, indispensables para la validez de todo medio probatorio en pro o en contra de los mismos. Mediante este principio el debate probatorio adquiere el carácter de acto procesal de interés público.

Siguiendo la doctrina de Eugenio Florián: "... si bien el juez es libre en la formación del propio convencimiento final, no lo es en cuanto a la fuente de que se sirve para el caso".

Podemos considerar como segundo principio: la eficacia jurídica y legal de la prueba. Es decir, que si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez la certeza sobre los hechos que sirven de base para la aplicación de la norma a los hechos objeto de la prueba. O sea, el juez libre y vinculado a la norma debe consignar a la prueba como medio aceptado por el legislador para llegar a la conclusión sobre la existencia o inexistencia de los hechos.

### **3.12. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

La publicidad del proceso es, a nuestro modo de ver, la esencia del sistema democrático del Gobierno. De hecho, la publicidad de los actos del Congreso y del Ejecutivo debe, en nuestro concepto, ser acompañada por la publicidad de los actos del Poder Judicial.

### **3.13. EL DERECHO A LA PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES**

En el Ordenamiento Procesal Dominicano: "La publicidad rige únicamente para los asuntos contenciosos; en los de jurisdicciones voluntaria o graciosa de la instrucción es hecha, y la decisión es dictada, en Cámara de Consejo".<sup>5</sup>

En tanto, el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil consagra: "Las audiencias serán públicas, excepto aquellas que la ley ordena que sean secretas".

---

5 Tavares, F. (1989). *Elemento de derecho procesal civil dominicano*. Vol. II. Editorial Tiempo.

Como consecuencia de tales postulados ideológicos, el derecho a ser juzgado mediante un proceso público y ante un tribunal imparcial, pasó a incorporarse a la parte dogmática de las constituciones europeas y, asimismo, dicho principio aparece consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone: “El proceso debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

De acuerdo con lo anterior, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de derecho que la convierte una de las condiciones de la legalidad constitucional de la administración de justicia. El derecho a un juicio público se encuentra consagrado en el artículo 69.4 de la Constitución de la República Dominicana de 2015; así como, el derecho a un debido proceso, señalado el numeral 10 del citado artículo que expresa: “Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La publicidad de las actuaciones judiciales constituye una garantía para las partes, pues el procedimiento reservado o secreto impediría toda fiscalización social sobre el juez. Por otra parte, el conocimiento de la comunicación acerca de sus jueces permite conservar la confianza social que necesitan para el ejercicio de su labor. El ordenamiento procesal ha de autorizar la posibilidad de la participación inmediata del público en el desarrollo del juicio, el cual ha de acceder voluntariamente al mismo (publicidad activa), aunque excepcionalmente puede darse cuenta, con posterioridad a él, determinadas actuaciones procesales (publicidad pasiva).

En el proceso civil las partes han de tener, directamente o por medio de sus representantes en el proceso y abogados, derecho a la publicidad plena, pues la publicidad es inherente al principio de dualidad de las partes de controversia. De su lado, en aquellos supuestos excepcionales en que se limite la publicidad directa de la dualidad y controversia se preservan dando vista posterior de las actuaciones.

### **3.14. IMPORTANCIA**

La publicidad, con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más preciso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores.

El método escrito que rige la mayoría de los países hispanoamericanos disminuye la efectividad del principio de publicidad. No puede decirse que nuestro proceso sea secreto, pero el método escrito hace virtualmente imposible la obra de la fiscalización popular a la que acabamos de aludir.

### **3.15. INCIDENCIA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

Este problema de la publicidad tiene, sin embargo, otros aspectos que deben ser considerados como un necesario complemento de cuanto acaba de ser expuesto. La publicidad es, en sí misma, una garantía de la función jurisdiccional; pero los instrumentos modernos de difusión de ideas e imágenes ha llevado esta garantía a términos que, desde el otro extremo, conspiran contra la obra de la jurisdicción y constituyen un peligro tan grande como el secreto mismo.

### **3.16. FINALIDAD**

Así, pues, podemos decir que el principio de publicidad cumple 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 tal principio uno de los pilares del Estado de derecho, en ambos sentidos.

La exigencia de publicidad se cumple permitiendo el acceso público a las actuaciones presenciales del proceso. Este principio se plasma de forma especialmente intensa y palmaria en los procesamientos penales, donde predomina el procedimiento oral y el pronunciamiento público de las sentencias.

El principio de publicidad, a diferencia de otros principios informadores del derecho procesal, no es de naturaleza técnica, sino que representa una notable connotación política al haberse manifestado, tal y como hoy lo conocemos, como una conquista de pensamiento liberal. Frente al proceso escrito de la época del Absolutismo, el movimiento liberal opuso, en primer lugar, la publicidad del procedimiento como seguridad, en contraposición a la justicia de gabinete, en tanto que garantía frente a las manipulaciones gubernamentales; y, en un momento posterior,

como medio para fortalecer la confianza del pueblo en sus juzgados y tribunales y como instrumento control de justicia.

El carácter no absoluto de este derecho permite que el acceso del público y de la prensa a la celebración de un determinado juicio pueda ser limitado o excluido, por razones de capacidad de la Sala de Vistas, por motivos de orden público justificados y por protección de los derechos y libertades. En todo caso, puesto que se trata de un derecho fundamental, la resolución judicial que restrinja su ejercicio deberá estar motivada, de forma que la razón determinante de la decisión puede ser conocida por el afectado.

### **3.17. PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD DE LA PRUEBA**

En virtud de este principio el juez debe permitirle a las partes conocer los medios de pruebas admitidos; así como, intervenir en su práctica, objetarlas, discutir las y analizarlas, para exponer ante el juez los argumentos sobre su valor.

También significa que el examen y las conclusiones del juez sobre las pruebas deben ser conocidos de las partes y de cualquier persona con interés en la causa, conforme a la función social de la prueba; y este principio conlleva la necesidad de la motivación de la sentencia.

### **3.18. LIMITACIONES DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

El principio de publicidad no constituye un derecho ilimitado, sino que puede abordar excepciones que deberán ser conocidas y autorizadas por ley. Las limitaciones del principio de publicidad pueden responder a distintos factores y se plasman en relación a las partes del proceso, o en relación a los terceros ajenos al proceso.

No obstante, aun cuando solo queda excluir la publicidad de las actuaciones procesales en los casos previstos y autorizados por la ley, se hace preciso que en cada caso el juez justifique la medida a adoptar en orden a esa limitación o exclusión en resolución motivada, de manera que los interesados puedan tener un puntual y cumplido conocimiento de los motivos que determinan esa medida.

En los procedimientos civiles rige como regla la publicidad general tanto para las diligencias de prueba, como para las vistas en los pleitos y demás “trámites judiciales”, salvo las deliberaciones y votación de las decisiones por los miembros del tribunal, que siempre se realizan a puerta cerrada.

La publicidad restringida, entendida como la que afecta a las partes y a sus representantes y defensores, no se ve afectada por las excepciones referidas anteriormente. Únicamente en casos muy cualificados se podría producir la exclusión de la publicidad directa respecto de las partes, casos que el proceso civil español, que se citan a modo de ejemplo, hace referencia a la confesión judicial del litigante y a las declaraciones de testigos, cuando por enfermedad o por otras circunstancias no pueden comparecer en la sede judicial y haya de realizarse la actuación en su domicilio. A pesar de estos supuestos excepcionales, no puede habitarse incumplimiento del principio de dualidad y controversia, pues si no se permite la presencia en el acto de la parte contraída, a fin de evitar situaciones de tirante o incluso de violencia, se le da vista de las contestaciones y, en el caso de la confesión, podrá pedir que se repita para aclarar algún punto dudoso sobre el cual la declaración no haya sido categórica.

Las limitaciones que la propia ley puede establecer al principio de publicidad, por razones de moralidad o de orden público, o en consideración al respeto debido a la persona ofendida por el delito, o a su familia, excluyen la asistencia de público, no la presencia de las partes, tanto penales como civiles, y sus respectivos defensores. En todo caso, y como hemos dicho al hacer referencia al proceso civil, siempre serán secretas las deliberaciones y votaciones del tribunal, pues las resoluciones de los tribunales colegiados valen como la voluntad común de todos los miembros, conforme a disconformidades, y su autoridad quedaría mermada si trascendieran al exterior la diversidad de opiniones y el número de votos reunidos para el acuerdo.

Tal como tiene sentada la doctrina del Tribunal Constitucional español: “La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público reconocido y amparado constitucionalmente, derecho que tiene por finalidad, proteger a las partes frente a la justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los tribunales”. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, y así resulta de lo dispuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por los tratados internacionales

sobre esta materia suscritos por España conforme a los que deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional.

En efecto, del artículo 29, en relación con al artículo 10, ambos de la Declaración Universal, del artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y del artículo 16.1 del Convenio Europeo Sobre la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de Audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes.

Tal y como lo hemos expresado precedentemente, parece que cuando hablamos de “secreto del proceso” no hacemos referencia tanto a las limitaciones del principio de publicidad en los procesos civiles o en el acto del planetario en caso de procesos penales, de las que hemos ocupado, como a la limitación que se puede imponer a las partes para intervenir en la fase de la instrucción de la causa penal, por los motivos y en las condiciones que la ley establezca, y una vez más, mediante resolución motivada.

El alcance y contenido del derecho a un proceso público, garantizado constitucionalmente, debe interpretarse teniendo en cuenta que los derechos fundamentales y las libertades políticas se insertan en un contexto internacional que impone interpretar sus normas, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales existentes sobre la material y ratificados por cada Estado.

El derecho que tienen las partes a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan solo una manifestación del derecho de defensa del justiciable, debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto sumario, mediante el cual se le impida conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumarias, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución.





# **CAPÍTULO IV**

## **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DEL PROCESO CIVIL I**

**Joan Picó Junoy**

**Actualización: Juan Alfredo Biaggi Lama**



# CAPÍTULO IV

## LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DEL PROCESO CIVIL I

**Joan Picó Junoy**

Actualización: **Juan Alfredo Biaggi Lama**

### INTRODUCCIÓN

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

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

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

La constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia

penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo, probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo, porque en esta se decide sobre la libertad de las personas. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil es un fenómeno relativamente reciente, ya que se produce a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Con el desarrollo del tema que nos ocupa, “Constitución y proceso”, pretendemos exponer a grandes rasgos la vinculación que existe entre el proceso civil y la Constitución, particularmente haremos hincapié tanto en la teoría sobre la acción y el proceso, como en los fundamentos constitucionales de los principios que estructuran el Proceso civil.

Decimos que trataremos los subtemas indicados a grandes rasgos y, si se quiere a modo de introducción, en razón de que corresponde a otros coautores tratar y exponer a profundidad cada uno de los principios del proceso y del procedimiento.

## **1. EL FENÓMENO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Tras la Segunda Guerra Mundial se produce en Europa, y muy especialmente en aquellos países que tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas, y dentro de estos una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Con esto, se pretendía evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional.

Entonces, la Constitución aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la posguerra (Trocker, 1974, 92). Y dentro de este orden, la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia (Fix Zamudio, 1982, 51).

En esta línea legislativa, si bien con cierto retraso histórico, la Constitución española (C.E.) establece en su artículo 24 una serie de garantías procesales, otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, como punto de referencia ineludible de todo el ordenamiento procesal. En concreto, en dicho artículo se establece:

(I) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (II) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La relevancia práctica de estos derechos fundamentales se deriva de los efectos que la propia Constitución les atribuye: son de aplicación directa e inmediata, esto es, poseen un alcance jurídico-positivo (artículos 9.1 y 53.1, C.E.); y su protección se encomienda, en última instancia, al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo (artículos 53.2 y 161.1.b, C.E.) (Picó Junoy, 1997). Junto a este fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales, en España ha sido fundamental la labor interpretativa del Tribunal Constitucional que, básicamente a través de los recursos de amparo, ha ido perfilando y depurando el exacto alcance de las mismas; y esto ha sido especialmente difícil a la hora de dotar de contenido a expresiones tales como “tutela judicial efectiva”, “indefensión” o “proceso con todas las garantías”. Así, tales expresiones podrían, según la interpretación que de ellos se diese, resultar meras expresiones retóricas o, por el contrario, mandatos llenos de contenido (García Morillo, 1987, 14-25).

No parece aventurado afirmar que ha sido la jurisprudencia del TC -vinculante por mandato de los artículos 87 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)- la que ha llenado de contenido real al artículo 24 C.E. También ha conducido a que la ambigua expresión “tutela judicial efectiva” adquiera un notable protagonismo en la medida en que ha introducido en el sistema procesal español nuevos derechos efectivos de los justiciables, que afectan a materias tan relevantes como el acceso a los

tribunales, a obtener una sentencia de fondo, congruente y fundada en derecho, a lograr la efectividad de las resoluciones judiciales, mediante el aseguramiento de una tutela cautelar y ejecutiva, y a asegurar la eficacia de los recursos legalmente previstos (Picó Junoy, 1997, 39-95).

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

En conclusión, como hemos podido indicar, en la C.E. encontramos distintos preceptos en los que, directa o indirectamente, se recogen determinados principios del proceso civil.

El presente estudio parte de la distinción entre principios que determinan quién inicia el proceso y fija su objeto; quién lo dirige, tanto respecto a su impulso, como al control de los presupuestos procesales necesarios para dictar sentencia sobre el fondo; y a la aportación de los hechos -secundarios- y su prueba; y, por último, los principios que inciden sobre la forma externa de desarrollarse el proceso.

## **2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

Los principios que determinan quién inicia el proceso y quién fija su objeto son el dispositivo y la oficialidad; y, en función de cada uno de estos, el protagonismo lo adquieren los particulares o el Estado, respectivamente. En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno.

Por tal razón, es común considerar como manifestaciones o notas esenciales de este principio las siguientes:

- Primera: el inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte, de acuerdo a los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*;
- Segunda: la determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes;

- Tercera: la congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*; y,
- Cuarta: la finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia.

El fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento; y, especialmente, por la C.E. en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada -artículo 33- y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado -artículo 38-. En consecuencia, opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares.<sup>1</sup>

De esta forma, si se transpone la protección constitucional de la propiedad privada al ámbito del proceso, puede encontrarse -aún de forma indirecta- cierta fundamentación constitucional del principio dispositivo. En definitiva, entiendo que el reconocimiento constitucional de la propiedad, como uno de los pilares básicos del Estado de derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo<sup>2-3</sup>

- 
- 1 El carácter constitucional del principio dispositivo es puesto de relieve, entre otros autores, por los siguientes: 1) Almagro, J. (1981). Garantías constitucionales del proceso civil. *Justicia*, (I): 18. 2) Ramos, F. (1983). *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*. *Justicia*, (I): 23; 3) Gimeno, V. (1993). *Derecho procesal. Proceso civil*. Tirant lo Blanch; y 4) Berzosa, M. (1992). Principios del proceso. *Justicia*, (III): 577.
  - 2 Obviamente, este principio no va a regir los procesos civiles en los que se pretenda la tutela jurisdiccional de un interés público, esto es, se legitime al Ministerio Fiscal para solicitar una determinada pretensión (vid. Ortells, M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal*. Comares; o Berzosa, M. V., ob. cit., p. 576).
  - 3 En esta línea, Montero Aroca sostiene que el principio dispositivo debe seguir rigiendo el proceso civil “por lo menos mientras la concepción política general mantenga la distinción entre intereses públicos y privados” (ver su obra *Introducción al Derecho Procesal*. Tecnos).

## 2.1. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN EL NUEVO PROCESO CIVIL

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

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

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

Pese a esta libertad de configuración del objeto litigioso, la nueva LEC indirectamente la limita en su artículo 400.1.I, según el cual: “Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”. Este precepto -como destacó Berzosa Francos- ¿impone al actor una determinada delimitación del objeto del proceso? <sup>4</sup>

La respuesta debe ser positiva, pues esta norma -en relación con el artículo 222 LEC- sanciona al actor con la imposibilidad de pretender una segunda sentencia fundada en hechos que no fueron alegados en el primer proceso, pero que pudieron serlo; y esto lo efectúa mediante la extensión objetiva de la cosa juzgada de la primera sentencia al segundo proceso. En consecuencia, el artículo 400.1.I LEC supone, aunque de forma indirecta, una limitación al principio dispositivo<sup>5</sup> que,

---

4 Este principio ha estado presente en toda la evolución parlamentaria de la Ley. Al respecto, véase a Berzosa, M. (1998). *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*, en presente y futuro del proceso civil. J. M.<sup>a</sup> Bosch Editorial.

5 En contra, se manifiesta Tapia, I. (2000). El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada. La Ley. Para ella, el artículo 400 “no afecta a delimitación del objeto del proceso, sino al efecto de cosa juzgada de la sentencia que se dicte”. En mi



para Ramos Méndez, fundamenta su inconstitucionalidad, ya que dicha “norma supone un claro atentado a la libertad de acción consagrado por el artículo 24 de la Constitución. Esta no restringe en modo alguno el acceso a los Tribunales en cualquier momento que sea necesario y en cuantos juicios sean pertinentes. El juicio civil se inspira en un criterio de libertad en cuanto a la elección de los hechos que el ciudadano quiere que los Tribunales enjuicien. La Constitución no limita el número de veces que un ciudadano puede acudir a los Tribunales de Justicia. La razonable no reiteración ‘de lo mismo’ se regula técnicamente con la institución de la cosa juzgada. Esta se basa en determinadas identidades, que no permiten suponer que uno hubiera podido alegar lo que no ha alegado en un juicio precedente. La mera consideración del elemento temporal para excluir el nuevo juicio por litispendencia o cosa juzgada es pura negación de la tutela efectiva. Aquí no puede haber fisuras, porque en ello va la credibilidad del sistema (Ramos Méndez, 2000, 305).

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

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

---

opinión, si bien es cierto que este precepto no incide directamente sobre el objeto del proceso, si lo ponemos en relación con el artículo 222 LEC observamos que, de forma indirecta, si afecta en su configuración. Por ello, De La Oliva emplea el término “objeto virtual” del proceso civil para referirse a “aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en un proceso, pero que, sin embargo, valdrá como objeto de ese proceso o presentará la virtualidad propia del objeto. Esta virtualidad o eficacia se despliega *ad extra*, es decir, hacia afuera del proceso mismo, cuando se trata de otros procesos y de establecer si su objeto es el mismo o comprende el mismo en un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado” (ob. cit., p. 56).

### **3. LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA DIRECCIÓN DEL PROCESO. INTRODUCCIÓN**

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

- 1) En primer lugar, respecto a su tramitación, debemos preguntarnos quién es el encargado de darle continuidad, y en función de ello, si se atribuye a las partes, estaremos ante el principio de impulso procesal de parte; y si es al órgano jurisdiccional, ante el principio de impulso procesal de oficio;
- 2) En segundo lugar, con referencia al control de los presupuestos procesales necesarios para dictar una sentencia sobre el fondo, debemos analizar si esto se atribuye exclusivamente a las partes, o si se otorga igualmente al órgano jurisdiccional; y si se debe permitir la posibilidad de subsanación previa de los defectos procesales; y
- 3) En tercer lugar, respecto a la aportación de los hechos -secundarios- y la prueba al proceso, si se atribuye a las partes, estaremos ante el principio de aportación de parte; si es al órgano jurisdiccional, ante el principio de investigación de oficio; y si se otorga a las partes y, en cierta medida, también al órgano jurisdiccional, ante el principio de aportación de parte “atenuado” o de colaboración.

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

#### **3.1. EL PRINCIPIO DE IMPULSO PROCESAL DE OFICIO**

Respecto a la tramitación del proceso, la vigencia del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas o a un plazo razonable (artículos 24.2 C. E y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

respectivamente), condiciona el tema del sujeto al que debe otorgársele la función de dar continuidad al proceso. Por tal razón, en todos los ámbitos jurisdiccionales, se opta por el principio de impulso de oficio, atribuyendo al órgano jurisdiccional el control de la conclusión de los distintos actos o etapas del proceso, y la consiguiente continuidad del mismo de acuerdo a lo previsto en las normas de procedimiento.<sup>6</sup>

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

- a) Las partes, si voluntaria y expresamente lo desean, puedan suspender la tramitación del procedimiento, si no perjudica al interés general o a terceros. En este sentido, el artículo 19.4 LEC permite la suspensión por 60 días del procedimiento, y el artículo 179.2 LEC prevé su archivo provisional, si transcurrido dicho plazo ninguna de las partes insta su reanudación (la provisionalidad concluye cuando transcurran los plazos de caducidad procesal del artículo 237 LEC); y
- b) Se establezca un plazo prudencial de tiempo transcurrido en el cual deba entenderse que ha desaparecido el interés de las partes en la continuación del proceso. Por tal razón, el artículo 237.1 LEC establece: “Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación”. Como es obvio, estos plazos no pueden entrar en vigor respecto al proceso de ejecución, ya que la actividad ejecutiva debe mantenerse hasta obtener el cumplimiento efectivo de lo juzgado (artículo 239 LEC).

---

6 Al respecto, atiéndase a las reflexiones de la autora Riba, C. (1997). *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. J.M.<sup>a</sup> Bosch Editor.

### 3.2. LOS PRINCIPIOS DE CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE OFICIO Y LA SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 C.E.) comporta -según una reiterada jurisprudencia del T.C.- la necesidad de lograr, como regla general, una sentencia sobre el fondo, esto es, que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa.<sup>7</sup> Por ende, el órgano jurisdiccional debe evitar al máximo la frustración que siempre comporta una sentencia absolutoria de la instancia, o dicho en otros términos, debe controlar de oficio, lo antes posible, y de acuerdo a las previsiones legales, la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios para que pueda dictarse una sentencia de fondo. Por este motivo, los artículos 414 y ss. de la LEC prevén la audiencia previa, que tiene como una de sus finalidades “examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de este y a su terminación mediante una sentencia sobre su objeto” (artículo 414.1.II LEC). Y estas cuestiones son apreciables de oficio por mandato de los artículos: 9 LEC, para la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal; 73.4 LEC, para la indebida acumulación de acciones; 416.2, para la falta de jurisdicción o competencia; 421, para la existencia de litispendencia o cosa juzgada; etcétera.

El principio de control de oficio de los presupuestos procesales debe relacionarse con el de subsanación de los defectos o vicios procesales, que el T.C. entiende recogido implícitamente dentro del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>8</sup> En función de este principio, los defectos o vicios procesales deben ser subsanables siempre que no se deba a una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni la posición jurídica de la otra parte.<sup>9</sup>

En todo caso, el juzgador debe efectuar un juicio de proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear (archivo de una demanda, resolución del proceso sin resolver el fondo de la cuestión

---

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

8 Véase las sentencias 205/2001, de 15 de octubre (f.j. 4º); 285/2000, de 27 de noviembre (ff.jj. 4º y 5º); 193/2000, de 18 de julio (f.j. 2º); 108/2000, de 5 de mayo (f.j. 3º); entre otras muchas.

9 Compárese con las SSTC 205/2001, de 15 de octubre (f.j. 4º); 285/2000, de 27 de noviembre (f.j. 4º); 112/1997, de 3 de junio (f.j. 3º); 152/1996, de 30 de septiembre (f.j. 2º); 159/1995, de 6 de noviembre (f.j. 4º); et altri.

litigiosa, etcétera), es decir, para proceder a la subsanabilidad del defecto procesal, debe tener en cuenta, de un lado, la finalidad que cumple el requisito formal infringido y, de otro, la trascendencia real que el mismo tiene para el proceso.<sup>10</sup> Por tal razón, ante una eventual inexistencia de un presupuesto procesal, debe procederse a su subsanación, siempre que sea posible (no lo será, por ejemplo, cuando el tribunal carezca de jurisdicción, o exista litispendencia de otro proceso), en consonancia con lo previsto por el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual: “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.<sup>11</sup>

### 3.3. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE “ATENUADO” (O DE COLABORACIÓN)

#### 3.3.1. Introducción: alcance y fundamento

El principio de aportación de parte hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso<sup>12</sup> así como proponer la prueba de tales datos o elementos. La regla *iudex*

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

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

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

*iudicare debet secundum allegata et probata partium* expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio.<sup>13</sup>

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo -que como he indicado posee cierto fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil-, el de aportación de parte no tiene este fundamento constitucional; y solo posee un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes.<sup>14</sup>

Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y, de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así -como indica SATTÀ- mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela más allá de lo dispuesto por los litigantes, sí puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez (Satta y Punzi, 1992, 188).

La ideología social, emergente en el presente siglo, lleva consigo en Europa el fenómeno de la “socialización” del proceso civil. Esto

---

13 Respecto de esta máxima, conviene recordar que, contrariamente a lo que mantiene Liebman (1960). Fundamento del principio dispositivo. Rivista di diritto processuale, p. 551, no estamos en presencia de una máxima recogida en el *ius commune* medieval, pues tanto los glosadores (Guillermo Durante, Accursio y Azón) como los decretistas (Raimundo De Peñafort), así como también, cerca de un siglo después, los comentaristas (Bartolo De Saxoferrato y Alberico De Rosate) se limitaron, única y simplemente, a destacar el ámbito cognoscitivo sobre el cual debía el juez formar su convicción, a saber, todo lo alegado y probado en el proceso, sin hacer referencia, en ningún momento, a si la prueba debía ser aportada por las partes o podía ser introducida por el juzgador. En consecuencia, esta regla carece de la tradición jurídico-histórica que el mencionado autor pretende otorgarle, ya que del estudio de los autores del *ius commune* medieval tan solo se deriva, correctamente, la máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, o dicho de otro modo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata, et non secundum conscientiam* (para una exposición más detenida del tema me remito a mi trabajo “El derecho a la prueba en el proceso civil”. Barcelona: J. M.<sup>a</sup> Bosch, 1996, pp. 216-217).

14 Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte, vid. mi estudio “El derecho a la prueba en el proceso civil”, ob. cit., pp. 217-218.

con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado social de derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y del proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

Una de las consecuencias más relevantes de la “publicitación” o socialización del proceso civil se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes, y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea, del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por eso, la mayoría de las legislaciones procesales europeas, posteriores a la mencionada etapa de ideología liberal, acogen estos postulados socializadores del proceso y limitan el alcance del principio de aportación de parte a favor del denominado “principio de colaboración” (Grasso, 1966, 602) en función del cual se atribuye a los jueces y tribunales, con distintos matices, importantes iniciativas probatorias (tal es el caso de la Zivilprozessordnung alemana).<sup>15</sup> El Codice di Procedura Civile italiano,<sup>16</sup> el Code de Procédure Civile francés,<sup>17</sup> el

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

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

17 En Francia, la reforma de 1975 del Code de Procédure Civile ha generalizado los poderes del juez para disponer, ex officio, todos los medios de prueba relevantes para la decisión del litigio. Así, destaca el artículo 10, según el cual: “Le juge a le

Código Judicial belga.<sup>18</sup> Los diferentes Códigos Procesales del Estado suizo.<sup>19</sup> El Código de Processo Civil portugués,<sup>20</sup> o la nueva normativa procesal británica.<sup>21</sup>

En España, la vigencia de nuestra decimonónica LEC, inspirada en los postulados liberales propios del siglo pasado, impidió acoger gran parte de las orientaciones “socializadoras” del proceso civil, por lo que se negó toda iniciativa probatoria al juez -a excepción de las denominadas “diligencias para mejor proveer”-,<sup>22</sup> fundamentándose en argumentos de muy diversa índole, tales como: el carácter privado del objeto litigioso, la existencia del interés único de las partes en la obtención

---

pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles”; el artículo 143, que indica: “Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible”; y el artículo 144, en cuya virtud: “Les mesures d’instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d’éléments suffisants pour statuer”.

- 18 Con referencia al ordenamiento belga, la Ley de 3 de agosto de 1992, que entró en vigor el 1 de enero de 1993, modificó el Código Judicial Belga, y reforzó ampliamente los poderes del juez en la dirección del proceso civil, permitiéndole decretar ex officio la prueba testifical (artículo 916), la pericial (artículo 962), la confesión judicial (artículo 992) y la documental (artículo 877).
- 19 En Suiza, Habscheid, tras destacar la norma general de la iniciativa privada de los litigantes en orden a la proposición de pruebas, advierte: “A cette règle classique, le droit moderne a apporté des atténuations: il existe beaucoup de lois procédurales qui admettent que le juge n’est pas lié par les offres des parties et qu’il peut faire administrer les preuves qu’il estime utiles à la recherche de la vérité. Cf. art. 37 LPCF; Zurich art. 166 CPC; Berne art. 197, 214 CPC; Zoug art. 53 CPC; Fribourg art. 200 CPC; Saint-Gall art. 179 CPC; Valais art. 171 CPC; Neuchâtel art. 69 CPC; Genève art. 171 LPC. D’autres lois reconnaissent à tout le moins au juge le pouvoir de faire procéder d’office à une expertise ou à une inspection oculaire [cf. p. ex. Vaud art. 170 al. 2 CPC]” (Droit Judiciaire Privé Suisse. Genève: Librairie de L’Université, Georg & Cía. S.A., 1975, 391 p.).
- 20 En el ordenamiento portugués, el artículo 264.3 del Código de Processo Civil de 1961 recoge, de igual modo, estos amplios poderes de dirección del juez, indicando: “O juiz o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento de verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”; y su art. 645.1 dispone: “Quando se reconheça, pela inquirição, que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a decisão da causa, pode o tribunal ordenar que seja notificada para depor”.
- 21 Las nuevas normas procesales civiles de Inglaterra, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999 (las Civil Procedure Rules), modifican la tradición del *adversary system*, que reservaba a las partes la iniciativa en materia probatoria, e introducen ciertas actuaciones probatorias del juez ex officio, muy especialmente en la prueba pericial, permitiendo al tribunal nombrar expertos para que le asistan en la resolución de la causa (rule 35.3).
- 22 Cuyo fundamento y alcance han sido desvirtuados por la doctrina del Tribunal Supremo, tal como analizo en mi estudio del año 1998. Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser. *Justicia*, (3-4): pp. 629- 640.



de una resolución favorable a sus pretensiones, la incompatibilidad de dicha iniciativa probatoria con el derecho a la prueba de las partes, la protección de la institución de la carga de la prueba, y la salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador; argumentos que serán objeto de valoración crítica con posterioridad. Como es obvio, la iniciativa probatoria del juez civil no puede ser ilimitada, pues puede entrar en conflicto con derechos o principios que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar,<sup>23</sup> dicha iniciativa tiene tres límites relevantes:

- 1) Primero. La prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia;
- 2) Segundo. Es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Solo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes; y
- 3) Tercero. Finalmente, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental.

---

23 Picó, J. (1998). La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites. *Revista del Poder Judicial*, (51): 294-295; y El derecho a la prueba en el proceso civil, ob. cit., 267-271.

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

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

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

Esta formulación atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter social del Estado de derecho consagrado en nuestra Constitución, así como el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr; de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional.

La “justicia”, como valor superior del ordenamiento jurídico representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que, si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. Kelsen concluye su ensayo con la pregunta: “¿Qué es justicia?”,<sup>24</sup> formulando así su concepción de la “justicia” con estas palabras: “La Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”. En esta búsqueda de la “verdad” dentro del proceso -“verdad”

---

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

mediatizada, en virtud de los principios dispositivos y de aportación de partes, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra su justificación la iniciativa probatoria al juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada “justicia”, pero no lo es menos el hecho de que eso no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que esta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado Taruffo (1992, 43), al estudiar el concepto de “justicia de la decisión judicial”, esta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además -como advierte el citado autor (Taruffo, 1992, 44)- todo ello es compatible con la teoría, según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que este deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Al seguir con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su artículo 24.2 el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia.

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

### 3.4. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE EN EL NUEVO PROCESO CIVIL

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

De igual modo, en materia de introducción del material probatorio, la LEC opta por el principio de aportación de parte, si bien existen excepciones que provocan su atenuación. La formulación general del citado principio se encuentra en el citado artículo 216, según el cual: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”; y en el artículo 282 *ab initio*, al indicar lo siguiente: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte”. Su atenuación se establece rápidamente, y con carácter general, en el propio artículo 282, segundo inciso, al indicar: “Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

En la LEC se han encontrado distintos supuestos de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*: en primer lugar, para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. En ese sentido, el artículo 752.1.11 establece: “Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

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

En tercer lugar, a través de las “diligencias finales” se permite al juez que, dentro del plazo para dictar sentencia, pueda ordenar la práctica de actividad probatoria, si bien esto lo condiciona el artículo 435.2.1, tras la concurrencia de cuatro requisitos: a) debe versar sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; b) deben haber actos de prueba

anteriores que no hayan dado resultado conducentes; c) el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y d) han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos. De esta forma, las tradicionales “diligencias para mejor proveer”, al margen de cambiar de nombre, pasan a adquirir el alcance limitado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuía a tales diligencias.<sup>25</sup>

Finalmente, la nueva LEC introduce una norma novedosa que plantea la interrogante de si recoger una mera advertencia del tribunal a las partes o permitir una limitada iniciativa probatoria. Me refiero al artículo 429.1.II y III, según el cual:

Quando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes puedan resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios, cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas, cuya práctica considere conveniente. En el caso al que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

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

### **3.5. EL ARTÍCULO 429.1.II LEC Y LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA POSTERIOR A LA LEC 1/2000**

La mayoría de la doctrina española que ha analizado el artículo 429 LEC sostiene que en este no se recoge ninguna iniciativa probatoria del juez, sino tan solo la posibilidad de que este, ante una eventual insuficiencia probatoria, indique, aconseje o advierta a las partes los hechos afectados por dicha insuficiencia y la prueba que resulta conveniente para acreditar tales hechos, sin que esta advertencia suponga una

---

<sup>25</sup> Sobre este particular, vid. mi trabajo “Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser”, ob. cit., pp. 629-640.

iniciativa probatoria, destacando incluso que lo contrario supondría un retroceso respecto de los países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, Montero Aroca<sup>26</sup> afirma que la nueva LEC “ha aumentado las facultades del tribunal en materia probatoria (por ejemplo, en los artículos 282 y 429.1.II) y lo ha hecho cuando la llamada ‘publicitación’ del proceso está en franca retirada en todo el mundo”. Frente a lo que la doctrina sostenía hace unas décadas, hoy se admite que en este proceso no debe aumentarse las facultades del juez.

Antes de exponer mi opinión personal sobre el alcance del artículo 429.1.II LEC, debo advertir que no es cierto que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* suponga un retroceso histórico, sino todo lo contrario, nos acerca a las tendencias más modernas del derecho procesal civil. Para tales fines, solo voy a destacar dos textos que afectan a una multiplicidad de Estados: el primero, son las “Transnational Rules of Civil Procedure”<sup>27</sup> del año 2000, efectuadas por el American Law Institute -en cooperación con la UNI-DROIT- en las que se prevé que el juez tendrá iniciativa probatoria respecto de las pruebas testifical y de confesión, documental y pericial. También se reconoce esta iniciativa probatoria en el “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, que, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado en 1988 tras un largo período de reflexión en el que han intervenido un gran número de procesalistas sudamericanos, españoles e italianos.

Este texto -que ha sido acogido en nuevos códigos procesales civiles iberoamericanos y que ha inspirado múltiples reformas normativas- establece en su artículo 33. 4º y 5º: “El Tribunal está facultado: [...] 4º) Para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5º) Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”. Además, al margen de estos dos textos procesales, como he tenido ocasión de indicar, la iniciativa probatoria del juez también se encuentra reconocida en la mayoría de los Estados europeos (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Portugal, etcétera).

---

26 Montero, J., Gómez, J. L., Barona, S., & Calderón, M. P. (2019). *Derecho Jurisdiccional Proceso Civil*. Tomo II. Tiran Lo Blanch.

27 El documento que analizo es el *Preliminary Draft N.º 2*, del 17 de marzo de 2000, publicado por el American Law Institute (puede consultarse en Internet: [www.ali.org/ali/transrules.htm](http://www.ali.org/ali/transrules.htm)).

### 3.6. OPINIÓN PERSONAL

A mi entender, la literalidad del artículo 429.1.II LEC permite otra lectura de la norma, en función de la cual se atribuya cierta iniciativa probatoria al juez. Como tuve ocasión de analizar en otros estudios,<sup>28</sup> en el actual Estado social y de derecho, en el que la “Justicia” se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe estar comprometido con la justa composición de los litigios, esto es, no puede configurarse como un sujeto inerte, pasivo, sin ningún tipo de iniciativa probatoria. Nuestra Constitución, en su artículo 24, recoge el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales determinará el derecho.

Por esto, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos hechos concretos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. En conclusión, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, debe efectuarse una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces y magistrados los mecanismos adecuados para impartir una tutela más justa de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, entiendo que el artículo 429.1.II LEC no solo permite al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de “señalar” -que no advertir- la prueba cuya práctica considere necesaria. Esta norma -a diferencia de lo que sucede cuando se refiere a los “hechos” que pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, donde expresamente solo se permite al juez efectuar una mera “manifestación” de tales hechos- en materia probatoria se le permite “señalar”, esto es, determinar o designar la prueba, cuya práctica considere conveniente; por lo que, si estima que es necesaria deberá lógicamente practicarla.

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

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

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

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

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

Por último, debo efectuar una reflexión respecto del momento procesal en el que puede ejercitarse la citada iniciativa probatoria, esto es, en la audiencia previa, tras la proposición de pruebas por las partes. Algún autor critica esta opción por entender que ese no es el momento idóneo, porque ni el juez conoce bien el proceso ni puede adivinarse el resultado de las pruebas propuestas; y, además, la necesidad probatoria el juez solo puede advertirla cuando tiene que pronunciar su fallo.



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

### **3.7. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA ATRIBUCIÓN DE INICIATIVA PROBATORIA AL JUEZ CIVIL**

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

#### **3.7.1. Primera: el interés privado discutido en el proceso civil**

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

Este tipo de razonamiento se sustenta en la tesis, ya completamente abandonada, de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, en favor de una visión “publicista” del proceso, que le concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por

regla general, un carácter disponible o privado, esto no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse no pertenece a los litigantes, sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función.<sup>29</sup>

### **3.7.2. Segunda: el interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones**

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

La inconsistencia de este razonamiento lo puso oportunamente de relieve GUASP (1943, 104), al destacar que el mismo “no demuestra por qué, además de las partes, no puede el Juez desarrollar una actividad en el mismo sentido”. Ciertamente, el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no justifica que se omita o excluya de esta actividad al juzgador.

### **3.7.3. Tercera: la incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez**

Este argumento se sustenta en la idea de que los únicos sujetos que pueden aportar pruebas al proceso son las partes, ya que a estas les atribuye el ordenamiento jurídico un derecho a la prueba y, en consecuencia, es necesario evitar que el juez pueda interponerse en el ejercicio de este derecho. La existencia del mismo a favor de las partes aparece en contradicción con la idea de que el juez pueda aportar, de igual modo, pruebas al proceso.<sup>30</sup>

Esta razón es ciertamente censurable. El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso, pero de ello no puede deducirse que este no deba disponer *ex officio* actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica

---

29 Al respecto, véase a Carnacini, T. (1951). *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. Studi in onore di Enrico Redenti*. (Volumen II). Milano: Giuffrè.

30 Al respecto, véase mi trabajo “El derecho a la prueba en el proceso civil”, ob. cit., p. 21.

la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y solo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación *ex officio* del juzgador se configurase no como una facultad, sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes. Esta situación no aparece recogida en el nuevo artículo 429.1.II LEC -que solo utiliza el término “podrá”-; así como tampoco en ningún ordenamiento procesal civil de nuestro entorno jurídico-cultural, en el que se configura la mencionada iniciativa probatoria de los jueces y tribunales como una facultad, y nunca como un deber.

#### **3.7.4. Cuarta: la destrucción de la carga de la prueba**

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

Este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, pues como es sabido, las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia. Debido a que en nuestro ordenamiento no es posible el *non liquet*, al imponer los artículos 1.7 CC y 11.3 LOPJ el deber inexcusable a los jueces y tribunales de resolver las cuestiones discutidas en el proceso, el *onus probandi* se configura como aquella institución que permite al juzgador fallar o decidir en los casos en que se encuentra ante “hechos inciertos”, es decir, insuficientemente probados.

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

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

### 3.7.5. Quinta: la vulneración de la debida imparcialidad judicial

El argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar prejuzgando su decisión final. Así, para un considerable sector de la doctrina, la protección de la imparcialidad del órgano jurisdiccional se configura como el único y serio fundamento que justifica su actitud estática al practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes. La necesidad de separar las funciones de investigar y juzgar, en aras de garantizar la imparcialidad del juzgador, ya fue destacada por Chiovenda, quien afirmó: “Las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes”.<sup>31</sup>

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

a) **En primer lugar**, el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las

---

31 Principii... ob. cit., p. 729; e id.: Identificazione delle azione. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium», en “Saggi di Diritto Processuale Civile”, vol. I, Edit. Giuffré, Milano, 1993, p. 176. En términos muy similares se manifiesta LIEBMAN, para quien la necesaria imparcialidad del juzgador se configura como la razón nuclear de la imposibilidad de practicar pruebas ex officio, manifestando que “la decisione sull’azione e sull’eccezione implica una decisione sui fatti controversi e perciò sulle prove che li riguardano ed è proprio diretta a preservare l’imparzialità di questa decisione la regola che esclude l’iniziativa del giudice nella ricerca di quelle prove” (Fondamento del principio dispositivo, ob. cit., p. 562). De igual modo, este autor destaca la “l’incompatibilità psicologica tra l’agire e il giudicare e l’opportunità psicologica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirli di poteri di iniziativa piú confacenti alla funzione della parte o del difensore” (Mandrioli, C. [1984]. *Manuale di diritto processuale civile*, Tomo II. (4.ª ed.). Edit. Giuffré).

partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente con la función de tutela judicial que le asigna la Constitución. Así, por ejemplo, si ordena la prueba pericial no conoce cuál va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical desconoce la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria, únicamente puede encontrarse en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil del proceso en aras de lograr una igualdad sustancial o real de las litigantes, pues, en mi opinión, no es esta una función que le corresponda desempeñar;

- b) **En segundo lugar**, postular la protección de la imparcialidad, como fundamento de la inactividad probatoria del juzgador civil, y otorgar a la vez dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente del penal y contencioso-administrativo, significa reconocer y legitimar que estos jueces y tribunales puedan ser parciales si proceden de oficio a practicar la prueba, conclusión esta que nadie comparte. Este razonamiento puede extenderse igualmente al juez civil que debe resolver los denominados “procesos civiles no dispositivos”, respecto al cual el artículo 752.1.II LEC le atribuye la posibilidad de “decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes”;
- c) **En tercer lugar**, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba; y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar una prueba, o de hacer preguntas a los litigantes o testigos. Entiendo que la imparcialidad del juzgador puede perderse de igual modo si, en la práctica del interrogatorio de las partes o de los testigos, o en la prueba pericial, formula preguntas o requiere explicaciones al interrogado o al perito en virtud de los artículos: 306.1.II, 347.2 y 372.2 LEC;
- d) **En cuarto lugar**, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición -aún inconsciente- del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*. Si bien esto es excepcionalmente posible, entiendo que la solución a este temor viene dada por vía de

los recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba; y

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

Afortunadamente, nuestro Tribunal Constitucional también considera que la atribución de iniciativa probatoria al juez no supone una quiebra de su debida imparcialidad. Así, en su reciente sentencia 188/2000, del 10 de julio (f.j. 3º) destaca:

No se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral -por tanto, con plena garantía de contradicción- con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aún indiciaria, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada.

En definitiva: En las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del Juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta [...]. Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la acusación de indefensión alguna ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio, puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola.

La rotundidad con que se expresa esta sentencia no deja lugar a dudas sobre la constitucionalidad de toda norma que otorgue iniciativa probatoria *ex officio iudicis* dentro de los límites anteriormente descritos.

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

### **4.1. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

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

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

La LEC 1/2000, como no podía ser de otro modo, también ha optado con claridad por regular procedimientos inspirados por el principio de oralidad y sus principios-consecuencias: el de intermediación, el de concentración y el de publicidad. Para eso, formula una regulación de los procedimientos utilizando la técnica de las audiencias, en las que se materializa dicha oralidad. En concreto, dentro del procedimiento ordinario se producen por lo menos dos: la audiencia previa que, con carácter obligatorio, prevé el artículo 414 y ss. LEC, con cuatro claras finalidades, a saber, la conciliadora -al inicio y al final del acto-; la subsanadora de defectos procesales; la delimitadora de las cuestiones litigiosas; y la probatoria, proponiéndose y admitiéndose las pruebas que se practicarán en la segunda audiencia, denominada “juicio”. En esta tiene lugar la realización de todas las pruebas y evidentemente, la oralidad se concreta en las

pruebas personales, esto es, aquellas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, pues su intervención en el proceso se hace, como regla general, a través del mecanismo de la palabra hablada (tanto para el interrogatorio de las partes, como la prueba testifical, los artículos 302.1 y 368.1, respectivamente, establecen que las preguntas se formularán oralmente).

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

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

## **4.2. LOS PRINCIPIOS CONSECUENCIA DE LA ORALIDAD. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y SU DOBLE ALCANCE**

El principio de inmediación puede configurarse desde una doble perspectiva: en primer lugar, exigiendo que la oralidad se produzca en presencia física del juez; y, en segundo lugar, que este mismo juez sea quien va a dictar sentencia. Ambas manifestaciones del principio de inmediación aparecen recogidas en la LEC 1/2000:

- a. La primera manifestación se recoge en el artículo 137 LEC, según el cual: “1. Los jueces y los magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución, se celebrarán siempre ante



el juez o los magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”. De igual modo, el artículo 289.2 indica: “Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos; así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales”.

La infracción del principio de inmediación se castiga con la máxima sanción procesal: “La nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones” (artículo 137.3). Pese a la bondad de estas normas, para la plena vigencia y aplicación del principio de inmediación es del todo necesario tener una amplia estructura judicial, con el oportuno número de jueces civiles; de lo contrario, el debido respeto a este principio nos conducirá a la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, esto es, a ser enjuiciado dentro de un plazo razonable.

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

### **4.3. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN**

El principio de concentración -que en relación a la actividad probatoria comporta que esta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado- se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el artículo 291 LEC que establece la celebración de un “juicio o vista” para la práctica de toda la prueba en unidad de acto. Para garantizar la eficacia de este principio, la LEC prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del juicio, si bien condicionada a que se celebre en todo caso antes de su celebración (artículo 290.II); y por otro, la necesidad de repetir el juicio cuando este se haya paralizado durante más de 20 días (artículo 193.3).

#### 4.4. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

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

La vigencia de este principio implica que los juicios puedan ser conocidos más allá del círculo de las personas presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general en la sociedad. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitida a cuantos por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etcétera. están en la imposibilidad de hacerlo, como ya indicó la sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982, de 1 de junio (f.j. 4.º). En consecuencia, el principio de publicidad, tal como destaca el TC, tiene una doble finalidad: garantizar plenamente la aplicación real del principio de oralidad, constitucionalizado en el artículo 120.3 CE; y proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, manteniendo así la confianza de la comunidad en el buen hacer de los tribunales de justicia (cfr. su sentencia 96/1987, del 10 de junio, f.j. 2.º).

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

Por último, debe indicarse que no se desvirtúa la vigencia del principio de publicidad por el hecho de que, excepcionalmente, pueda decretarse que las actuaciones se celebren a puerta cerrada. Así lo permite ya el citado artículo 120.1 C.E., que remite expresamente a la Ley la posibilidad de limitar el mencionado principio, ya que no estamos en presencia de un derecho absoluto (cfr. STC 65/1992, del 29 de abril, f.j. 2.º; 96/1987, del 10 de junio, f.j. 2.º; o 30/1986, del 20 de febrero, f.j. 5.º). Por tal razón, el secreto de las actuaciones aparece en el artículo 138.2 LEC, para cuando “sea necesario proteger el orden público o de la seguridad nacional

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



# **CAPÍTULO V**

## **EL CONTROL JUDICIAL DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCIÓN CIVIL**

### **LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**Juan Alfredo Biaggi Lama**



# CAPÍTULO V

## EL CONTROL JUDICIAL DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCIÓN CIVIL

### LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Juan Alfredo Biaggi Lama

#### INTRODUCCIÓN

Hasta la Revolución Francesa, la garantía de un Estado de derecho no fue la regla, pues la justicia independiente, llamada a asegurarlo, era menos que una utopía irrealizable. Los jueces dependían del monarca, a cuyo nombre -o del señor que les nombraba- impartían justicia. El absolutismo del poder, acentuado en la figura regia, era el principio dominante. Pero si bien la independencia del Poder Judicial, al menos teóricamente, se logra a partir de la toma de la Bastilla, la proclamación de la República y la instauración de las ideas de Montesquieu, no es menos cierto que hasta bien entrado el siglo XX y, como en el caso nuestro, en su postrimería, este cambio de poder no dejó de ser una mera quimera, en la cual las clases dominantes solo cambiaron de órgano designador del Poder llamado a administrar o a impartir la justicia. El Congreso de la República trocó el poder monárquico, el cual no deja de ser encarnado en la figura del presidente de la nación, como órgano al servicio de este, como nominador de los jueces y de los representantes cimeros del Poder Judicial, reservándosele la facultad de nominar a quien habría de presidirlo.

La verdad fáctica de este asunto queda demostrada por la frase de un prestigioso político nacional expresada al llamar la atención al nuevo incumbente del Palacio Nacional sobre la ventaja de tener un servidor suyo como presidente de la Suprema Corte de Justicia. Se trata de poder. Si bien es cierto que el proceso de democratización o de constitucionalización de los Estados se inicia a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, como una reacción del mundo capitalista para diferenciarse de los regímenes socialistas que surgieron a partir de ella, no es menos cierto que, y de manera principal en América Latina, como en gran parte del mundo (Asia, África y algunos países de Europa), esta corriente no pasó de ser más que un mero espejismo, y en algunos

casos, una fachada mal construida. En nuestro país, la historia reciente así lo demuestra.

No es sino a partir de la reforma a la Constitución que se verifica en 1994, y que crea un nuevo mecanismo de designación de los jueces, que empieza, a nivel teórico, a dar impulso a una nueva etapa en la vida democrática del país. La puesta en vigencia de forma efectiva de estas reformas marcó el nacimiento de una judicatura nacional, la cual, en su descomposición casi absoluta, había tocado el fondo.

Pero esta reforma no solo trajo consigo un Poder Judicial más independiente y remozado, sino que marcó un cambio sustancial en lo que respecta al control de la constitucionalidad de las leyes en la República. A la Suprema Corte de Justicia, se le reconocieron y atribuyeron facultades propias de un tribunal constitucional. En este aspecto, el artículo 67, ordinal 1, de la Constitución, reformado en el 1994, disponía y como una atribución exclusiva de la Suprema Corte de Justicia: “Conocer... de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada”.

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

La historia más reciente, y la evaluación de la jurisprudencia constitucional anima a afirmar que caminamos con muchos temores todavía, pues la figura presidencial sigue siendo el eje sobre el cual giran todas las instituciones del Estado, hacia una verdadera supremacía de la Constitución y a un control más efectivo de este principio, y con ello de la garantía de la observancia y respeto de los derechos fundamentales que en esta se consagran, como también de una verdadera separación de poderes. Esa transformación recibió un gran impulso con la proclamación de la reforma constitucional del 26 de enero de 2010, que trajo consigo una verdadera reforma institucional, creando nuevos mecanismos que tienden a asegurar la supremacía de la Constitución, y revolucionando profundamente el sistema vigente hasta ese momento.



Al efecto, la creación del Tribunal Constitucional, organismo supra poderes, cuyas decisiones “son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria”,<sup>1</sup> complementadas por la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. núm. 10622, del 15 de junio de 2011; y más que nada, el apoderamiento, lento, pero firme, de la población y la clase profesional de la defensa, y la aplicación de la Constitución, permiten asegurar un nuevo sendero en el futuro inmediato, a pesar de la sobrevivencia de resabios del viejo régimen.

## **1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES EN LA HISTORIA DOMINICANA**

### **1.1. LA PRIMERA REPÚBLICA**

La separación de la antigua colonia de Santo Domingo que, como provincia de España, participó en la asamblea que redactó y proclamó la Constitución de Cádiz de 1812, se inscribe en los anales de las luchas de independencia de las provincias y virreinos americanos, con una nota especial y particular: fuimos los únicos que proclamamos la separación sin derramamiento de sangre ni de luchas fratricidas. Quizás este hecho demuestre la importancia que la metrópolis daba a este pobre trozo de isla. La proclama de Núñez de Cáceres, y el Acta Institucional de diciembre de 1821, no recoge ninguna declaración sobre la supremacía de la Constitución ni el lugar que esta ocupaba en el ordenamiento del nuevo Estado de Santo Domingo, que nacía frente al mundo.

Los sucesos posteriores, la invasión y anexión del territorio del naciente Santo Domingo Español, hicieron que quedáramos sometidos a la Constitución haitiana de 1816, que reflejaba una fuerte influencia de la francesa, pero por ser menos que letra muerta en su aplicación dieron al traste con este movimiento que no puede ser considerado como independentista en el sentido estricto del término.

---

1 Artículo 184. Tribunal Constitucional. Habrá un tribunal constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

De este texto resaltamos los siguientes artículos:

**“Article 12.** La loi est la volonté générale exprimée par la majorité des citoyens ou de leurs représentants”. (La ley es la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes).

Un reflejo de su herencia francesa y de los principios que animaron la Revolución Francesa. Y esta supremacía de la ley refleja el espíritu de Montesquieu respecto a que los jueces solo eran la boca de la ley y, en este sentido, el referido texto así lo consagraba al disponer: **“Article 169.** Les juges ne peuvent s’immiscer dans l’exercice du pouvoir législatif, ni faire aucun règlement”. (Los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo ni hacer ningún reglamento).

Asimismo, en su artículo 170, al referirse a los jueces: “Ellos no pueden paralizar ni suspender la ejecución de ninguna ley, ni citar ante ellos los administradores en razón de sus funciones”. (**“Article 170.** Ils ne peuvent arrêter ni suspendre l’exécution d’aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”).

En tanto, la responsabilidad de velar por la supremacía de la Constitución se desprende del artículo 113 del mismo texto cuando dispone: **“Article 113.** Le Sénat est chargé du dépôt de la Constitution. (El Senado está encargado del depósito -defensa- de la Constitución”).

La Tercera Constitución fue la que conocieron los dominicanos, pues no ha de olvidarse que estos, no en su condición de tales, sino como súbditos franceses al haberse producido la cesión de la parte española de la isla a Francia, estuvieron sometidos brevemente a la Constitución de Toussaint Louverture, del 3 de julio de 1801, y posteriormente a la de Cádiz de 1812. En 1843, habiendo sido proclamada una reforma a la Constitución de 1816, la Asamblea Revisora de la Constitución haitiana proclamó, el 30 de diciembre, un nuevo texto constitucional, en la cual su artículo 40 dispone que: **“Article 40.** La loi ne peut ni ajouter ni déroger à la Constitution. La lettre de la Constitution doit toujours prévaloir. (La ley no puede ni añadir ni derogar a la Constitución. La letra de la Constitución debe siempre prevalecer)”.

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

La constituyente convocada para su redacción, en agosto de ese año, por el presidente de la Junta Gubernativa, queda instalada en la ciudad de San Cristóbal el 21 de septiembre, donde el 6 de noviembre de 1844, aprueba la Constitución Política de la República Dominicana, con un texto que enmarca: las atribuciones del Estado, los derechos de los ciudadanos, los deberes de estos con el país que nació, y los límites y facultades de cada uno de los Poderes creados. Esta es proclamada por el presidente Pedro Santana el 18 de noviembre de ese mismo año.

Una rápida visión de este texto nos permite establecer que en los artículos 14 y 39 se proclaman los derechos que la Revolución Francesa reconoció como derechos de todo hombre, bajo el título “Derechos Públicos de los Dominicanos”, y que en el artículo 35 del mismo texto se consagra el principio de la supremacía constitucional al disponer que “no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución; en caso de duda, el texto constitucional debe siempre prevalecer”.<sup>2</sup>

Pero como si se dudase, y para hacer más efectivo este principio, en su artículo se cuidaron de incluir lo siguiente: “Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto sean conformes a las leyes”.<sup>3</sup>

A raíz de lo anteriormente expuesto, se consagra tanto la supremacía de la Constitución, como la jerarquía de las leyes; y con esto, el sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, adoptando así la doctrina Marshall. Sin embargo, no se dejó a la prudencia y al mejor criterio de los tribunales inferiores la verificación de la constitucionalidad, sino que se dispuso lo siguiente en su artículo 134: “Las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia son: ‘...Cuarto: Con el solo interés de uniformar la jurisprudencia y sin que su decisión aproveche ni perjudique a las partes litigantes, reformar las sentencias dadas por todos los tribunales y juzgados, pasadas ya en autoridad de cosa juzgada, que contenga algún principio falso o errado, o adolezca de algún vicio esencial’”.<sup>4</sup>

---

2 Constitución Política de la República Dominicana [Const.]. Colección Trujillo. Tomo 1. 1844. (República Dominicana). Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).

3 Íd.

4 Constitución Política de la República Dominicana [Const.]. Colección Trujillo. Tomo 1. 1844. (República Dominicana).

No obstante esto, no le atribuía a la Suprema Corte de Justicia un poder de fiscalización de la constitucionalidad o no de las leyes al analizar de oficio todas las sentencias dictadas por los tribunales inferiores, toda vez que en el artículo 94 del mismo texto, en su ordinal 10, al señalar las atribuciones del Congreso de la República, se le atribuyó a este órgano la facultad de: “Décimo: Interpretar las leyes en caso de duda u oscuridad”.

De ahí que, siguiendo el criterio francés de que la ley es la máxima expresión de la voluntad del pueblo y de que por encima de esta no puede existir otra, se consagrara implícitamente la teoría de Montesquieu de que el juez no es otra cosa que la “boca de la ley”.<sup>5</sup> Por tanto, le correspondía a la Suprema Corte de Justicia la obligación de formular al Congreso de la República toda consulta, cuando entendiese que una ley era contraria a la Constitución o era oscura o ambigua; y de recabar de dicho órgano su opinión. Finalmente, lo decidido por este se le imponía a los demás órganos.

Al aplicar esta facultad, es de pensarse que si la Suprema consideraba que determinada ley, aplicada por los tribunales inferiores era constitucional o no, los efectos de su declaratoria sería *erga omnes*, pues el interés era mantener la supremacía de la ley y, a través de esta, la de la Constitución. Sin embargo, no hemos encontrado ninguna sentencia de ese entonces en la que se haya suscitado la cuestión de inconstitucionalidad de una ley, ni que haya conocido de alguna violación a “los derechos públicos de los dominicanos”. Pero, como si los textos anteriores no hubiesen sido suficientes, y quisiera reafirmarse una vez más la supremacía de la Norma, en el artículo 157 se dispone: “Todas las leyes actualmente vigentes, reglamentos y disposiciones en cuanto no sean contrarias a la presente Constitución, continuarán en toda su fuerza y vigencia...”. Hermoso principio que, sin embargo, fue letra muerta.

Las convulsiones políticas que han caracterizado la historia nacional, desde la fundación de la República, quedan reflejadas de forma particular en las sucesivas y continuas reformas a la Carta Magna de 1844, que se sucedieron. A tan solo 10 años de su promulgación, el 25 de febrero de 1854 y, posteriormente, el 26 de diciembre de ese mismo año, son proclamadas sendas revisiones a la Constitución, la cual

---

5 Influencia del artículo 12 de la Constitución haitiana del 2 de junio de 1816 que disponía: “Article 12. La loi est la volonté générale exprimée par la majorité des citoyens ou de leurs représentants” (La ley es la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos y sus representantes).

trae como novedades, en lo que al tema que analizamos se trata, las siguientes: 1. Se proclama como derechos de los ciudadanos, y en el artículo 8, en su ordinal 11, el principio de la legalidad; y, al efecto, el texto de este artículo lee: “A ninguno se le puede obligar a que haga lo que la ley no manda, ni impedir que haya lo que la ley no priva”; 2. En el Artículo 9 se dispone: “Son deberes de todo dominicano: acatar y cumplir las leyes.”<sup>6</sup>

Al referirse a las facultades de la Suprema Corte de Justicia, el nuevo texto en el artículo 21 ordinal 9, reitera las facultades que el *ut supra* citado artículo 134 de la Constitución de 1844, le otorgaba, de “Interpretar y revocar las leyes”.<sup>7</sup>

Respecto de las facultades conferidas a la Suprema Corte de Justicia, en el ordinal 12 del artículo 45, se disponía que era su atribución “oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de las leyes y, si las considera fundamentadas, consultar sobre ellas al Poder Legislativo para la conveniente aclaración e informar también a este de todo aquello que crea conveniente para la mejor administración de justicia. Estas comunicaciones las hará por conducto del Ministro del ramo”. Pero el espíritu democrático y de respeto a la institucionalidad, y a los principios consagrados en la ley, no fueron más que meras declaraciones quiméricas, sin una voluntad política sólida que las insuflara; y así lo demostraban los hechos.

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

6 Constitución Política de la República Dominicana [Const.]. Colección Trujillo. Tomo 1. 1844. (República Dominicana). Además, Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).

7 Constitución Política de la República Dominicana [Const.]. Colección Trujillo. Tomo 1. 1844. (República Dominicana).

constitucional.<sup>8</sup> El triunfo de la contrarrevolución liderada por el general Pedro Santana dio al traste con dicha reforma; y, así, el 7 de julio de 1858, es proclamada como texto constitucional la Reforma de 1854.

En el 1858, y en específico el 2 de marzo de 1858, la Asamblea Revisora proclamó un nuevo texto constitucional, que se considera muy avanzado para su época. En su artículo 26 se consagra: “No podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer”. Y como novedad este nuevo texto consagra en su artículo 21 el principio de legalidad al disponer que: “Art. 21. A ninguno se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda, ni impedirsele que la ley no priva”.

Respecto a la interpretación de las leyes, y por ende del control de la constitucionalidad de las mismas, el artículo 58 al señalar las atribuciones del Congreso disponía: “8.<sup>a</sup> Interpretar las leyes en caso de duda u oscuridad, suspenderlas y revocarlas”. El artículo 97 en su ordinal 14, establecía la potestad de la Suprema Corte de Justicia de “Con el solo interés de uniformar la jurisprudencia, y sin que su decisión aproveche o perjudique a las partes litigantes, reformar las sentencias dictadas por los tribunales o juzgados, pasadas ya en autoridad de cosa juzgada, que contengan algún principio falso o errado o adolezcan de algún vicio esencial”. Y en el ordinal 13 de ese mismo artículo se disponía que era su atribución “oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de las leyes, y si las considera fundamentadas consultar sobre ellas al Poder Legislativo para la conveniente aclaración e informar también a este de todo aquello que crea conveniente para la mejor administración de justicia. Estas comunicaciones las hará por conducto del Ministro del ramo”. Caso en que podía formular las consultas al Congreso de la República y sugerir lo que entendiese oportuno y necesario.

La redacción de este texto plantea la interrogante de saber si el control de la constitucionalidad solo se limita a la ley, o si a partir de la interpretación de ella, y de su conformidad con la constitución, se ha de verificar si los decretos y reglamentos son o no legales, y por ende constitucionales. Pero denominamos a esta Constitución como efímera toda vez que producto de la contrarrevolución encabezada por Pedro Santana, y su vuelta al poder, la misma fue revocada y se volvió a la Constitución de diciembre de 1854, la que estuvo en vigencia hasta que se produjo la Anexión a España en el año 1861.

---

8 Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).

Al proclamar la Reforma Constitucional del 16 de diciembre de 1854, M. Bobadilla, Presidente del Congreso, expresó: “Que el pueblo que quiere ser libre ha de ser esclavo de la ley; la ley y la justicia son los más fuertes columnas de los estados; respetádlas y respetad también a los magistrados que son sus *órganos*; huid de la discordia que es el monstruo devorador de la sociedad para que unidos fraternalmente con los lazos de amistad y concordia, seáis fuertes y responsables y siempre dignos del eminente puesto que os ha colocado vuestro valor, vuestro heroísmo y vuestra virtudes cívicas” (Proclama del 20 de diciembre de 1854, del Manifiesto del Congreso Nacional al Pueblo Dominicano).

## **1.2. LA CONSTITUCIÓN DE LA SEGUNDA REPÚBLICA**

Tras la proclamación de la Restauración de la República en 1863, las guerras de independencia, la derrota y salida de las tropas de Isabel II de España en 1865, marcando el nacimiento de la II República, se proclama la Constitución de 1865 el 14 de noviembre, la cual reitera en su artículo 65 la supremacía de la Constitución al disponer: “No podrá haberse ninguna ley contraria al espíritu ni la letra de la Constitución. En caso de duda, el texto de esta debe siempre prevalecer”. Asimismo, mantiene el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, conservando la Suprema Corte de Justicia la última palabra, conforme al ordinal 13 del artículo 87, que no es más que la reiteración de la atribución que la Constitución de 1844 le confirió a la Suprema Corte de Justicia al disponer lo siguiente: “Con el objeto de uniformar la jurisprudencia, reformar de oficio las sentencias que en materia civil den los tribunales y juzgados inferiores, pasadas ya en autoridad de cosa juzgada, que contengan principios falsos o adolezcan de algún vicio radical; sin que sus decisiones en estos casos, aprovechen ni perjudiquen a las partes”.

De su lado, al Congreso Nacional se le confiere la facultad del control concentrado de la misma al disponerse en su artículo 50, ordinal 9: “Interpretar las leyes en caso de duda u oscuridad, suspenderlas y revocarlas”. Mientras que, su artículo 65 reza: “No podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de duda, el texto de esta debe siempre prevalecer. (...) Cuando se hiciere alguna ley reformando otra anterior, se incluirá en aquella todo lo que de esta haya de quedar en vigor”.

Las luchas internas que caracterizaron la segunda mitad del siglo XIX produjeron una nueva modificación del texto constitucional que fue

proclamado el 29 de junio de 1866, en el cual (en los artículos 49 y 71, ordinal 14) mantiene incólume el principio de la supremacía de la Constitución y la facultad reconocida a la Suprema Corte de Justicia de revisar de oficio las decisiones de los tribunales inferiores, ya varias veces citadas. Por su lado, en el artículo 39 se mantenía incólume el atributo del Congreso de “Interpretar las leyes y decretos, en caso de duda u obscuridad; suspenderlos y revocarlos”.

La vuelta del poder del general Báez trae consigo una nueva reforma constitucional proclamada el 23 de abril de 1868, en la cual, extrañamente, se suprime el artículo que proclama la supremacía de la Constitución, la cual era al fin y al cabo letra muerta. Esta nueva Carta estuvo en vigencia hasta la revisión constitucional del 14 de septiembre de 1872, en la cual se proclama la supremacía Constitucional en su artículo 24 al disponer “que no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución; y en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer...”; mientras, dispuso en su artículo 43: “Ninguno (de los tribunales) podrá aplicar leyes inconstitucionales, ni los decretos y reglamentos de la administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes en vigor”,<sup>9</sup> reafirmandose así el control difuso de la constitucionalidad que desde 1844 caracterizó a nuestro sistema.

Asimismo, se reafirmó el concentrado a cargo del Congreso de la República al disponerse en el ordinal 12 del artículo 45, y entre las funciones de la Suprema Corte de Justicia, lo siguiente: “Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de las leyes; y si las considerare fundadas, consultar sobre ellas al Poder Legislativo para la conveniente aclaración, e información también a este de todo aquello que crea conveniente para la mejor administración de justicia. Estas comunicaciones las hará por conducto del ministro del ramo”. En estos casos le correspondía a la Suprema Corte de Justicia solicitar al Poder Legislativo la inconstitucionalidad de la ley para que este así lo proclamase.

Finalmente, en el artículo 71 del mismo texto se dispuso: “Todas las leyes actualmente vigentes, reglamentos y disposiciones, en cuanto no sean contrarias a la presente Constitución, continuarán en su fuerza y vigor hasta su derogación”.

---

9 Constitución Política de la República Dominicana [Const.]. Colección Trujillo. Tomo 1. 1844. (República Dominicana). Además, Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).



La reforma al texto constitucional que fue introducida durante el gobierno del presidente González, y que fue proclamada en 1874, transforma radicalmente el sistema del control constitucional que por 30 años se había mantenido invariable al disponerse en el artículo 71 como una de las facultades de la Suprema Corte de Justicia, y en su ordinal 17: “Conocer definitivamente de las causas en que se alegue la inconstitucionalidad de parte de las leyes, dando si esto fuese así, y solo como decisión particular, fallo razonado que redima a la parte de la responsabilidad o perjuicio que pudiera sobrevenirle”.<sup>10</sup> Esto debe ser interpretado no como un control concentrado de verificación constitucional, sino como tribunal de una última instancia, cuya decisión sobre el aspecto debatido no tendría un efecto *ergas omnes*, en principio, sino relativo.

La posterior modificación del 9 de marzo de 1875 mantiene inalterable lo establecido en la Reforma del 1874, no obstante proclamarse en su artículo 50 la supremacía de la Constitución, y en el ordinal 16 del artículo 72, como atribución de la Suprema Corte de Justicia, la de “Conocer definitivamente de las causas en que se alegue inconstitucionalidad de parte de las leyes dando, si esto fuere así, y solo como decisión particular, fallo razonado que redima a la parte de la responsabilidad o perjuicio que pudiere sobrevenirle”. Todo así porque le correspondía al Congreso, conforme el ordinal 15 del artículo 38, la potestad de “Interpretar las leyes y decretos, en caso de duda u oscuridad; suspenderlos o revocarlos”.

Con la revisión votada el 10 de mayo de 1877 se suprime el ordinal 17 del artículo 71 de la Reforma de 1874, que fue preservada en la Reforma de 1875, y no se proclama la supremacía de la Constitución, aunque se establece lo que pudiese interpretarse como tal al disponer en su artículo 61, como atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, en su ordinal 8: “Declarar cual sea la ley vigente cuando alguna vez se hallen en colisión”.<sup>11</sup> Esto, desde el punto de vista de que la Constitución es una ley, cuando una ley adjetiva le fuera contraria o entrara en contradicción con esta, correspondería no a los tribunales inferiores, sino a la Suprema Corte de Justicia determinar cuál es la ley que prevalece.

---

10 Constitución Política de la República Dominicana [Const.]. Colección Trujillo. Tomo 1. 1844. (República Dominicana). Además, Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).

11 Íd.

No cabe dudas que la democracia reclama derechos y absolutas garantías para el pueblo, según Gdo. Bobadilla, C. Báez, Miguel E. Santelises, en el “Informe de la Comisión de la Reforma de la Constitución de 1877”, Gaceta de Santo Domingo, año III, XI, N.º 171.<sup>12</sup> La reforma constitucional del 15 de mayo de 1878 no produjo ningún cambio a lo establecido en la Reforma del 1877, lo mismo se verifica en la Revisión del 11 de febrero de 1879, salvo la facultad que en el artículo 65, ordinal 10, le reconoce al presidente de la República: “Dar a las Bulas y Breves, que traten de disposiciones generales, el pase correspondiente, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes, a las prerrogativas de la nación o a la jurisdicción temporal”, reflejando en este artículo el enfrentamiento que se verificaba en ese momento entre el Gobierno y la Iglesia Católica Apostólica y Romana.

De esa época, la Resolución del Congreso de la República, ejerciendo sus funciones de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y actos de los diferentes poderes del Estado, determina:

El primero decidido por la Resolución núm. 1762 del Senado de la República, del 24 de febrero de 1879, fue juzgado: “Declarar: I) que la Suprema Corte de Justicia obró en el pleno uso de su poder y facultades, dando las resoluciones de fecha 5 de julio y 18 de octubre de 1878, por las cuales declaraba sin efecto los nombramientos hechos en el personal del tribunal de Puerto Plata, inmediatamente antes de aquellas dos fechas, y nulos e írritos todos los actos que emanen de él; que ninguna dependencia del poder judicial está obligada a acatar órdenes directas de otro poder, en las que se trate de contrarrestar, modificar o destruir las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, siempre que, con arreglo a la Constitución y las leyes, imperen sobre lo puramente judicial”.

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

---

12 Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).

La Reforma del 23 de noviembre de 1881, que estuvo vigente hasta el 1887, significó, al menos en el campo teórico, un paso de avance en lo que se refiere al respeto y la garantía plena de los derechos consagrados en la Constitución a los ciudadanos. También, refuerza la supremacía de la Constitución al disponer en su artículo 12: “Los que expidiesen, firmasen y ejecutasen o mandaren a ejecutar órdenes, decretos y resoluciones que vulneren o infrinjan cualquiera de las garantías acordadas a los dominicanos, son culpables y deben ser castigados conforme lo determine la ley. Todo ciudadano es hábil para acusarlo”.<sup>13</sup>

De su parte, el artículo 33 del referido texto proclama la supremacía de la Carta Magna al disponer que “no podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de duda, el texto de esta debe siempre prevalecer”.<sup>14</sup> El artículo 70, en su ordinal 6, confiere a la Suprema Corte de Justicia la facultad de “declarar cual sea la ley vigente cuando alguna vez se hallen en colisión”.

De esa época, citamos la Resolución del Congreso de la República, denominada en la ocasión Decreto del Congreso Nacional, promulgada el 23 de junio de 1885, mediante la cual decidió que:

“Dios, Patria y Libertad.  
República Dominicana.

El Congreso Nacional, en nombre de la República

Vista la solicitud que la Cámara de Comercio de esta Capital dirigida en fecha 24 de mayo pasado al ciudadano Ministro de Hacienda y Comercio, cuyo funcionario la envió al Congreso por no creerse autorizado a resolver el punto, y en la que pide que se anule el decreto del Poder Ejecutivo en fecha 10 de marzo pasado, que establece la interpretación que se debe dar a las palabras *ad valorem* y estimación consignadas en los aranceles de importación

Considerando: Que el Poder Ejecutivo carece de facultades para interpretar las leyes, atribución que corresponde únicamente al Poder Legislativo.

Considerando: Que conforme al espíritu de nuestras leyes y aranceles la estimación no es otra cosa que la valoración de lo que cuesta el artículo en el mercado de su procedencia, buscándose de este modo el aforo que no está determinado en ellos”.

---

13 Íd.

14 Íd.

DECRETA:

Art. 1ero. Queda derogado en todas sus partes el decreto que el Poder Ejecutivo expidió en fecha 10 de marzo indicando la interpretación que se debe dar a las palabras *ad valorem* y estimación consignadas en los aranceles de importación.

Art. 2do. Para el cobro de los derechos que deban exigirse *ad valorem* y en los casos de estimación se entiende que los interventores de aduana tratarán de averiguar el verdadero costo de las mercancías al efectos en el mercado de donde procedan y sobre dicho costo calcular los derechos correspondientes”.

Considerando: que conforme al espíritu de nuestras leyes y aranceles, la estimación no es otra cosa que la valoración de lo que cuesta el artículo en el mercado de su procedencia, buscándose de este modo el aforo que no está determinado en ellos”.

Las sucesivas reformas introducidas por el presidente Ulises Hereaux (Lilís), y proclamadas el 15 de noviembre del 1887 y en 1896, mantienen invariables las disposiciones precedentemente señaladas.

La Revisión del 14 de junio de 1907 introdujo una novedad a las disposiciones del artículo 12 de la Reforma del 23 de noviembre de 1881 al agregar o completar dicho artículo, el cual en la nueva redacción le correspondió el 10, al disponer: “Cualquier funcionario público civil o militar que expida, firme, ejecute o mande ejecutar órdenes, resoluciones o actos que violen estos derechos o infrinjan algunas de las garantías consagradas por la Constitución, será privado del empleo que desempeñe, e inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos por un año a lo menos cinco a lo más, sin perjuicio de cualquiera otra pena a que pueda ser condenado según el caso”.<sup>15</sup> Sin perjuicio de reiterarse en su artículo 31, la supremacía del texto constitucional al disponer lo siguiente: “No podrá hacerse ninguna ley contraria al espíritu ni a la letra de la Constitución. En caso de dudas, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer”.

La Constitución de Santiago, como se le llamó por haber sido proclamada en esa ciudad el 27 de febrero de 1908, trocó la historia del control de la constitucionalidad de la ley al atribuirle a la Suprema

---

15 Íd.

Corte de Justicia, en el ordinal 5 del artículo 62, la facultad siguiente: “Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos en que sean materia de controversia judicial de partes”. Con esto se mantiene el control difuso de los tribunales, correspondiendo al más alto tribunal dar solución definitiva a las controversias sobre constitucionalidad de las leyes. En esta Constitución se establece como hecho novedoso la inamovilidad de los jueces, contado a partir de 1907.

Con la Reforma del 17 de septiembre de 1907, la que en su artículo 9, disponía que “la Constitución garantiza a todos los habitantes de la República: 1.º La inviolabilidad de la vida, no se impondrá jamás la pena de muerte ni otra alguna que implique pérdida de la salud o la integridad física del individuo”, se dio un paso de avance en la garantía de los derechos fundamentales, toda vez que sin vida no hay derechos. En el artículo 11, ordinal 5, se garantiza a todos los dominicanos los derechos políticos reconocidos en esta. Mientras que, en este nuevo texto, específicamente, en el artículo 23, ordinal 15 del mismo, se mantenía la vieja tradición que consagraba el aforismo de Montesquieu de que el juez era tan solo “la boca de la ley”, manteniendo vigente la potestad del Congreso de “Interpretar las leyes y decretos y, en caso de duda u oscuridad, suspenderla o revocarlas”.

El 27 de febrero de 1908 se produce una nueva reforma a la Constitución, y en su artículo 5, ordinal 17, se dispone que “jamás podrá imponerse la pena de muerte por delitos de carácter político, estos serán definidos por una ley”. De este modo, se advierte un retroceso en cuanto a la reforma de 1907, en lo atinente al derecho a la vida.

En esta reforma se deroga el precitado artículo 23, en su ordinal 15, y se le restituye a la Suprema Corte de Justicia las funciones de Corte de Casación, y su condición de máximo tribunal de la República, restableciendo las Cortes de Apelación, confiriéndosele a la Suprema Corte de Justicia, en el ordinal 5 del artículo 63, la facultad de conocer y “decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia entre partes”. No obstante, se trata de una limitación a los poderes conferidos a este órgano del Estado, el cual solo podrá pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad de los actos señalados, cuando la excepción de inconstitucionalidad sea promovida por las partes ante los jueces inferiores.

Las sucesivas reformas de 1907 y 1908, en lo referente al derecho a la vida, trajeron consigo una interesante sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que citamos a continuación:

**PP3. Pena de muerte:**

Que el condenado J.G. alega para fundamentar su recurso, que la Asamblea Constituyente de 1908, al restablecer por la 9ª disposición transitoria de la Constitución los artículos del Código Penal que imponían la pena de muerte y que fueron virtualmente derogados por la Constitución de 1907, violó el principio de la legalidad de las leyes (artículo 4 del Código Civil) e hizo una usurpación de autoridad: Primero: Porque para castigar hechos no mencionados expresamente con la pena de muerte, no se cumplieron porque no podían cumplirse las formalidades especiales para la formación de las leyes; Segundo: porque esa delegación del soberano denominada Asamblea Constituyente órgano creador de las leyes políticas, se abrogó facultades de Congreso Nacional, órgano de las leyes adjetivas. Por cuanto la transitoria disposición 9ª de la Constitución de 1908 es ineficaz, como toda usurpación de autoridad (artículo 99 de la Constitución de 1907 y 90 de la Constitución de 1908) y sus actos son nulos; y por cuanto, la sentencia de la Corte Criminal de Santo Domingo de fecha 27 del mes de julio del año 1923 para imponer la pena de muerte hizo aplicación de un artículo del Código Penal virtualmente derogado y luego restablecido por un acto nulo de una ineficaz usurpación de autoridad.

Que el artículo 4 del Código Civil dispone que el juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia; que por tanto es completamente extraño al caso del recurrente; lo que hace presumir que este quiso referirse al artículo 4 del Código Penal y no al del Código Civil.

Que el artículo 4 del Código Penal tampoco tiene aplicación en el caso del recurrente, puesto que no se trata de que se haya impuesto una pena en virtud de una ley promulgada posteriormente a la comisión del hecho castigado.

Que la Constitución reformada de 1907 abolió la pena de muerte, reconociendo como el primero de los derechos individuales la inviolabilidad de la vida, y prohibiendo la aplicación de dicha Pena;

y, en consecuencia, quedaron virtualmente derogados los textos legales que imponían la pena de muerte.

Que, en el mismo año de 1907, votó el Congreso Nacional una nueva reforma de la Constitución y dispuso que los artículos que debían ser reformados eran desde el 6 hasta el 104, inclusive, y desde el 107 hasta el último artículo, inclusive; que el artículo que abolía la pena de muerte era el artículo 9 y, por tanto, fue comprendido entre los que debían reformarse y, en consecuencia, la Asamblea Constituyente de 1908 estuvo capacitada para suprimir ese artículo como lo hizo.

Que reconocida en la Constitución la inviolabilidad de la vida humana y prohibido imponer la pena de muerte, y no habiendo sido derogados expresamente los artículos del Código Penal que imponían dicha pena, ni habiendo sido sustituida por otra, al suprimirse en la Constitución reformada el derecho de la inviolabilidad de la vida y la prohibición de imponer la pena de muerte había lugar a que se entendiera que dichos artículos habían recobrado su fuerza y vigor; mientras que, por otra parte, podría sostenerse que, por el contrario, la abrogación virtual de esos artículos hacía imposible su aplicación: a menos que fuesen expresamente restablecidos; que para desvanecer esa duda, la Constituyente que votó la Constitución reformada de 1908, estableció la 9ª disposición transitoria que dice: 'Mientras el Congreso Nacional no determine otra cosa, quedan en su fuerza y vigor los artículos del Código Penal que fueron virtualmente abrogados por la Constitución del 9 de septiembre del 1907'.

Que al votar la 9ª disposición transitoria de la Constitución, la Asamblea Constituyente no excedió sus facultades, invadiendo las del Poder Legislativo, puesto que subordinó los efectos de dicha disposición a la ulterior resolución del Congreso, que hace 15 años que fue votada la Constitución del 8 de febrero de 1908, y ninguna legislatura ha creído necesario tomar ninguna determinación sobre el particular reconociendo así, implícitamente, la capacidad de la Asamblea Constituyente, para votar esa disposición.

Que la sentencia impugnada en este recurso de casación es regular en la forma, y que las penas impuestas a los acusados son las establecidas por la ley para la infracción de la cual fueron reconocidos culpables. Sentencia del 25 de octubre de 1923, B. J., núm. 159-161. Páginas 6-9.

### 1.3. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1908, QUE RESTABLECIÓ LA PENA DE MUERTE

Que en el mismo año de 1908 votó el Congreso Nacional una nueva reforma de la Constitución, y dispuso que los artículos que debían ser reformados eran desde el 6 hasta el 104, inclusive, y desde el 107 hasta el último artículo, inclusive; que el artículo que abolía la pena de muerte era el artículo 9 y, por tanto, fue comprendido entre los que debían reformarse, y en consecuencia la asamblea Constituyente de 1908 estuvo capacitada para suprimir ese artículo, como lo hizo;

Que reconocida en la Constitución la inviolabilidad de la vida humana y prohibido imponer la pena de muerte, y no habiendo sido derogados expresamente los artículos del Código Penal que imponían dicha pena, ni habiendo sido esta sustituida por otra, al suprimirse en la Constitución reformada el derecho de la inviolabilidad de la vida y la prohibición de imponer la pena de muerte había lugar a que se entendiera que dichos artículos habían recobrado su fuerza y vigor, mientras que, por otra parte, podría sostenerse que, por el contrario, la abrogación virtual de esos artículos hacía imposible su aplicación, a menos que fuesen expresamente restablecidos; que para desvanecer esa duda, la Constituyente que votó la Constitución reformada de 1908, estableció la 9ª disposición transitoria que dice: 'Mientras el Congreso Nacional no determine otra cosa, quedan en su fuerza y vigor los artículos del Código Penal que fueron virtualmente abrogados por la Constitución del 9 de septiembre de 1907';

Que al votar la 9ª disposición transitoria de la Constitución, la Asamblea Constituyente no excedió sus facultades, invadiendo la del poder Legislativo, puesto que subordinó los efectos de dicha disposición a la ulterior resolución del Congreso; que hace 15 años que fue votada la Constitución del 8 de febrero de 1908, y ninguna legislatura ha creído necesario tomar ninguna determinación sobre el particular, reconociendo así, implícitamente, la capacidad de la Asamblea Constituyente para votar esa disposición<sup>16</sup>;

Que el condenado Julio González alega, para fundamentar su recurso, que la Asamblea Constituyente de 1908, al restablecer por la

---

16 La sentencia cuya revocación se pretendía por este recurso condenaba a uno de los imputados a la pena de muerte, y fue ratificada por la Suprema Corte al rechazar el recurso de casación.



9ª. disposición transitoria de la Constitución los artículos del Código Penal que imponían la pena de muerte y que fueron virtualmente derogados por la Constitución de 1907 'violó el principio de la legalidad de las Leyes (artículo 4 del Código Civil) e hizo una usurpación de autoridad: Primero, porque para castigar hechos no mencionados expresamente con la pena de muerte, no se cumplieron, porque no podían cumplirse las formalidades especiales para la formación de las leyes; Segundo: porque esa delegación del Soberano, denominada Asamblea Constituyente órgano creador de las leyes políticas, se abrogó facultades de Congreso Nacional, órgano de las leyes adjetivas; por cuanto la transitoria disposición 9ª de la Constitución de 1908 es ineficaz, como toda usurpación de autoridad (artículo 99 de la Constitución de 1907 y 90 de la Constitución de 1908) y sus actos son nulos; y por cuanto, la sentencia de la Corte Criminal de Santo Domingo de fecha 27 del mes de julio de 1923 para imponer la pena de muerte hizo aplicación de un artículo del Código Penal virtualmente derogado y luego restablecido por un acto nulo de una ineficaz usurpación de autoridad'.

Que el artículo 4 del Código Civil dispone que el juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia; que, por tanto es completamente extraño al caso del recurrente; lo que hace presumir que este quiso referirse al artículo 4 del Código Penal y no al del Código Civil;

Que el artículo 4 del Código Penal tampoco tiene aplicación en el caso del recurrente, puesto que no se trata de que se haya impuesto una pena en virtud de una ley promulgada posteriormente a la comisión del hecho castigado;

Que en el mismo año de 1908, votó el Congreso Nacional una nueva reforma de la Constitución, y dispuso que los artículos que debían ser reformados eran desde el 6 hasta el 104, inclusive, y desde el 107 hasta el último artículo, inclusive; que el artículo que abolía la pena de muerte era el artículo 9 y, por tanto, fue comprendido entre los que debían reformarse y, en consecuencia, la Asamblea Constituyente de 1908 estuvo capacitada para suprimir ese artículo, como lo hizo;

Que reconocida en la Constitución la inviolabilidad de la vida humana y prohibido imponer la pena de muerte, y no habiendo sido derogados expresamente los artículos del Código Penal que imponían

dicha pena, ni habiendo sido esta sustituida por otra, al suprimirse en la Constitución reformada el derecho de la inviolabilidad de la vida y la prohibición de imponer la pena de muerte había lugar a que se entendiera que dichos artículos habían sido recobrado su fuerza y vigor; mientras que, por otra parte, podría sostenerse que, por el contrario, la abrogación virtual de esos artículos hacía imposible su aplicación, a menos que fuesen expresamente restablecidos. Que para desvanecer esa duda, la Constituyente que votó la Constitución reformada de 1908, estableció la 9ª disposición transitoria que dice: 'Mientras el Congreso Nacional no determine otra cosa, quedan en su fuerza y vigor los artículos del Código Penal que fueron virtualmente abrogados por la Constitución del 9 de septiembre de 1907';

Que al votar la 9ª disposición transitoria de la Constitución, la Asamblea Constituyente no excedió sus facultades, invadiendo la del Poder Legislativo, puesto que subordinó los efectos de dicha disposición a la ulterior resolución del Congreso; que hace 15 años que fue votada la Constitución del 8 de febrero de 1908, y ninguna legislatura ha creído necesario tomar ninguna determinación sobre el particular, reconociendo así, implícitamente, la capacidad de la Asamblea Constituyente para votar esa disposición.<sup>17</sup> Sentencia del 22 de octubre de 1923, B. J., núm. 160-161. Páginas 6-8.

Aunque posteriormente esa misma Corte de Casación estatuyese en el siguiente sentido:

Que el presente Recurso de Casación ha sido interpuesto por el señor G.S. contra sentencia de la Corte de Apelación de Santiago de fecha 10 de marzo de 1924 que rechazó por improcedente su demanda y conclusiones contra la decisión del ciudadano presidente provisional de la República, que había rechazado su recurso en gracia contra la sentencia dictada en fecha primero de octubre del 1923 por la Corte de Apelación de Santo Domingo en atribuciones criminales que lo había condenado a sufrir la pena de muerte.

Que en virtud del artículo 6 párrafo 1º de la Constitución vigente que consagra el principio de la inviolabilidad de la vida y prohíbe la pena de muerte, la sentencia de la Corte de Apelación de Santo Domingo que condenó a la pena de muerte al recurrente ya no puede ser ejecutada; que, en consecuencia, no procede el examen y fallo del

---

17 Íd.

presente recurso. Sentencia del 30 de noviembre de 1931 B. J. núm. 255-257. Páginas 98-99.

Ningún cambio se produce en la Reforma Constitucional de 1916, proclamada bajo la ocupación del país por las tropas de los Estados Unidos de América. La supremacía de la ley sobre la propia Constitución en este periodo queda comprobada por la siguiente decisión de la Corte de Casación, en ese sentido:

Que la facultad que tiene la Suprema Corte de Justicia de conocer en últimos recursos de la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, cuando sea materia de controversia judicial entre partes, es distinta de la que ejerce cuando conoce como Corte de Casación de los fallos atacados por esa vía; y corresponde a un recurso especial encaminado a la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, el decreto, acto reglamento de que se trate, recurso que no ha sido interpuesto en el presente caso,<sup>18</sup> Sentencia del 28 de septiembre de 1917, B. J., núm. 87. Página 145.

#### **Separación de poderes. Atribuciones de los órganos del Estado.**

Que la facultad de legislar es propia de la función legislativa del Estado y su ejercicio, por tanto, corresponde exclusivamente al Congreso en uso de sus atribuciones constitucionales; que ni la Constitución ni la ley han podido atribuir válidamente esa facultad a otras funciones del Poder, y menos a un agente del ejecutivo, como lo es el gobernador de cada provincia; que “si son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento o acto contrarios a la Constitución”, según el artículo 43 de la ley sustantiva del Estado, el artículo 2 de la Ordenanza en referencia está viciado de nulidad por haber asumido el carácter de una ley al prescribir una pena extraña a las articuladas en las leyes penales que rigen en la República:

Que la facultad de legislar es propia de la función legislativa del Estado y su ejercicio, por tanto, corresponde exclusivamente al Congreso en uso de sus atribuciones constitucionales;

---

18 Este criterio descansa en las disposiciones del artículo 63, ordinal 5 de la Constitución, Reforma de 1908, que disponía: “Decidir en último recurso de la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia judicial entre las partes”, de donde se extrae que el incidente de inconstitucionalidad debía ser planteado de manera directa a los tribunales inferiores y sus decisiones al respecto podían ser objeto de un recurso especial, como señala la sentencia, para atacar estas decisiones, distinto del de casación.

Que ni la Constitución ni la ley han podido atribuir válidamente esa facultad a otras funciones del Poder, y menos a un agente del Ejecutivo, como lo es el gobernador de cada provincia;

Que la facultad atribuida a los gobernadores en el artículo 4 de la Ley sobre régimen y organización de las provincias de “reprimir, con arreglo a las leyes, los actos contrarios a la religión, la moral y la decencia pública”, está subordinada a que la represión se haga con sujeción a las leyes, dictadas por el único legislador, que es el Congreso;

Que toda pena o sanción penal debe ser previamente establecida por una ley y, en consecuencia, la Ordenanza expedida por la Gobernación de Santo Domingo, puesto que no es una ley, no puede ni ha podido tener otra sanción que la determinada por el artículo 488 del Código Penal para las ordenanzas municipales y los demás reglamentos generales o particulares de la Administración Pública;

Que ‘si son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento o acto contrarios a la Constitución’, según el artículo 43 de la ley sustantiva del Estado, el artículo 2 de la Ordenanza en referencia está viciado de nulidad por haber asumido el carácter de una ley al prescribir una pena extraña a las articuladas en las leyes penales que rigen en la República. Sentencia del 9 de febrero de 1916. B. J., 67-70. Páginas 1-2.

#### **1.4. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA TERCERA REPÚBLICA**

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

Influenciados, quizás, por las corrientes europeizantes, y en especial de la doctrina de Hans Kelsen, o tal vez como una reacción a la mancha norteamericana que registraba la sociedad nacional, el constituyente de 1924, al señalar en el artículo 61 y entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, disponer, en el numeral 5: “Decidir en primera y última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones

y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia entre partes ante cualquier tribunal, el cual, en este caso, deberá sobreseer su decisión sobre el fondo hasta después del fallo de la Suprema Corte de Justicia, y en interés general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados en la presente Constitución”.<sup>19</sup>

De este modo se le atribuyen a este máximo tribunal las facultades propias de un Tribunal Constitucional y se consagra el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de la ley, suprimiéndose el control difuso que hasta ese momento había prevalecido. Es importante acotar aquí que el ejercicio de esta acción conllevaba que el tribunal en el cual se planteaba el asunto de inconstitucionalidad estaba obligado a sobreseer el conocimiento del asunto de que estaba apoderado hasta tanto la Suprema Corte de Justicia decidiera sobre el mismo, pues este recurso tenía un efecto suspensivo de la aplicación de la ley atacada.

La experiencia vivida con este sistema, el abuso que de este hicieron los letrados y abogados, quienes como acción retardataria de los procesos recurrían contra cualquier ley en un recurso de inconstitucionalidad, dio al traste con estas atribuciones. De esa época se pueden citar algunas decisiones interesantes, como lo es la siguiente, en la que se procede a la ponderación de los derechos fundamentales al trabajo y la libertad de cultos.

**Acción en inconstitucionalidad contra la ley al cierre.** “En el recurso de inconstitucionalidad promovido por el señor M. Medina, mayor de edad, comerciante, del domicilio y residencia de la sección de Yaguata, de la común de San Cristóbal, basado en que el Decreto N.º 175 (Ley de Cierre), es inconstitucional por ser atentatoria a la libertad del trabajo garantizada por la Constitución.

La Suprema Corte, después de haber deliberado, y visto los artículos 6, incisos 2 y 3, y artículo 66, inciso 5, de la Constitución; y la ley N.º 175 de fecha 26 de mayo de 1925:

Que el señor M. M., comerciante, del domicilio y la residencia de la sección de Yaguata de la Común de San Cristóbal, fue sometido al Juzgado de Simple Policía, ‘acusado de tener en hora inhábil abiertas

---

19 Constitución Política de República Dominicana. [Const]. Tomo II. 1924. (República Dominicana).

las puertas de su establecimiento comercial'; que el señor M. Ma. Vélez, en representación del acusado pidió que en virtud de que el Decreto N.º 175 o Ley de Cierre, es atentatoria a libertad del trabajo garantizada por la Constitución Política del Estado, solicitaba que la Alcaldía sobreseyese esta infracción hasta que la Suprema Corte de Justicia resuelva sobre la constitucionalidad del Decreto N.º 175, que acogiendo el pedimento del acusado, el Alcalde decidió sorber el asunto; y, en consecuencia, fue remitido a la Suprema Corte de Justicia el expediente del caso.

Que la Constitución, por el inciso 5 de su artículo 61 da a la suprema Corte de Justicia la atribución de 'decidir en primera y última instancia, sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia, entre partes ante cualquier tribunal', caso en el cual el tribunal deberá sobreseer su decisión 'hasta después del fallo de la Suprema Corte' y 'en interés general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados por la Constitución'.

Que en el caso del señor M. M., no hubo controversia judicial entre partes, sino que el acusado alegó que la ley, por cuya infracción se le perseguía, es atentatoria a la libertad del trabajo que es uno de los derechos que consagra la Constitución como inherente a la personalidad humana; que por tanto, no era el caso en que conforme al inciso 5 del artículo 81 de la Constitución, es obligatorio para los tribunales sobreseer la decisión del asunto hasta después del fallo de la Suprema Corte de Justicia; pero que, como no hay procedimiento establecido para que este Supremo Tribunal dedica en interés general, sobre la constitucionalidad de las leyes, los derechos, las resoluciones y los reglamentos atentatorios a los derechos individuales que consagra la Constitución, debe admitirse el asunto en la forma en la cual ha sido sometido a la Suprema Corte de Justicia.

Que la Constitución consagra, en su artículo 6, como derechos individuales inherentes a la personalidad humana, entre otros, la libertad del trabajo, de la industria y del comercio; y libertad de conciencia y de cultos.

Que al decir la Constitución que se consagran como inherentes a la personalidad humana los derechos enumerados en el artículo 6, los

hace inaccesibles a la acción de los Poderes Públicos; y, por tanto, el uso de esos derechos es legible, pero que eso no implica que los individuos puedan usar de esos mismos derechos sin respeto a los derechos ajenos, y en contra del orden público o en perjuicio del interés social; porque entonces el uso degenera en abuso, y el Poder Público puede y debe intervenir, bien sea para evitar conflictos entre los individuos o para sancionar las transgresiones del derecho de unos por el abuso que hagan otros de sus propios derechos, o en defensa del orden público o del interés social, que es lo que ocurre en el caso de las reglamentaciones del tránsito en las vías o sitios públicos; en el castigo de los delitos de la palabra o de la prohibición a los particulares de la manufactura o venta de ciertos productos, y otros ejemplos que pudieran citarse.

Que la Ley N.º 175, llamada Ley del Cierre, impone, por su artículo 1.º a los establecimientos comerciales, industriales y fabriles la obligación del cierre “durante el día domingo y durante los días de fiesta legalmente establecidos”; y por el mismo artículo permite a los establecimientos de detalle de provisiones y las barberías que abran sus puertas los días no laborables, hasta la diez de la mañana, y que los mercados públicos para la venta de carnes, pescados, aves, legumbres, frutas, y las carnicerías están abiertas en esos días hasta la doce meridiano.

Que la abstención del trabajo en los domingos y otros días de fiesta es un precepto de carácter religioso que no puede ser convertido: en una ordenación de la ley civil, desde el momento en que la Constitución consagra la libertad de conciencia y la libertad de cultos; y eso es lo que hace la Ley N.º 175 al imponer el cierre a los establecimientos comerciales, industriales y fabriles durante el día domingo, y durante los días de fiestas religiosas, declarados días de fiesta legal.

Que por lo que respecta a oficinas y mercados públicos, es claro que las autoridades legislativa y municipal pueden, según el caso, determinar los días y las horas de trabajo; pero ninguna autoridad está capacitada para fijarles a los individuos el número de días de la semana y de horas del día que pueden dedicar al trabajo sin violar el derecho de la libertad del trabajo, y eso es lo que hace la Ley N.º 175 cuando fija las horas durante las cuales pueden permanecer abiertos al público ciertos establecimientos comerciales e industriales sin que tal limitación de las horas de trabajo se justifique por ninguna

necesidad del orden público, del interés social o de defensa de los derechos individuales.

Por tales motivos, la Suprema Corte de Justicia decide que la Ley N.º 175 es inconstitucional por atentatoria a los derechos de libertad de conciencia y de cultos, del trabajo, de la industria y del comercio consagrados como inherentes a la personalidad humana por el artículo 6 de la Constitución”. Sentencia del 30 de abril de 1926. B. J. núm. 189. Páginas 11-20. Sentencia del 24 de abril de 1926, B. J., núm. 189. Páginas 11-15.

**Acción en inconstitucionalidad.** “Que según la redacción del inciso 5.º del artículo 61 de la Constitución es evidente que la Suprema Corte de Justicia no puede decidir sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, en interés general, sin que haya habido controversia judicial, sino cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones o reglamentos que menoscaben o tiendan a menoscabar los derechos individuales, esto es, los derechos que la Constitución consagra en su artículo 6 como “inherentes a la personalidad humana”; y que son: 1º. Inviolabilidad de la vida; 2º. La libertad del trabajo, de la industria y del comercio; 3º. La libertad de conciencia y de cultos; 4º. La libertad de enseñanza; 5º. El derecho de expresar el pensamiento por cualquier medio, sin previa censura; 6º. La libertad de asociación y de reunión lícitas, sin armas; 7º. El derecho de propiedad; 8º. La inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados; 9º. La inviolabilidad del domicilio; 10º. La libertad de tránsito; 11º. La propiedad exclusiva de los inventos y descubrimientos y de las producciones científicas, artísticas y literarias; 12º. La seguridad individual:

Que de los textos constitucionales antes citados resulta que no basta que una ley, un decreto, resolución o un reglamento sea inconstitucional, o contenga disposiciones contrarias a la Constitución, para que sea inconstitucional o contenga disposiciones contrarias a la Constitución, para que su inconstitucionalidad pueda ser objeto de una decisión de la Suprema Corte de Justicia, en interés general; sino que es absolutamente necesario que la ley, decreto, resolución o reglamento sea atentatorio a los derechos individuales que la Constitución consagra. Que los recurrentes en el presente recurso de inconstitucionalidad no señalan ningún texto de la Ley electoral ni de la que la reforma o enmienda, que sea atentatorio a ninguno de los derechos individuales enumerados en el artículo



6 de la Constitución; que son aquellos a los cuales se refiere el inciso 5.º del artículo 61 puesto que son esos los que la Constitución consagra; que la disposición del artículo 7 de la Constitución que dice que la enumeración contenida en el artículo 6 no es limitativa y, por lo tanto, no excluye la existencia de otros derechos de igual naturaleza, no puede referirse a los ‘derechos exclusivos de los ciudadanos’ que son, según el artículo 10 de la Constitución: 1º, el de elegir; 2º, el de ser elegido para las funciones electivas, puesto que la misma Constitución los establece como distintos de los derechos individuales, inherentes a la personalidad humana.

Considerando que, si como lo afirman los recurrentes de los artículos 4 y 128 de la Ley electoral, se desprende que las Juntas Electorales tienen ‘la facultad plena de juzgar sin el control a que están sujetos los tribunales del orden judicial, a que se refiere el artículo 57 de la Constitución’; ello no constituye un atentado contra ninguno de los derechos individuales enumerados en el artículo 6 de la Constitución”. Sentencia del 9 de agosto del 1926, B. J., N.º 193, Pág. 4-6.

“Que según la redacción del inciso 5.º del artículo 61 de la Constitución, es evidente que la Suprema Corte de Justicia no puede decidir sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, en interés general, sin que haya habido controversia judicial, sino cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones o reglamentos que menoscaben o tiendan a menoscabar los derechos individuales, esto es, los derechos que la Constitución consagra en su artículo 6 como “inherentes a la personalidad humana”; y que son 1º. Inviolabilidad de la vida; 2º. La libertad del trabajo, de la industria y del comercio; 3º. La libertad de conciencia y de cultos; 4º. La libertad de enseñanza; 5º. El derecho de expresar el pensamiento por cualquier medio, sin previa censura; 6º. La libertad de asociación y de reunión lícitas, sin armas; 7º. El derecho de propiedad; 8º. La inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados; 9º. La inviolabilidad del domicilio; 10º. La libertad de tránsito; 11º. La propiedad exclusiva de los inventos y descubrimientos y de las producciones científicas, artísticas y literarias; 12º. La seguridad individual.

Que de los textos constitucionales antes citados resulta que no basta que una ley, un decreto, resolución o un reglamento sea inconstitucional, o contengan disposiciones contrarias a la Constitución, para que sea inconstitucional o contenga disposiciones contrarias a la Constitución, para que su inconstitucionalidad pueda

ser objeto de una decisión de la Suprema Corte de Justicia, en interés general; sino que es absolutamente necesario que la ley, decreto, resolución o reglamento sea atentatorio a los derechos individuales que la Constitución consagra. Que los recurrentes en el presente recurso de inconstitucionalidad no señalan ningún texto de la Ley electoral ni de la que la reforma o enmienda, que sea atentatorio a ninguno de los derechos individuales enumerados en el artículo 6 de la Constitución; que son aquellos a los cuales se refiere el inciso 5º del artículo 61 puesto que son esos los que la Constitución consagra; que la disposición del artículo 7 de la Constitución que dice que la enumeración contenida en el artículo 6 no es limitativa y, por lo tanto, no excluye la existencia de otros derechos de igual naturaleza, no puede referirse a los 'derechos exclusivos de los ciudadanos' que son según el artículo 10 de la Constitución: 1º, el de elegir; 2º, el de ser elegido para las funciones electivas, puesto que la misma Constitución los establece como distintos de los derechos individuales, inherentes a la personalidad humana.

Considerando que, si como lo afirman los recurrentes de los artículos 4 y 128 de la Ley electoral se desprende que las Juntas Electorales tienen "la facultad plena de juzgar sin el control a que están sujetos los tribunales del orden judicial, a que se refiere el artículo 57 de la Constitución"; ello no constituye un atentado contra ninguno de los derechos individuales enumerados en el artículo 6 de la Constitución". Sentencia del 9 de agosto de 1926, B. J., núm. 193. Páginas 4-6.

## 1.5. PRIMERA REFORMA CONSTITUCIONAL TERCERA REPÚBLICA

Bajo el pretexto de la retranscripción que el precitado ordinal 5 del artículo 63 de la Constitución de 1924, para el desarrollo de la tarea de impartir justicia, pero animado básicamente por el afán de permanecer en el poder, el presidente Horacio Vásquez promueve una reforma a la Constitución de la III República, proclamada en fecha 23 de abril del 1927, que trae consigo la modificación al precitado texto, consagrándose en el artículo 61 del nuevo texto, y dentro de las facultades de la Suprema Corte de Justicia, en su ordinal 5.º: "Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia entre partes". Y en el ordinal 3.º: "Conocer en primera y íntima instancia de los asuntos que litiguen entre sí el Estado y los municipios".

De esta manera se volvió al sistema de control mixto que fue consagrado en la Reforma de 1908. Este mismo sistema se mantuvo en la Reforma del 9 de enero de 1929, y en la del 20 de junio de ese mismo año. En esta última se adoptó el concepto de *jus solis* como sistema atributivo de nacionalidad en lugar del *jus sanguini*, vigente hasta ese momento, que se mantuvo tan solo para los hijos de dominicanos nacidos en el extranjero<sup>20</sup>. Y así en la Reforma Constitucional del 15 de junio de 1927, cuyo propósito fundamental fue la extensión del mandato del presidente Horacio Vásquez, a dos años más, se eliminó dicho artículo, y se volvió al sistema difuso de control constitucional.

Los redactores de dicha reforma consagran en el artículo 40 del nuevo texto la supremacía de la Constitución, y en el ordinal 5 del artículo 61 vuelven a la fórmula de la Constitución de 1927 al confiar a la Suprema Corte “decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos en todos los casos en que sea materia de controversia entre partes”.<sup>21</sup>

Las revisiones sucesivas del 9 de enero de 1929 y del 9 de junio de 1934 en nada alteran el status que consagró la Reforma de 1927 sobre el control difuso de la constitucionalidad. La reforma que al texto constitucional del 1934 fue realizada el 10 de enero de 1942, sin embargo, y sin que exista ningún fundamento jurídico que lo sostenga, elimina de las funciones de la Suprema Corte de Justicia, el ordinal 5.º de la Constitución de 1927 y que la facultaba a decidir como tribunal máximo y en última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos; no obstante, en su artículo 40 proclaman la supremacía del texto constitucional al disponer “serán nulos de pleno

---

20 Disponía la Constitución del 9 de enero del 1929: “Art. 8º. Son dominicanos: 1.º) Las personas que al presente gozaren de esta calidad en virtud de Constituciones y leyes anteriores; 2.º) Las personas nacidas en el territorio de la República, o en el extranjero, de padres dominicanos; 3.º) Las nacidas en la República de extranjeros nacidos en la República; 4.º) Las nacidas en la República de padres extranjeros siempre que, a su mayor edad, estén domiciliadas en la República, a menos que no declaren dentro del año haber adquirido la mayor edad, que no desean adquirir la nacionalidad dominicana, y prueben que han conservado la de su padre. Perderán este derecho de opción si antes de esa edad han ejercido en la República derechos de ciudadano; 5.º) Los nacidos en el territorio de la República de padres desconocidos o de nacionalidad desconocida; 6.º) Los naturalizados según la Constitución y las leyes. A ningún dominicano se le reconocerá otra nacionalidad sino la dominicana mientras resida en el territorio de la República. La mujer dominicana casada con un extranjero adquirirá la nacionalidad de su marido, siempre que la ley de este así lo establezca. De lo contrario, conservará la nacionalidad dominicana.

21 Constitución Política de la República Dominicana. [Const.]. Reformas constitucionales. 1844-1942. Edición del Gobierno Dominicano, 1944 (República Dominicana).

derecho toda ley, decreto, reglamento y actos contrarios a la presente Constitución”, redacción símil que empleará el constituyente de 1996.

“Las reformas constitucionales, en efecto, no se justifican sino cuando responden a una verdadera necesidad”. Informe de la Comisión de la Asamblea revisora para estudiar el proyecto del Honorable señor presidente de la República”.<sup>22</sup> La enmienda constitucional verificada en el 1947, proclamada el 19 de enero, en su artículo 40 consagra la supremacía del texto constitucional al declarar “serán nulos de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento y actos contrarios a la presente Constitución”; sin embargo, no contempla ningún mecanismo para hacer valer este mandato.<sup>23</sup>

Convocada nueva vez la Asamblea Revisora, por el presidente de la República, esta proclama en la “ciudad benemérita” de San Cristóbal, el 1° de diciembre de 1955, un nuevo texto constitucional, el cual en su artículo 45 reproduce la fórmula anteriormente citada. Mantiene el sistema de control difuso de la Constitución, no obstante; y, al igual que en la reforma de 1947, la obligación de los funcionarios públicos al prestar juramento de “respetar la Constitución y las leyes, y de desempeñar fielmente su cometido...”.<sup>24</sup>

En la Reforma del 29 de junio de 1960 llama la atención que en este nuevo texto legal, en su artículo 1 se suprime el gentilicio “dominicano” por el de “el pueblo de Santo Domingo”, al referirse a quienes constituyen el Estado conocido con el nombre de República Dominicana. La referida revisión, así como las sucesivas del 2 de diciembre de 1960, del 29 de diciembre de 1961, y la del 16 de septiembre de 1962, en nada modifican el sistema de control de constitucionalidad. El control difuso es el régimen imperante por tradición, mas no por la legislación.

La Constitución del 29 de abril de 1963 trajo al país aires muy liberales para la época. Los constituyentes de 1963, imbuidos por las ideas de la Revolución Cubana, dan al país una Constitución que provocó, cinco meses más tarde, la caída del Gobierno Constitucional y la abrogación de dicho texto para proclamar la vigencia de la Constitución de 1962. Como novedades interesantes en este texto de 1963, se consagra la fórmula que las constituciones anteriores al régimen de Trujillo habían adoptado en

---

22 Íd.

23 Íd.

24 Íd.

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

## **1.6. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CUARTA REPÚBLICA**

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

Esta situación habría de cambiar radicalmente al producirse en el 1994, la reforma de la Carta Magna, que es proclamada el 14 de agosto de ese año. Se le atribuyen como funciones y atribuciones propias de la Suprema Corte de Justicia, en el artículo 67 ordinal 1 “conocer... de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada”. Así se instaura el sistema concentrado de control constitucional, el control difuso que, tradicionalmente y sin apoyo de texto legal alguno, se venía aplicando desde el principio del siglo XX.

Al respecto, ha sido juzgado que:

Que no obstante, cuantas veces se plantee ante cualquier tribunal una cuestión de constitucionalidad, como lo ha sido en la especie, no puede invocarse eficazmente el texto de una ley adjetiva, como lo es en este caso el artículo 127, modificado del Código de Procedimiento Criminal, con el objeto de privar a la Suprema Corte de Justicia de decir la última palabra en lo que se refiere a la acción principal en inconstitucionalidad de las leyes, cuya competencia es exclusiva de la Suprema Corte de Justicia, en virtud de lo que dispone el artículo 67 inciso 1 de la Constitución de la República, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o acto como medio de inadmisión o de defensa, tiene competencia y está

en el deber de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al resto del caso. Sentencia 6, 14 de agosto de 1995. B. J., núm. 1017. Páginas 137-138.

Si bien, y en principio, la Suprema Corte de Justicia fue sumamente conservadora al interpretar el precitado artículo 67, en cuanto a quiénes eran los titulares de la acción directa en inconstitucionalidad, tal como se evidencia en la sentencia de fecha 1.º de septiembre de 1995, B. J., núm. 1018, este criterio fue superado posteriormente con la decisión del 6 de agosto de 1999, que dando un paso de avance estableció:

Por otra parte, que en armonía con el Estado de derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que le sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre estos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho a demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa debe entenderse por «parte interesada» aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria, Sentencia N.º 1 del 6 de agosto del 1998, B. J., N.º 1053, páginas 6-20.<sup>25</sup>

Con lo anteriormente expuesto se reconoce la posibilidad de cualquier ciudadano de atacar por la vía de este recurso cualquier ley, decreto, reglamento, resolución y ordenanza de uno de los Poderes Públicos por la vía principal y por ante la Suprema Corte de Justicia dicha disposición. Sin embargo, no podría ser atacado a través de este recurso un acto de la Administración, que siendo atentatorio contra algún precepto constitucional lesione el interés particular de un habitante de la República por esta vía, sino que es a través del Recurso de Amparo que, por sentencia núm. 9 de fecha 24 de febrero de 1999, B. J., núm. 1089, fue puesto en vigencia al establecer el procedimiento a ser observado para ejercerlo.

---

25 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

Desde el año 1994 al 2011, se empezaron a trazar los nuevos senderos. No obstante, es de observarse que esta labor puede ser considerada tímida y, en ocasiones, contradictoria. Es preciso destacar en este período algunas importantes sentencias que evidencian el avance del pensamiento constitucional de nuestra Alta Corte. Muchos de sus precedentes serán adoptados posteriormente por el Tribunal Constitucional.

No obstante, se puede afirmar que el pensamiento legal centrista francés, bajo el cual fuimos formados, se mantiene muy vigente en el pensamiento jurídico de nuestros juzgadores, tanto de las Altas como de las Bajas Cortes, a pesar del impulso que en la formación de estos actores se ha experimentado en los últimos años, respecto de su formación en el ámbito constitucional.

Cabe destacar que el método de la ponderación de derechos, como forma de interpretar los derechos fundamentales en conflictos, método que desde la propia legislación adjetiva ha sido en muchos casos empleado por el legislador, ha estado presente en nuestro sistema de justicia, a fin de -como dispone el artículo 74 de la vigente Constitución-: “Armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”. Igualmente, se puede afirmar que, contrario a lo que sucede en otros países, el legado jurisprudencial de nuestra Suprema Corte de Justicia en funciones de Corte de Casación, es un rico acervo para el Tribunal Constitucional y fuente para abreviar en esta.

## **1.7. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 26 DE ENERO DE 2010**

La reforma que fuera proclamada el 25 de julio del 2002 se produjo sin que se modificaran las disposiciones del precitado artículo 67, y esta Constitución fue derogada por la nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, por la cual se crea el Tribunal Constitucional como órgano supremo, asignándoles las tareas esbozadas a continuación:

**Artículo 184. Tribunal Constitucional.** Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables, y constituyen precedentes vinculantes para los Poderes Públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

De su lado, así reza esta parte:

**Artículo 185. Atribuciones.** El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados, y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido; 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) Los conflictos de competencia entre los Poderes Públicos, a instancia de uno de sus titulares; 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

Asimismo, en el Artículo 188 se consagra lo siguiente: “Control difuso. Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento”. En esta se amplía el catálogo de los derechos fundamentales, guiándose de la Constitución española de 1978; y se crean figuras novedosas, como la del Defensor del Pueblo.

En su artículo 68 se consagra un principio vinculante y obligatorio para todos los Poderes del Estado al proclamarse lo siguiente:

**Artículo 68. Garantías de los derechos fundamentales.** La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

A fin de asegurar esta obligación se consagran los siguientes recursos o acciones:

**Artículo 70. Hábeas data.** Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquellos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.



**Artículo 71. Acción de hábeas corpus.** Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.

**Artículo 72. Acción de amparo.** Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades. Párrafo. Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.

Cabe señalar que ya en la acción de amparo de nuestro sistema adjetivo existe el referimiento, una acción efectiva, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, para tutelar derechos fundamentales.

Finalmente, en el artículo 73, se reafirma la supremacía de la Constitución al disponerse lo siguiente: “Nulidad de los actos que subvierten el orden constitucional. Son nulos de pleno derecho los actos emanados de autoridad usurpada, las acciones o decisiones de los Poderes Públicos, las instituciones o las personas que alteren o subvierten el orden constitucional y toda decisión acordada por requisición de fuerza armada, principio vinculante y de aplicación directa por los tribunales nacionales”.

En los “Principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales” están expresamente consagrados en el artículo 74 de la propia Constitución, cuyo contenido es el siguiente:

**Artículo 74. Principios de reglamentación e interpretación.** La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se

rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza; 2) Solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad; 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; 4) Los Poderes Públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

En resumen, se puede afirmar que en nuestra historia constitucional ha sido una constante la proclama de la Supremacía de Ley Sustantiva de la nación, y que si bien el texto de la Constitución de la Primera y Segunda República se consagraba el mandato de que no se podía aplicar ninguna ley contraria a la misma, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma le correspondía al Poder Legislativo, no a los tribunales de la República, por mantenerse vigente e invariable, hasta la Reforma de 1909, la atribución del Poder Legislativo, por aplicación de la máxima de la Revolución francesa de que la ley es la máxima expresión del pueblo: “Interpretar las leyes y decretos y, en caso de duda u oscuridad, suspenderla o revocarlas”.

Con la Reforma de 1908, esta situación cambió y se reconoció la potestad de los jueces (de poder y oficio) de declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando estas cogiesen con el mandato de la Constitución.

La Tercera República nos trajo el sistema concentrado de inconstitucionalidad de la ley, confiriéndole esa facultad a la Suprema Corte de Justicia, y las posteriores reformas de la Constitución de 1924; transitó el control difuso al control concentrado; y terminó como una cuestión de hecho, con el control difuso como regla.

Finalmente, en la Cuarta República, ese *status quo* se mantuvo hasta la Reforma Constitucional de 1994, con la cual se proclamó como sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, el sistema dual de sistema concentrado y el sistema difuso.

Empero, con la Reforma del 26 de enero de 2010, el panorama cambió totalmente y adoptamos un sistema pleno de control de la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos y actos emanados de uno cualquiera de los Poderes del Estado, adoptándose el sistema de control concentrado, el sistema de control difuso y el sistema de control previo de constitucionalidad, otorgándosele dichas atribuciones a los jueces del orden judicial y a los del Tribunal Constitucional.

## **2. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

### **2.1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN INCONSTITUCIONALIDAD**

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

En ocasiones ambas acciones están íntimamente ligadas, pues tienden y tienen por propósito fundamental hacer prevalecer los principios y valores constitucionalmente consagrados y protegidos; sin embargo, son diferentes en cuanto a sus efectos y campo de aplicación. En este sentido se entendería por acción en inconstitucionalidad toda demanda que tienda a hacer respetar y mantener la supremacía de la Constitución sobre las leyes, incluyendo los tratados y convenciones internacionales, los decretos, reglamentos, resoluciones y actos contrarios a esta. De igual modo, cuando se haya violentado o se amenace con hacerlo, cualquier derecho que la Constitución le reconozca como ser humano, o para hacer cesar cualquier situación de ilicitud constitucional, o que constituya una turbación manifiesta a cualquiera de los derechos fundamentales que esta consagra, y que se halle plasmado en una ley,

decreto, resolución, reglamento o acto que emane de cualesquiera de los poderes del Estado.

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

Las vías para hacer valer estos derechos están señalados expresamente tanto por la misma Constitución, como por las leyes adjetivas, y por los tratados internacionales. En nuestro sistema distinguimos los siguientes recursos de garantía constitucional: uno establecido expresamente por el artículo 71, y como secuela del derecho a la libertad y seguridad personal, consagrado por el artículo 40 de la Constitución, el de Habeas Corpus; mientras que, conectando con el derecho consagrado en el artículo 44 del mismo texto constitucional, el derecho a la intimidad y el honor personal, en su artículo 70, consagra el recurso o acción de Habeas Data.

En el artículo 69 de la Constitución la “Tutela judicial efectiva y debido proceso” se contempla que en el artículo 53 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, G.O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011, se establezca el Recurso de Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales. En lo que a la protección efectiva de los derechos fundamentales respecta, en el artículo 72 de la Constitución, cónsono con las disposiciones del Convenio de San José o Convención Americana de los Derechos Humanos, se hace valer derechos fundamentales protegidos frente a la acción en desconocimiento de los mismos por parte del Estado; y, por último, está el Referimiento.

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

Es obligación de todo juez hacer cumplir las disposiciones del artículo 6 de la Carta Magna, sin distinguir si se trata de un nacional

o de un extranjero, ni de si este está legal o ilegalmente en el país. Lo importante es que se trata de un ser humano, donde la Supremacía de la Constitución, declare la nulidad de pleno derecho de “toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a esta Constitución”.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, ha juzgado “que, asimismo, de conformidad con los principios de nuestro derecho constitucional, todo tribunal ante el cual se alega la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al caso”, Sentencia núm. 19, 31 de marzo del 1989, B. J., núm. 940-941. Página 361; y Sentencia núm. 4 del 12 de abril de 1989, B. J., núm. 940-941. Página 426.

Y en otra decisión se puede observar:

Que a pesar de que las disposiciones del artículo 67 de la Constitución de la República otorgan facultad a la Suprema Corte de Justicia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes, facultad esta que es exclusiva del más alto tribunal de justicia, cuando se encamina como una acción principal en inconstitucionalidad, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, decreto o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber de examinar y ponderar dicho alegato, como cuestión previa al resto del caso, pues el referido artículo 67, al crear un sistema concentrado de control de constitucionalidad, no elimina la obligación de todos los tribunales del país de verificar que la norma jurídica que sirve de fundamento a un litigio puesto a su cargo, está acorde con nuestra carta magna, lo que se deriva de las disposiciones del artículo 46 de la misma que declara nulo toda ley, decreto o acto, que sean contrarios a la Constitución, Sentencia núm. 25, 18 de agosto de 1999, B. J., núm. 1065, páginas 661-662.<sup>26</sup>

## **2.2. CRITERIO REITERADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En lo que respecta a la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, resoluciones y actos de la administración política, como de los actos de los particulares, que atenten o violen los derechos individuales

---

26 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

reconocidos y garantizados por la Constitución, al igual que las vulneraciones que a ellos pueden efectuar, son objeto del Recurso de Amparo de recién introducción en nuestro ordenamiento jurídico al ser puestos en vigor y establecerse el procedimiento para ser puesto en vigencia, reservado exclusivamente a las infracciones o violaciones de las autoridades, como el procedimiento del Referimiento que data de 1978, reservado a las violaciones cometidas por los particulares.

Del primero, la sentencia de la Corte de Casación dominicana, del 24 de febrero de 1999, refiere:

A que como se puede advertir de la lectura de los textos anteriormente transcritos, se trata de disposiciones que tienen por objeto la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la misma convención, contra los actos violatorios de esos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de sus funciones oficiales o por particulares; que contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto en favor de toda persona contra los actos que violen sus derechos fundamentales, 'aunque tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales'. Evidentemente incluye entre estas a las funciones judiciales; que si bien esto es así, no es posible, en cambio, que los jueces puedan acoger el amparo para revocar por la vía sumaria de esta acción lo ya resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, sin que se produzca la anarquía y una profunda perturbación en el proceso judicial, por lo que tal vía queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional, del Poder Judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción, o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido.

A que si bien el artículo 25.1 de la citada Convención prescribe que el recurso de amparo debe intentarse ante los jueces o tribunales

competentes, y si también es cierto que la competencia para este recurso no está determinada por nuestro derecho procesal ni por ley especial alguna, como sí ocurre con la ley de Habeas Corpus, que atribuye competencia y reglamenta la forma de proceder para proteger la libertad física o corporal del ciudadano, no es menos cierto que como el recurso de amparo constituye el medio o procedimiento sencillo, rápido y efectivo creado para todos los derechos consagrados en la Constitución y otras leyes, excepto aquellos protegidos por el Habeas Corpus, ningún juez podría, si a él se recurre por una alegada libertad constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de la ley que reglamente la acción ejercida; que si es válido que para la protección de los derechos se debe tener un medio, un camino especial que los haga efectivos, la Suprema Corte de Justicia está facultada, empero, para determinarlo cuando por omisión del legislador no se ha establecido el procedimiento adecuado; que no obstante ser de principio que solo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que ponga a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir, al tenor del citado artículo 25.1, que cualquier juez o tribunal del orden judicial, podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegalidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana, pero como ello traería consigo una competencia antojadiza y confusa de las consideraciones que anteceden resulta evidente la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con las atribuciones que le confiere el inciso 2 del artículo 29 de la Ley N.º 821, de Organización Judicial, determine la competencia y el procedimiento que deberá observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo, Sentencia Pleno núm. 9, 24 de febrero de 1999, B. J., núm. 1059. Páginas 81-85.<sup>27</sup>

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

---

27 Íd.

El artículo 110, de la Ley núm. 834, de 1978, parece no dejar lugar a dudas sobre el alcance y extensión de esta vía de protección efectiva. Este texto legal dispone que no es excluyente, ni puede reputarse como excluyente, de la protección efectiva de los derechos fundamentales, haciendo prevalecer la Constitución y sus principios generales, que: “El presidente (del Tribunal de Primera Instancia) puede siempre prescribir en referimiento las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita”.

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

Sin embargo, es preciso aclarar que, en modo alguno, ambos son excluyentes, puesto que el juez podrá, siempre y aun de oficio, y mientras instruye el recurso de amparo, ordenar, como medidas provisionales y urgentes, todas aquellas que tiendan a hacer cesar la causa que motiva la acción de amparo de que haya sido apoderado. Esto así, porque en virtud de uno de los principios que rigen el derecho constitucional, consagrado en el artículo 68 de la misma Constitución, es el de hacer prevalecer la Constitución sobre las leyes adjetivas, sea un decreto, un reglamento, una resolución o cualquier acto que rija el caso.

Se puede, en resumen, afirmar entonces que la acción en inconstitucionalidad de una ley, decreto, resolución, reglamento o acto, puede ser ejercida por los particulares, bien sea contra la Administración, por el Recurso de Amparo, por la vía del Referimiento, por un incidente en inconstitucionalidad en el curso de un litigio o por la acción principal en inconstitucionalidad por ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia. También por el Habeas Corpus, cuando se trate de privación de libertad, según sea el derecho vulnerado o la violación de un precepto constitucional.



Estas acciones y recursos han sido complementados por las disposiciones de la Ley núm. 107-13 sobre los “Derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo”, G. O., núm. 10722, del 8 de agosto de 2013, que contempla diversos recursos para la prevalencia de los principios superiores de la Constitución en el ámbito de las relaciones que se dan entre la Administración y el Administrado.

### **2.3. LOS DIFERENTES MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

El análisis de los sistemas de control constitucional en los países occidentales evidencia la existencia de dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de la ley: por un lado, los que el profesor Juan Manuel Pellerano Gómez, en su obra “El control judicial de la constitucionalidad” ha denominado “El sistema europeo y el sistema Americano, cuyas características particulares dimanar de las funciones que corresponden al juez en el derecho continental europeo, diferentes de las que tiene en derecho norteamericano”<sup>28</sup>.

El sistema europeo, tradicionalmente llamado sistema concentrado, y que tiene su origen en la Revolución Francesa, como “una reacción a los poderes reglamentarios de las Cortes en el antiguo derecho, según el cual está subordinado rigurosamente a la ley”, tuvo gran impulso con las ideas del jurista austríaco Hans Kelsen, propulsor de la creación de una jurisdicción especializada, que se sitúa por encima de los tres Poderes tradicionales del Estado, independiente de estos, y cuya principal función es la de preservar la supremacía de la Constitución frente a los Poderes instituido por esta, y que en la mayoría de los casos se corresponde con el tribunal de garantías constitucionales. Este, a su vez, que comporta diversas modalidades, se caracteriza porque tiene el monopolio de la declaratoria de la constitucionalidad o no de las leyes.

Conforme las organizaciones particulares de cada país, bajo este sistema las acciones pueden verificar las siguientes modalidades: a) sistema preventivo, que es el que impera en Francia, y por el cual una vez aprobada la ley, por el órgano legislativo, y previo a su promulgación, el texto es sometido al análisis por parte del Tribunal Constitucional

---

28 Pellerano, J. M. (1998). *El control judicial de la constitucionalidad. Breviario 4. Asociación Hipólito Herrera Billini*. Editorial Capel Dominicana.

para verificar su conformidad o no con ese texto y con los tratados internacionales supranacionales, lo que impide que una vez promulgada la ley, o pasado el examen previo, se pueda plantear en ninguna instancia la no conformidad de dicha ley con los textos superiores; y, por otro lado, b) el denominado control a posteriori, en el cual el control se ejerce sobre una ley o norma ya aprobada y promulgada y que haya adquirido obligatoriedad *erga omnes*.

En este último caso, el juez conserva en todo momento la iniciativa y de oficio de realizar una consulta al Tribunal Constitucional, cuando surge la duda sobre la constitucionalidad o no de la ley llamada a aplicar, previo sobreseimiento del caso que conoce; sistema que no ha sido extraño a nuestro sistema jurídico, si evocamos la Constitución de 1844 y las reformas sucesivas y constitucionales hasta el 1907, revisiones que establecieron -y entre las facultades reconocidas- a la Suprema Corte de Justicia: “Declarar cual sea la ley vigente, cuando alguna vez se hallen en colisión”, y en especial la Constitución de 1924.

Sin embargo, la facultad de las partes de apoderar directamente a dicho Órgano de un recurso sobre constitucionalidad o no de una ley, decreto, reglamento, resolución o acta administrativa, a través de la denominada “acción popular”, no es posible en muchos de esos sistemas, como lo es en el caso del derecho español.

Bajo el sistema concentrado, el efecto inmediato de la declaratoria de inconstitucionalidad es la nulidad de dicha ley y su extrañamiento del sistema, con un efecto *erga omnes*. Este puede presentar, como en el caso de nuestro país, dos modalidades: el control a priori o preventivo, o sea, antes de que la ley habiendo sido aprobada por el Congreso Nacional sea promulgada por el Poder Ejecutivo sin ejercer contra ella el derecho al veto que le concede la misma Constitución, que puede ser interpretada como otra forma de expresión de la supremacía constitucional, y el cual puede, prescindiendo de estos mecanismos, apoderar a la Suprema Corte de Justicia para que analice la constitucionalidad o no de ese texto.

Este sistema plantea, a nivel teórico, la interrogante de conocer cuál es la suerte y los efectos de una ley que, no habiendo sido promulgada ni vetada en el plazo de ley, y que al amparo de las disposiciones del artículo 101<sup>29</sup> del texto constitucional, se reputan como promulgadas

---

29 Dispone ese artículo lo siguiente: “Artículo 101. Promulgación y publicación. Toda ley

por el presidente de la República, y pueden ser publicadas por cualquier ciudadano cuando no habiéndose verificado tal actuación en el plazo de quince (15) días que otorga la Constitución, que tan obligados estarían los ciudadanos a acatar, si ella es objeto del procedimiento preventivo de la constitucionalidad, teniendo en cuenta que conforme el criterio jurisprudencial de la Corte de Casación Dominicana en su Sentencia núm. 3, de fecha 16-04-99, B.J., núm. 1061, páginas 52-53, “no menos valedero es que esta Suprema Corte de Justicia ha decidido y mantenido el criterio de que la acción en inconstitucionalidad no tiene efecto suspensivo”, ni suspende, por ende, la aplicación de la ley.

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

En tal sentido, la solución vendría dada por decisión de la Suprema Corte de Justicia, y si la ley en cuestión fuese declarada nula por violar disposiciones constitucionales, todas las actuaciones procesales derivadas de estas seguirían la suerte de lo principal, y las modificaciones que se introdujesen al texto constitucional serían declaradas nulas, no inconstitucionales, tal y como lo estableció la sentencia de la Suprema Corte de Justicia el 1 de septiembre de 1995.

En Sentencia núm. 1, B. J., núm. 1018, páginas 165-166, se dispuso lo siguiente:

Las disposiciones de la Constitución no pueden ser contrarias a sí mismas; que las normas constitucionales pueden tener efecto retroactivo y alterar o afectar situaciones jurídicas establecidas conforme a una legislación anterior; que la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional solo tiene por propósito convocar a la Asamblea Nacional, declarar la necesidad de la reforma

---

aprobada en ambas Cámaras será enviada al Poder Ejecutivo para su promulgación u observación. Si éste no la observare, la promulgará dentro de los diez días de recibida, si el asunto no fue declarado de urgencia, en cuyo caso la promulgará dentro de los cinco días de recibida, y la hará publicar dentro de los diez días a partir de la fecha de la promulgación. Vencido el plazo constitucional para la promulgación y publicación de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional, se reputarán promulgadas y el Presidente de la cámara que las haya remitido al Poder Ejecutivo las publicará”.

e indicar los textos de los artículos que se han de modificar, sin que ello impida a la Asamblea Nacional, una vez reunida, decida, en uso de su poder soberano, ampliar o reducir dicha reforma, con la única restricción que resulte del artículo 119 sobre la prohibición de modificar la forma de Gobierno.<sup>30</sup>

El sistema de control a priori fue consagrado por nuestro Máximo Tribunal en la Sentencia del 3 de enero de 2002, B. J., núm. 1093, al admitir el recurso de inconstitucionalidad sometido por el presidente de la República contra la ley que declaró la necesidad de reforma constitucional aprobada por el Congreso Nacional en fecha 23 de diciembre de 2001.

En la referida decisión, la Suprema Corte de Justicia juzgó:

Que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República, dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa disposición ha sido interpretada en sentido lato y, por tanto, comprensiva, al tenor del mandato del artículo 46 de la misma Constitución, además de la ley emanada del Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, de todos los actos que, dentro de sus atribuciones, emitan los Poderes Públicos reconocidos por la Constitución y las leyes; que de ello resulta que si bien una ley del Congreso Nacional, no promulgada ni publicada por el Poder Ejecutivo, no adquiere, en principio, su fuerza obligatoria hasta que tales requisitos hayan sido satisfechos, no menos cierto es que las leyes votadas por el Congreso Nacional, por el hecho de no estar promulgadas y publicadas por el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 55, inciso 2, de la Carta Fundamental del Estado, no dejan de constituir un acto propio, el más característico, del Poder Legislativo, independientemente de que haya recibido o no la sanción que en virtud del canon citado corresponde impartir al presidente de la República; que desde esa perspectiva la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer la acción de que se trata, constituyéndose en la especie en control preventivo de la constitucionalidad de la ley sometida a su examen por el presidente

---

30 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

de la República, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 67, inciso 1, parte *in fine*, de la Constitución, ya citado;

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

Que el artículo 39 de la Constitución de la República dispone que 'Todo proyecto de ley admitido en una de las Cámaras se someterá a dos discusiones distintas, con un intervalo de un día por lo menos entre una y otra discusión. En caso de que fuere declarado previamente de urgencia, deberá ser discutido en dos sesiones consecutivas'; que la ley que declara la necesidad de modificar la Constitución de la República en los artículos ya citados, aprobada por el Congreso Nacional el 23 de diciembre del 2001, fue atacada por la acción del presidente de la República que origina la presente decisión, antes de vencerse el plazo de que dispone para su promulgación, según el artículo 41 de la Constitución, ya que, como se ha visto, la instancia sobre la constitucionalidad de la referida ley, fue introducida el 28 de diciembre del 2001; que, además, la Asamblea Nacional cuya reunión ordena la ley impugnada para que constituida en Asamblea Revisora, dentro de los 15 días siguientes a la publicación de esa ley, proceda a realizar la modificación sobre los textos de la Constitución indicados en la misma, aún no ha tenido lugar; que la referida ley que declara la necesidad de la reforma es una norma jurídica de carácter adjetivo susceptible de ser atacada por una acción directa de inconstitucionalidad, que difiere de las demás leyes votadas por el Congreso Nacional, únicamente,

en que debe ser propuesta con el apoyo de la tercera parte de los miembros de una y otra Cámara, o sometida por el Poder Ejecutivo, y que no podrá ser observada por este;

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

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

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

Que esto le permite retener en la especie, como prueba de la violación del artículo 39 de la Constitución de la República, además del hecho de que en la ley no consta que fuera declarada de urgencia la declaración pública, no desmentida, formulada por el presidente del Senado sobre el particular, la cual aparece en la página 4-A de la edición del Listín Diario N.º 30359, del 30 de diciembre de 2001, en la que reconoce ‘que la pieza legislativa no fue declarada de urgencia, sino que se conoció en primera lectura el 21 y al día siguiente se procedió a su conocimiento en segunda lectura’, lo que obviamente muestra que no se declaró la urgencia previa, para procederse como se hizo, ni se observó el intervalo de un día por lo menos, entre una discusión y otra, para prescindir de la declaratoria de urgencia; que el intervalo a que se refiere el artículo 39 de la Constitución de la República consiste, por lo menos en un día libre para la reflexión, que debe mediar entre la primera y segunda discusión; que como en el caso de la especie las discusiones se produjeron en dos días consecutivos, es evidente que se incurrió en la irregularidad denunciada; que como resultado de todo lo anteriormente expuesto, es evidente que en la aprobación por el Senado de la República de la citada ley, no se cumplieron los trámites constitucionales exigidos por el artículo 39 de la Constitución de la República y, por tanto, procede acoger la instancia de que se trata. Por tales motivos: ‘Primero: Declara no conforme con la Constitución de la República y, por tanto, nula la ley que declara la necesidad de modificar la precitada Constitución de la República en sus artículos 49, 55, 82, 89,90, 117 y 118, del 23 de diciembre del 2001; Segundo: Ordena que la presente sentencia sea comunicada al procurador general de la República y publicada en el Boletín Judicial’, Sentencia del 3 de enero del 2002, B. J., 1093.<sup>31</sup>

El sistema preventivo de forma expresa fue adoptado en el artículo 185 de la Reforma Constitucional del 26 de enero de 2010, el cual dispone: “Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo”.

En ese sentido, cuando el Tribunal Constitucional declara no conforme con la Constitución un tratado o convención internacional firmada por el Poder Ejecutivo, dicho tratado no podrá ser ratificado por el Congreso Nacional, pero si habiéndolo declarado, por el contrario, conforme a la Constitución, esa aprobación previa no implica que el Congreso

---

31 Íd.

Nacional, por ser una facultad reconocida en el artículo 93 y en el literal: “l) Aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo”, pudiendo, aun en el caso de su preaprobación por el Tribunal Constitucional, rechazarlo.

El ejercicio de la acción a posteriori, esto es, luego de haber sido promulgada y publicada la ley, parece no presentar mayores problemas o dudas. En este sistema, las partes o el mismo juez de oficio, pueden promover la inconstitucionalidad de una ley y desechar su aplicación en el caso concreto de que esté apoderado. Al efecto, el artículo 52 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, dispone, siguiendo los principios consagrados en el texto de la Constitución, la facultad de los tribunales de revisar de oficio la constitucionalidad o no de la norma a ser aplicada. Por lo que, dicho texto dispone: “El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento”.

El efecto de esta declaratoria de inconstitucionalidad es relativa y no ha de producir efecto *erga omnes*, sino cuando la sentencia que la pronuncia haya sido recurrida en casación, una de las Cámaras de la Corte Suprema, en funciones de Corte de Casación, comparta el criterio del tribunal que la dictó, admitiéndola y confirmándola en este punto; y, al hacerlo, la decisión en cuestión sea recurrida en Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales contenido en el artículo 53 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales.<sup>32</sup>

A pesar de que, a nivel teórico, se ha cuestionado si la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por una de las Cámaras de la Suprema, efectiva y realmente produce o tiene los mismos efectos que el recurso de inconstitucionalidad por vía principal, esto es lograr la anulación de la ley declarada contraria al texto constitucional, al parecer este es el criterio que prima en Alto Tribunal. Y así, en su sentencia de fecha 22 de agosto de 2001, juzgando como Corte de Casación, la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, estatuyó en el sentido siguiente:

Que si bien por decisión del 29 de noviembre de 2000, esta Corte declaró la no conformidad del artículo 1463 del Código Civil con la

---

32 Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.



Constitución bajo el fundamento de que la disposición en él expresada constituye una discriminación entre el hombre y la mujer divorciada o separada de cuerpo, con relación a los bienes de la comunidad en perjuicio de esta última, por conllevar la misma un atentado al principio de la igualdad de todos ante la ley y a la plena capacidad civil de la mujer casada, contenido en el artículo 8, incisos 5 y 15, letra d) de la Constitución de la República, los efectos de esa declaratoria no son aplicables en la especie, ya que la sentencia impugnada de la Corte de Apelación de San Cristóbal, fue dictada el 11 de mayo de 1993, cuando aún no había sido declarada la inconstitucionalidad mencionada y conservaba todavía todo su imperio lo dispuesto en el aludido artículo 1463; que si es cierto que ya ha sido pronunciada la inconstitucionalidad de la mencionada disposición, no menos valedero es que como esto sobrevino con posterioridad a que el juez de Segundo Grado produjera la decisión atacada. La Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, no la puede tomar en consideración, en razón de que su misión se circunscribe a averiguar solamente si la sentencia que le ha sido deferida ha aplicado correctamente la regla de derecho vigente en el momento en que fue pronunciado el fallo impugnado, Sentencia del 22 de agosto de 2001, núm. 8, B. J., núm. 1089, páginas 85-87. Véase también en este sentido la sentencia del 6 de marzo de 2002, núm. 8, B. J., núm. 1096, páginas 98-99.<sup>33</sup>

## **2.4. EL SISTEMA DOMINICANO**

No cabe dudas de que al identificar el modelo de control de la Constitución en el estadio actual de nuestro derecho, que se trata de un sistema ecléctico o mixto en el que conviven tanto el control concentrado de la Constitución a cargo del Tribunal Constitucional dominicano, como el control difuso a cargo de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales inferiores, con las ventajas aprehendidas del sistema europeo, pero sin la dependencia que muchos de estos someten a los jueces inferiores de formular una consulta al respecto al Tribunal Constitucional, previo a su pronunciamiento, haciendo compromisario a todos los juzgadores del sistema de ser garantes y guardianes de la Constitución.

En este sistema, y contrario a lo que se verifica en otros países, cuando el Tribunal Constitucional es apoderado vía una acción

---

33 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo

popular en inconstitucionalidad contra una ley, decreto, reglamento, resolución o cualquier otro acto emanado de uno de los Poderes del Estado, excluyendo de entre ellos las sentencias de los tribunales, y de conformidad con las disposiciones del artículo 39 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, será preciso que, y solo si el presidente del Tribunal Constitucional considerare que se han cumplido los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad, notificar “el escrito al Procurador General de la República y a la autoridad de la que emane la norma o acto cuestionado, para que en el plazo de treinta días, a partir de su recepción, manifieste su opinión”.<sup>34</sup>

Sin embargo, cuando la excepción de inconstitucionalidad sea promovida de forma incidental en el transcurso del proceso, no es necesario citar a la parte o al órgano estatal de donde emana la decisión impugnada, a los fines de que este pueda ejercer su derecho de defensa y pueda así hacer contradictorio el debate sobre el asunto planteado. No obstante esto, cuando se haya interpuesto un recurso de casación contra la sentencia que haya acogido o rechazado dicha excepción, el expediente contentivo de dicho recurso es tramitado al Procurador General de la República, a los fines de que dé su opinión, la cual, sin embargo, no ata a los jueces de la Corte de Casación, como tampoco, en el caso de la acción concentrada, a los jueces del Tribunal Constitucional.

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

Al efecto, tres decisiones de la Corte Suprema Dominicana son suficientes para verificar que se trata de un criterio sostenido de manera continua y que, si bien fueron adoptados con motivo de los poderes de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes que le fuera otorgado por la Reforma Constitucional de 1994, tienen vigencia en el ámbito del control difuso de la Constitución.

---

34 Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.

Que, contrariamente a lo planteado por el Procurador General de la República en su dictamen, ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia, que es apoderada por instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa facultad constitucional es ejercida por quienes son autorizados, para que esta Corte, en virtud de esa competencia excepcional, juzgue si la ley, decreto, resolución o acto sometido a su escrutinio es contrario o no a la Constitución, sin que estén obligados a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieren resultar eventualmente afectadas, puesto que al conocer la Corte del asunto, lo hace sin contradicción y, por tanto, sin debate, a la vista solo de la instancia que la apodera y del dictamen u opinión, si se produjera, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no impide que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, sometan por escrito a la Suprema Corte de Justicia sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado, ni ninguna otra persona, sino contra una disposición legal argüida de inconstitucionalidad; que esas actuaciones que no incluyen las citaciones, constituye el procedimiento que se observa en esta materia, el cual fue instituido por la sentencia del 1.º de septiembre de 1995, de esta Suprema Corte de Justicia, el que ha seguido observando cada vez que ha tenido la oportunidad de hacerlo, 27 de septiembre de 2000, núm. 7, B. J., núm. 1078, páginas 53-54.

**No obligación de citar al Estado.** A que la ley, decreto, resolución o acto emanado de los Poderes Públicos, como normas sociales obligatorias, no se anulan o derogan mediante un procedimiento judicial que conlleve la citación del órgano emisor de la ley, decreto, resolución o acto de que se trate, pues dichos instrumentos legales se dejan sin efecto o validez, mediante las formas instituidas por la Constitución o la ley; que una de esas formas de anulación se alcanza mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia, apoderada directamente con esa finalidad por el Poder Ejecutivo, por uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional, o por parte interesada, en caso de inconstitucionalidad; que tal como se explica más adelante, no supone en modo alguno el sometimiento a las reglas trazadas por los textos legales invocados por los oponentes.

En cuanto a la necesidad de trazar el procedimiento para el conocimiento de la acción en nulidad por inconstitucionalidad,

denunciada en su instancia por los oponentes, vale decir que la Suprema Corte de Justicia es apoderada por instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o por parte interesada; que esa facultad constitucional es ejercida por quienes son así autorizados para que esta Corte, en virtud de esa competencia excepcional, juzgue si la ley, decreto, resolución o acto, sometido a su escrutinio, es conforme, es decir, no contrario a la Constitución, sin que estén obligados por la Constitución o la ley, a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieran eventualmente resultar afectadas, ya que cuando esta Corte se avoca a ese análisis en virtud de los poderes que les son atribuidos por la Constitución de la República, lo hace sin contradicción y, por tanto, sin debate, a la vista solo de la instancia que le apodera y del dictamen u opinión, si se produjera, del procurador general de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no es óbice para que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, hagan por escrito elevado a la Suprema Corte de Justicia, sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máxime cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado u otra persona, sino contra una disposición legal argüida de inconstitucionalidad”, Sentencia núm. 6, 16 de junio de 1999, B. J., núm. 1063, páginas 81-84.

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

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

En principio, cuando el planteamiento de inconstitucionalidad es admitido en una litis inter parte, tendrá un efecto relativo, pero que podría transformarse y producir consecuencias *erga omnes*, cuando dicho criterio, ya sea acogiendo la inconstitucionalidad propuesta o rechazándola, sea conocida por el Tribunal Constitucional.

**Efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad.** Que el ejercicio de la acción en inconstitucionalidad por vía principal da lugar a que la ley, decreto, resolución o acto en cuestión, sean declarados inconstitucionales y anulados como tales, *erga omnes*, o sea, frente a todo el mundo; mientras que, la declaración de inconstitucionalidad por excepción o medio de defensa tiene un efecto relativo y limitado al caso de que se trate, Sentencia núm. 1, 6 de agosto de 1998, B. J., núm.1053, páginas 6 y 7.<sup>35</sup>

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

En sentido contrario a esta tesis, se ha pronunciado la Corte Suprema dominicana al juzgar lo siguiente:

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

Que, por sentencia dictada por esta Suprema Corte de Justicia, el 14 de junio de 2000, fue decidido que la Resolución N.º 4-98 del 27 de

---

35 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

octubre de 1998, no es contraria al Decreto núm. 4875, del 7 de enero de 1998, ni a las disposiciones de la Constitución de la República, por lo que no procede juzgar de nuevo la inconstitucionalidad de la misma, ya que tal cuestión ha sido resuelta con carácter de cosa juzgada y con efecto *erga omnes*”, 23 de agosto de 2000, núm. 27, B. J., núm. 1077, página 126.

El efecto de las sentencias que declaren la exclusión de la norma atacada del ordenamiento nacional, por ser contraria a los preceptos constitucionales, es general y vinculante para todos los Poderes Públicos; y si bien y contrario a lo que se verifica en otros países, este efecto se verificara a partir de la publicación de dicha decisión en el órgano oficial correspondiente en nuestro país, el mismo se tendría por conocido a partir del momento en que se pronunciara la sentencia. La acción en inconstitucionalidad no está sujeto a la observancia de ningún plazo, no obstante la ley haber sido promulgada varias décadas antes de su interposición y estarse aplicando de manera continua y sin tropiezos.

Al respecto, ha sido juzgado que:

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

**Perención.** Las disposiciones del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil no son aplicables a los recursos de inconstitucionalidad. Que los oponentes alegan, por otra parte, que esta Suprema Corte de Justicia falló con relación a instancias perimidas, que aparte de que las instancias en cuestión permanecieron

en poder de la Procuraduría General de la República por un tiempo superior al indicado en el referido artículo 397, adonde habían sido remitidas para fines de opinión, obstrucción en los procedimientos no imputables a la Suprema Corte de Justicia, es de principio que las reglas de la perención civil, contemplada en el citado texto legal, no son aplicables en materia constitucional ni ante la Suprema Corte de Justicia, ni como Corte de Casación; que además, la perención del artículo 397 que tiene por efecto hacer declarar la instancia extinguida, en el proceso civil no opera de pleno derecho ni puede ser suplida de oficio por el juez, por lo que tiene que ser demandada, Sentencia núm. 6, del 16 de junio de 1999, B. J., núm. 1063, páginas 81-84.<sup>36</sup>

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

La Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, reconoce a este súper órgano del Estado, que se sitúa por encima de los Poderes tradicionales, la potestad de conocer, de forma exclusiva, las siguientes acciones: “A) La acción directa de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan -por acción u omisión- alguna norma sustantiva”.<sup>37</sup>

Dentro de estas facultades y al dictar su sentencia, el Tribunal Constitucional puede:

1. Denegar la acción, para lo cual y de conformidad con el artículo 44 de su Ley Orgánica, y al hacerlo sus jueces deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla, y sus decisiones “únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada”.<sup>38</sup>

---

36 Íd.

37 Artículo 36 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.

38 Artículo 44 de la Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.

2. Acoger la acción y, en este caso, las “sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento. Esa eliminación regirá a partir de la publicación de la sentencia”.<sup>39</sup>

En este caso, y conforme al artículo 46 del mismo texto: “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o disposición general, declarará también la de cualquier precepto de la misma o de cualquier otra norma o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexidad, así como la de los actos de aplicación cuestionados”. Así que, con el propósito de evitar un vacío legislativo en el sistema, el Tribunal Constitucional: “Podrá dictar sentencias interpretativas de desestimación o rechazo que descartan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto impugnado, en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados”.

En estos casos, y de acuerdo al Párrafo I del precitado artículo, se puede dictar: “cuando lo estime pertinente, sentencias que declaren expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte íntegramente a su texto”.

Pudiendo, al citar su sentencia interpretativa, y conforme al Párrafo II del mismo artículo “ser aditivas cuando se busca controlar las omisiones legislativas inconstitucionales entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto o cuando se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado”. Pudiendo, asimismo, y conforme al Párrafo III del artículo en cuestión, y cuando lo considere necesario, adoptar “sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada”.

El artículo 48 de la ley, al referirse a los efectos de su decisión, principalmente en los casos de sentencias que acojan la acción de las sentencias interpretativas y las exhortativas, que sus efectos en el tiempo dispone: “La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos inmediatos y para el porvenir. Sin embargo,

---

39 Artículo 45 de la Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.



el Tribunal Constitucional podrá reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones de acuerdo a las exigencias del caso”.<sup>40</sup>

Como una manifestación particular del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos y otros actos en los cuales se exprese la voluntad de los órganos del Estado, incluyéndose las decisiones de los tribunales de la República, la referida ley contempla los siguientes recursos contra las acciones que contiene.

A saber:

**A. Revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.**<sup>41</sup> Teniendo la potestad el Tribunal Constitucional de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha de proclamación y entrada en vigencia de la Constitución, en los siguientes casos: 1) Cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza; 2) Cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional; 3) Cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental, siempre que concurren y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) Que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación haya tomado conocimiento de la misma. b) Que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada. c) Que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar. Párrafo.- La revisión por la causa prevista en el Numeral 3) de este artículo solo será admisible por el Tribunal Constitucional cuando este considere que, en razón de su especial trascendencia o relevancia constitucional, el contenido del recurso de revisión justifique un examen y una decisión sobre el asunto planteado. El Tribunal siempre deberá motivar sus decisiones.

---

40 Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.

41 Artículo 53, de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.

Dentro de este recurso de revisión constitucional se incluyen las sentencias dictadas por los jueces de Primera Instancia, con motivo de una acción de amparo,<sup>42</sup> el cual está regulado por los artículos 76 y siguientes de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

Esto así, independientemente de las acciones de Habeas Data y Habeas Corpus, reguladas de forma particular: el primero por la Ley núm. 172-13,<sup>43</sup> y el segundo por el Código Procesal Penal.

### **3. INTERPRETANDO LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA**

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

Pero la interrogante de cómo interpretar el texto constitucional y qué criterios aplicar o emplear para tales fines, subsiste. Toda vez que el artículo 4 del Código Civil dominicano prohíbe al juez rehusar juzgar “pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”, obligándole a interpretar la ley, y nos planteamos: ¿Cómo abocarnos a la interpretación de la Constitución? Para esto, debemos, primeramente, determinar, siguiendo a Hans Kelsen, citado por Miguel A. Valera, en su artículo “Principios que caracterizan la Constitución y la interpretación constitucional”, cuál es el objeto o la función política de la Máxima Ley de la nación, el cual responde que “la función política de la Constitución es la de poner límites al ejercicio del poder, función que es garantizada

---

42 Artículo 94, de la Ley núm. 137-11. Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O., núm. 10622 del 15 de junio de 2011.

43 Ley núm. 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados, G. O., núm. 10737 del 15 de diciembre de 2013.

por la institución encargada de velar por constitucionalidad de los actos que emanen de los órganos del Estado, es decir, suplir la certeza de que dichos límites no serán transgredidos”.<sup>44</sup>

Sin embargo, la función de la Constitución es mucho más amplia, pues ha de reflejar la misión social del Estado y sus obligaciones con sus ciudadanos, de donde se puede hablar de una función social y de una función jurídica, “pues a través de ella se consagra una idea unificada de derecho”,<sup>45</sup> o mejor dicho, un Estado de derecho al consagrar y establecer las garantías mínimas jurisprudencialmente expandibles, como hemos apuntado antes, de los derechos fundamentales; y consagrar los límites al ejercicio de los poderes que instituye.

### **3.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

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

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

#### **3.1.1. Supremacía**

La redacción del texto del artículo 6 de la Constitución vigente no deja el menor resquicio de dudas, siendo un valor en sí mismo que se ha mantenido incólume desde el texto de 1844, con contadas excepciones, y aunque a veces con una redacción diferente, pero siempre manteniendo el mismo espíritu de su superioridad como norma fundamental del Estado. “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrario a esta Constitución”, supremacía que a su vez genera la subordinación de las demás regulaciones normativas que puedan emanar de los órganos estatales, y de los actos entre particulares.

Además, se ve reforzado por las disposiciones del artículo 73 al esbozar allí lo siguiente: “Nulidad de los actos que subvierten el orden constitucional. Son nulos de pleno derecho los actos emanados de

---

<sup>44</sup> Valera, M. A. (2000). *Estudios jurídicos. Volumen IX*. (N.o 13). Ediciones Capeldom.

<sup>45</sup> Íd.

autoridad usurpada, las acciones o decisiones de los poderes públicos, instituciones o personas que alteren o subviertan el orden constitucional y toda decisión acordada por requisición de fuerza armada”.

### **3.1.2. Valor normativo**

No cabe dudas de que la Constitución es, en sí misma, una norma, a la cual están sometidos no solo quienes están llamados a gobernar, sino también a ser gobernados. Su carácter normativo aparece consignado no solo en el precitado artículo 46, sino en el artículo 75 del texto vigente cuando dispone: “Deberes fundamentales. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas...”. Por tanto la Constitución es una ley que no escapa de la esfera de aplicación de este artículo, que no hace sino consagrar un principio general del derecho.

Ahora bien, solo podía tener valor normativo vinculante frente a una defensa efectiva de sus principios en todos los asuntos jurisdiccionales sometidos a los órganos llamados a aplicar la ley.

### **3.1.3. Legalidad**

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

### **3.1.4. Inviolabilidad**

Derivada de su propia supremacía, consagrada en el -ya varias veces referido y citado- artículo 6 del texto del artículo 267 en cual proclama: “La reforma de la Constitución solo podrá hacerse en la forma que indica ella misma y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder o autoridad, ni tampoco por aclamaciones populares”.

### **3.2. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL**

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

### **3.3. PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD**

En principio se debe presumir de que todo acto emanado de las autoridades políticas, presunción que dimana de la obligación que asumen la casi totalidad de los funcionarios público, de “hacer cumplir la Constitución y las leyes...”, es constitucional. De aquí que, y en principio, todo acto debe reputarse conforme la Constitución hasta tanto lo contrario sea determinado por el organismo competente para tales fines.

La historia constitucional dominicana parece en este aspecto, y como hemos visto, apartarse del criterio doctrinal del “Clear Mistake”, que propugna en el sentido de que solo cuando la violación o contradicción a la Norma Constitucional sea tan grosera que no deje dudas en el ánimo del juzgador sobre este hecho, debe inclinarse, ante la duda, a concederle el carácter constitucional. Hasta la Constitución de 1929 se mantuvo en nuestro ordenamiento, el principio de que “en caso de dudas, el texto de esta (la Constitución) debe prevalecer”, y es lógico que así suceda pues este parámetro o principio no es más que la secuela del principio ya estudiado de la supremacía del Texto Magno.

### **3.4. EL “FAVOR LIBERTATIS”**

A través de este se reconoce la potestad que tienen los tribunales constitucionales de, jurisprudencialmente y al interpretar los derechos fundamentales, expandir, dentro de un marco controlado por la prudencia, los derechos fundamentales y sus garantías, dando así nuevas opciones a la libertad como valor esencial de la democracia, forma de gobierno prevista por nuestra Constitución.

El mejor ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia núm. 44 de la Segunda Cámara de la Suprema Corte de Justicia del 17 de octubre de 2001, B. J., núm. 1091, páginas 506-510. Ver a continuación:

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

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

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

con motivo de la celebración del matrimonio de este; tres días en los casos de fallecimiento de cualquiera de sus abuelos, padres e hijos, o de compañera, y dos días para el caso de alumbramiento de la esposa o de la compañera debidamente registrada en la empresa’;

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

Que, tradicionalmente, esta Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, ha sostenido el criterio de que las uniones no matrimoniales, consensuales, libres o de hecho, no podían presentar, en razón de su irregularidad, el carácter de un interés legítimo, jurídicamente protegido, criterio basado, obviamente, en la concepción de que la unión consensual constituye un hecho ilícito en el derecho dominicano; que, empero, en tal sentido, es preciso indicar que un hecho es ilícito en la medida en que transgrede una norma previa establecida por el legislador; que en ese aspecto, la unión consensual que nos ocupa, ya se encuentra prevista, considerada o aceptada por el legislador en el ordenamiento legal como una modalidad familiar, criterio que debe ser admitido, en casos como el de la especie, siempre y cuando esa unión se encuentre revestida de las características siguientes: a) una convivencia ‘more uxorio’, o lo que es lo mismo, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio, lo que se traduce en una relación pública y notoria, quedando excluidas las basadas en relaciones ocultas y secretas; b) ausencia de formalidad legal en la unión; c) una comunidad de vida familiar estable y duradera, con profundos lazos de afectividad; d) que la unión presente condiciones de singularidad, es decir, que no existan de parte de los dos convivientes iguales lazos de afectos o nexos formales de matrimonio con otros terceros en forma simultánea, o sea, debe haber una relación monógama, quedando excluidas de este concepto las uniones de hecho que en sus orígenes fueron péfidas, aun cuando haya cesado esta condición por la disolución posterior del vínculo matrimonial de uno de los integrantes de la

unión consensual con una tercera persona; e) que esa unión familiar de hecho esté integrada por dos personas de distintos sexos que vivan como marido y mujer sin estar casados entre sí;

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

Que, cuando ocurren accidentes de tránsito con víctimas mortales, solo los padres, los hijos y los cónyuges están dispensados de probar los daños morales que les ha causado el deceso de su pariente, no así las demás personas vinculadas a las víctimas, quienes deben establecer ante los tribunales la relación de dependencia que existía entre ellos, bien sea por el estrecho *vínculo afectivo o por su dependencia económica*; que, en la especie, a lo que estaba obligada F. M. S. era a probar que su unión con el occiso reunía las características precedentemente expuestas, de lo cual se deriva de implícita el daño moral sufrido por ella.<sup>46</sup>

### 3.5. UNIDAD INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

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

---

46 Sentencia del 17 de octubre de 2001, núm. 44, B. J. núm. 1091. págs. 506-510.



Como ejemplo se puede citar la siguiente sentencia:

Artículo impugnado: artículo segundo del Decreto N.º 317-99, del 29 de julio de 1999. Que el inciso 10 del artículo 55 de la Constitución de la República dispone: “Corresponde al presidente de la República: celebrar contratos, sometiéndose a la aprobación del Congreso Nacional, cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales, a la enajenación de inmuebles cuyo valor sea mayor de veinte mil pesos oro...”; que por otra parte, el inciso 19 del artículo 37 de la misma Constitución también dispone: ‘Son atribuciones del Congreso: Aprobar o no los contratos que le someta el presidente de la República, de conformidad con el inciso 10 del artículo 55 y con el artículo 110’; que, como puede observarse, las disposiciones constitucionales que se transcriben más arriba se refieren a enajenaciones de inmuebles cuyo valor sea mayor de veinte mil pesos oro; que el inciso 13 del artículo 8 de nuestra Carta Magna establece: ‘El derecho de propiedad. En consecuencia, nadie puede ser privado de ella, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor determinado por sentencia de tribunal competente. En casos de calamidad pública, la indemnización podrá no ser previa. No podrá imponerse la pena de confiscación general de bienes por razones de orden político’; que en la especie se trata de la enajenación de un inmueble perteneciente al Estado dominicano, cuyo valor es mayor de veinte mil pesos, no bastando para su perfeccionamiento el cumplimiento de las condiciones requeridas por la ley adjetiva para los bienes de los particulares, como erróneamente alega el impetrante, sino que se requería, además, de la aprobación del Congreso Nacional, de lo cual no existe prueba en el expediente;

Que, por otra parte, la Suprema Corte de Justicia no tiene capacidad constitucional, en virtud del principio de la separación de los poderes, para restituir la vigencia del Decreto N.º 304-96, derogado por el Decreto cuya inconstitucionalidad se demanda, por lo que procede desestimar ese pedimento”, Sentencia N.º 1, del 1.º de marzo de 2000, B.J., N.º 1072, Páginas 16-17.<sup>47</sup>

Como se observa en esta decisión nuestro más Alto Tribunal delimita claramente las funciones de cada uno de los Poderes del Estado y su

---

<sup>47</sup> Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

independencia, pudiéndose citar también como ejemplo la sentencia ya citada, en la que el pleno de la Suprema instaura el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.

### **3.6. CONCORDANCIA PRÁCTICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES**

En la práctica ocasionalmente pueden presentarse conflictos entre derechos fundamentales consagrados en la Constitución, esto tienta al intérprete a buscar la posible conciliación entre los derechos encontrados; y en caso de incompatibilidad de este encuentro, a otorgarle prioridad a uno de ellos.

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

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

Ley impugnada: N.º 14-94, que crea el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Que la Ley N.º 14-94, que instituye el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, consagra los principios fundamentales contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, en cuya virtud, cada niño, niña o adolescente, como persona humana en proceso de desarrollo, es sujeto de los mismos derechos fundamentales consagrados por la Carta de las Naciones Unidas, sin distinción alguna, independientemente de la raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico y social, o de su nacimiento; que dicha convención suscrita por la República Dominicana es una institución de derecho positivo dominicano, en virtud del artículo 3 de nuestra Carta Magna, por haber sido aprobada por el Congreso Nacional;

Que entre los derechos fundamentales reconocidos en favor del niño, niña y adolescente figura el derecho a una convivencia familiar y comunitaria, previsto en los artículos del 13 al 21 de la Ley N.º 14-94, y en el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; que este derecho les corresponde si nacen de una relación consensual, de un matrimonio o como consecuencia de una adopción, y gozarán de los mismos derechos y calidades, incluyendo los relativos al orden sucesoral; que, cuando el artículo 19 de la citada Ley N.º 14-94, entiende por familia -además de la basada en el matrimonio- la comunidad formada por un padre y una madre, o por uno de ellos y sus descendientes, en el seno de una unión consensual o de hecho. La ley no hace sino consagrar este derecho en provecho de los menores de edad, de pertenecer a una familia cual que sea su origen, sin que se menoscabe o viole la disposición del ordinal 15, literal c) del artículo 8 de la Constitución, que reconoce el matrimonio como fundamento legal de la familia; que por otra parte, cuando el artículo 15 de la Constitución consagra la obligación del Estado de otorgarle a la familia su más amplia protección, con el fin de robustecer su estabilidad y bienestar, su vida moral, religiosa y cultural, no hace más que robustecer este derecho, porque en eso impera el interés superior del niño, concepto que ha cobrado vigencia a partir de la convención internacional citada;

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

Que los artículos 190 y 194 de la Ley N.º 14-94, incluidos en el título dedicado a las medidas de protección para aplicar en los casos de infracciones de la ley penal cometidos por menores de edad, determinando, el primero, una escala desde la orientación, apoyo y vigilancia temporal o libertad asistida, hasta la privación de libertad en un programa especializado; y el segundo, reconociendo, en favor del Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes la facultad de recomendar

la guarda y cuidado de un niño, niña y adolescente a los familiares que ofrezcan mejores garantías para su desarrollo, justifican los propósitos de la Ley N.º 14-94 expuestos precedentemente; que los motivos que fundamentan las violaciones constitucionales alegadas por la impetrante, respecto de los artículos 249 literal f), en el sentido de que el Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes carece de facultades para dictar órdenes de conducencia y de que al juez se le atribuyen, además de sus funciones jurisdiccionales, las de ejecutar sus decisiones, queda desmentida por el artículo 155 de la referida ley, en cuya virtud los representantes del Ministerio Público son los encargados 'de dar fiel ejecución' a las disposiciones dictadas por los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes en la materia de alimentos a favor de los hijos menores de edad, facultad que en el silencio de la ley, debe extenderse a los demás casos en los que sea necesario ejecutar las decisiones de dichos tribunales; que, por otra parte, el artículo 158 reconoce al Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes y no al juez, la facultad de efectuar las diligencias pertinentes, a pedimento de parte, o de oficio, frente a los organismos extranjeros de protección al menor, a fin de obtener la ejecutoriedad de las sentencias dictadas por los tribunales dominicanos; que, además, los artículos 266 y siguientes de la ley comentada expresan que el juez, al cumplir y hacer cumplir sus fallos, puede requerir el auxilio de la fuerza pública, cuando sea necesario, lo que demuestra que el juez del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes deberá cumplir, en caso de ejecución de una sentencia, la formalidad de solicitar el auxilio de la fuerza pública, no asumiendo en tal virtud las funciones correspondientes al Ministerio Público; que las señaladas disposiciones legales justifican los propósitos de la Ley N.º 14-94 al cumplir con el canon constitucional de ser justas y útiles a la sociedad, Sentencia núm. 7, del 27 de septiembre de 2000, B.J., núm. 1078. Páginas 54-58.<sup>48</sup>

### **3.7. LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITAS**

La declaración de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no es limitativa, sino meramente enunciativa o enumerativa; de ahí que, como apuntábamos antes, en países de fuerte tradición constitucional los órganos jurisdiccionales no se limitan ni se han limitado al interpretar el Texto Magno a la mera defensa de los mismos,

---

48 Íd.

sino que no han ido estableciendo como fundamento esencial de ellos la existencia de valores supraconstitucionales, que los constituye el derecho natural y otros consagrados en tratados internacionales.

Como fundamento de este concepto, el artículo 74 de la Constitución dispone en su ordinal 1 que: "...los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza".

Mientras que, en el artículo 26 se establece lo siguiente: "Artículo 26. Relaciones internacionales y derecho internacional. La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional; en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus Poderes Públicos las hayan adoptado". De suerte y manera que, una norma podría ser declarada inconstitucional cuando vulnere no tan solo algún texto o principio constitucional, sino cuando pueda vulnerar cualquiera de los principios escritos o no escritos que tiendan a asegurar el perfeccionamiento progresivo dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos, que establece el artículo 8 del texto constitucional.<sup>49</sup>

Un ejemplo de lo afirmado lo encontramos en esta decisión:

Que con respecto a lo planteado por la recurrente en la segunda parte de su primer medio, el estudio del fallo impugnado revela que en el mismo se expresa lo siguiente: 'que el derecho de acceso a la justicia, o derecho a la jurisdicción, es una derivación del derecho a ser oído que consagra el acápite j) ordinal 2, del artículo 8 de la Constitución de la República; asimismo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita en San José en fecha 22 de noviembre de 1969, ratificada mediante Resolución N.º 739, de nuestro Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo en

---

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

fecha 25 de diciembre de 1977, que establece en la parte capital lo siguiente: ‘Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’; así como del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, votada en fecha 30 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual es signataria la República Dominicana y que establece: ‘Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones’... disposiciones estas últimas, que se encuentran amparadas en la parte final del artículo 3, de la Constitución de la República, que reza: ‘La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus Poderes Públicos las hayan adoptado’;

Que de lo transcrito precedentemente se desprende que, contrario al criterio de la recurrente, las motivaciones de la sentencia impugnada justifican plenamente lo decidido en el sentido de que el “solve et repete” constituye un obstáculo o restricción al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que precisamente está garantizado por el artículo 8, acápite j, ordinal 2 de la Constitución de la República, así como el artículo 8, parte capital de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, texto que, al igual que el anterior, trata de las garantías judiciales y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que dicho convenio fue firmado por la República Dominicana el 7 de septiembre de 1977 y ratificado por el Congreso Nacional el 25 de diciembre del mismo año, mediante Resolución N.º 739; por lo que, este aspecto del primer medio también carece de fundamento y procede desestimarlo;

Que, en cuanto al alegato de la recurrente en el sentido de que el Tribunal a-quo ha hecho una interpretación inconsistente de los artículos 8, ordinal 5 y 100 de la Constitución de la República al declarar la inconstitucionalidad del “solve et repete”, en la sentencia impugnada se expone al respecto lo siguiente: ‘que, de igual manera, los artículos 63 (1.ª parte), 80 y 143 del Código Tributario de la República Dominicana consagran implícitamente un privilegio, ya que solo tendrían la oportunidad de que le sean conocidos los

recursos contenciosos tributarios a aquellos contribuyentes que estén en condiciones de satisfacer previamente el monto de los impuestos, contribuciones, tasa, etc., lo que no ocurriría con aquellos que se encuentren en la imposibilidad económica de satisfacerlo, independientemente de lo fundado que pudiera resultar su recurso, es decir, que el derecho de acceso a la justicia que constituye uno de los elementos fundamentales del derecho de defensa estaría condicionado por el mayor o menor grado de disponibilidad económica del recurrente, lo cual, es contrario al artículo 8 (parte in fine) del inciso 5 de la Constitución de la República, que dispone: ‘La ley es igual para todos: No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica’; así como el artículo 100 de nuestro texto fundamental que dispone que ‘la República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos’;

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

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

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

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



confieren al legislador la facultad de fijar las normativas procesales aplicables a la materia jurídica tributaria y al modo de recaudación impositiva, y que el pago previo constituye a la vez tanto una formalidad de procedimiento, como un mecanismo legal de recaudación, a fin de asegurar el cobro íntegro y oportuno de los valores impositivos adeudados a la Administración Tributaria, pero;

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

Que contrario a lo expuesto por la recurrente, el estudio del fallo impugnado revela que el Tribunal *a-quo* hizo una correcta interpretación de los textos constitucionales aplicables al caso, a fin de resolver el medio de excepción que fue planteado por la recurrente ante dicha jurisdicción, relativo a la inconstitucionalidad de la exigencia del pago previo, con lo cual dicho Tribunal *a-quo* dio estricto cumplimiento al citado artículo 164, ya que en Tributario se fundamentarán en los principios del derecho tributario y en los preceptos adecuados del derecho público aplicables al caso de la especie; que, por otra parte, y en cuanto a lo alegado por la recurrente, en el sentido de que la sentencia impugnada contiene motivos incongruentes, del análisis de la misma se infiere que

el Tribunal a-quo no ha incurrido en el vicio denunciado por la recurrente en su tercer medio, sino que, por el contrario, dicha sentencia contiene motivos suficientes y pertinentes que justifican el dispositivo de dicho fallo y que han permitido a esta Corte verificar que en el presente caso se ha hecho una correcta aplicación de la ley; por lo que los medios que se examinan carecen de fundamento y deben ser desestimados; por todo lo cual, el recurso de casación de que se trata, debe ser rechazado, por improcedente y mal fundado, Sentencia núm. 8, del 8 de noviembre de 2000, B.J., núm. 1080, páginas 616-626. Ver también, Sentencia núm. 32, del 29 de noviembre de 2000, y Sentencias núm. 31 y núm. 33, del 22 de noviembre de 2000; núm. 25, del 5 de noviembre de 2000; núm. 16 y núm. 17, del 8 de noviembre de 2000; y núm. 21 y núm. 39, del 16 de mayo de 2001.<sup>50</sup>

### 3.8. CONTINUIDAD EN LAS DECISIONES

Este principio, como señala Miguel A. Valera, en la *ut supra* citada obra, encierra dos puntos de interés a considerarse en el juicio de constitucionalidad de un Estado de derecho. Estos son:

a) La consecuencia de la decisión tomada o *ratio decidendi*.

La prudencia es una de las obligaciones inherentes al acto de juzgar, y de la conducta del jugador.

Sus decisiones, que pueden ser la de eliminar una norma del sistema, puede traer como consecuencia inmediata la creación de un vacío legal que dificulte de manera general la aplicación de justicia en futuros casos particulares, aunque para este caso cobraría imperio el principio consagrado en el artículo 4 del Código Civil. De ahí que la resolución del caso en abstracto debe necesariamente considerar su influencia en posibles situaciones concretas. Se deduce entonces que, cuando se tache o declare una ley como inconstitucional, el juzgador puede válidamente optar por mantener la norma vigente en lugar de preferir las posibles consecuencias legales que pueda implicar el vacío legal al ser declarada contraria a la Constitución, máxime cuando dicha inconstitucionalidad no sea obvia, o cuando la interpretación a la norma constitucional no

---

50 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

nos permita establecer que exista una violación grosera a la misma. Ejemplo de esto, es la siguiente decisión:

Ley impugnada: N.º 141-97, sobre la reforma de la empresa pública, del 24 de junio de 1997. Que integran el dominio privado del Estado el conjunto de bienes de su pertenencia que, sujetos a ciertas reglas y modalidades, están sometidos al mismo régimen jurídico que los bienes de los particulares y, por tanto, son enajenables, en tanto que los bienes del dominio público son aquellos inmuebles que deben estar permanentemente a disposición del público o de ciertos servicios públicos y, por tanto, son inalienables; que la enumeración de los bienes que constituyen el dominio público en la República Dominicana no es hecha por la Constitución, sino por el Código Civil y leyes especiales, como se indica, por ejemplo, en los artículos del 538 al 541 de dicho código; que en la enumeración contenida en estos textos legales ni en la Ley N.º 208 de 1964, que modifica la Ley Orgánica de la Corporación Dominicana de Electricidad, ni en ninguna otra disposición legislativa, se reconoce a esa empresa autónoma como que forma parte del dominio público del Estado, lo cual se robustece por el hecho de que la misma Ley N.º 208, de 1964, faculta en su artículo 9, párrafo j) al Consejo Directivo de la mencionada corporación, como se ha visto arriba, a enajenar y transferir el dominio de toda clase de bienes muebles e inmuebles de la indicada entidad, texto este último que equivale, en caso de que existiera, a una desafectación del dominio público;

Que las empresas públicas sujetas a la aplicación de la Ley N.º 141-97, del 24 de junio de 1997, según el artículo 3, son: las que integran la Corporación Dominicana Empresas Estatales (CORDE), la Corporación Dominicana de Electricidad, la Corporación de Fomento de la Industria Hotelera y el Consejo Estatal del Azúcar, las cuales son susceptibles, de conformidad con el artículo 16 de dicha ley, de ser capitalizadas por inversionistas nacionales y/o extranjeros, objeto de concesiones, arrendamiento o sus acciones transferidas y/o activos vendidos en la proporción de un 50 % de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad, en cada caso;

Que las empresas públicas que son parte del patrimonio de cada una de las entidades mencionadas, si bien algunas de ellas pueden ser calificadas como de servicio público, como la Corporación Dominicana de Electricidad, no por ello pierden su condición de pertenecer a la masa de bienes que integran el dominio privado

del Estado, los cuales, conforme al artículo 37, párrafo 4, in fine, de la Constitución, son enajenables, en la forma indicada por esta; que, como ya se ha señalado, los bienes del dominio público son establecidos por la ley, y esta no lo ha consagrado así con respecto a ninguno de los bienes que componen los activos de las empresas sujetas a la aplicación de la denominada Ley General de Reforma de la Empresa Pública N.º 141-97; que aún en el caso de que esos bienes no sean susceptibles de propiedad particular porque la ley los haya considerado como dependientes del dominio público, el hecho de que el mismo poder que los erigió como tales les haya retirado ese status, como ocurre con la Ley N.º 141-97, del 24 de junio de 1997, la que permite la enajenación, constituye la desafectación o liberación del dominio *público a que estaban sometidos*;

Que en lo que concierne a que ‘el Estado podrá convertir sus empresas en propiedades de cooperación o economía cooperativista’, interpretado por los impetrantes en el sentido de que solo eso es posible hacerlo con las empresas del Estado y sus instituciones, esta Suprema Corte de Justicia es del criterio que el artículo 8, numeral 13, letra b) de la Constitución, contentivo de la norma acabada de transcribir, no es excluyente de otras prerrogativas y facultades que tiene el Estado como propietario de bienes muebles e inmuebles, si no les han sido retiradas de manera expresa por la Constitución o la ley; que en apoyo de esta interpretación, contraria obviamente a las deducciones hechas por los impetrantes, se destaca la circunstancia de que la fórmula utilizada por la Constitución en la norma que expresa que ‘el Estado podrá convertir sus empresas...’, reaparece varias veces en el propio artículo 8 de la Constitución, como cuando en el numeral 6 de este artículo se establece que “toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento...” o cuando expresa en el numeral 11 que “la ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo”, sin que ello implique limitación alguna a la persona de ejercer otros derechos o a la ley establecer otras reglas, siempre que no sean de la competencia de otro Poder del Estado, o contrarias a la Constitución; que, si el constituyente hubiera tenido la intención de que las empresas del Estado no pudieran ser convertidas, sino en propiedades de cooperación o economía cooperativista, el artículo 8, párrafo 13, letra b) de la Constitución, habría sido redactado en otros términos, haciendo constar que el Estado podrá convertir sus empresas únicamente en propiedades de cooperación o economía cooperativista;

Que la expresada Ley N.º 141-97 en su artículo 24 establece muy claramente que ‘las empresas públicas objeto de los procesos de capitalización de que trata la presente ley, que operan en base a los monopolios y/o posición dominante del mercado establecida en su beneficio por el Estado, no pueden traspasar dichos privilegios, por lo que se les otorga un período de transición de 24 meses para la erradicación de dicha práctica y aplicación de la libre competencia’, por lo que es preciso estimar que dicha ley contiene las disposiciones suficientes para evitar monopolios a favor de particulares; que, asimismo, si bien es cierto que la Constitución consagra en el numeral 12 de su artículo 8 la libertad de empresa, comercio e industria, así como que solo podrán establecerse monopolios en provecho del Estado o de instituciones estatales, esto está condicionado, conforme a la misma disposición constitucional, a que la creación y organización de esos monopolios se hagan mediante ley; que en la especie, las empresas ‘Molinos Dominicanos’, ‘Molinos del Norte’, en el renglón de la harina, como lo son en sus respectivos ramos, ‘La Industria Nacional del Vidrio’, ‘La Fábrica Nacional del Papel’, y otras semejantes, pertenecientes al patrimonio de la Corporación Dominicana de Empresas Estatales (CORDE), aparte de que no constituyen la explotación de servicios públicos, no existe, de otra parte, disposición legal en virtud de la cual esas empresas quedaran creadas y organizadas como monopolios del Estado o de sus instituciones, requisito indispensable y sin el cual no pueden ser consideradas como tales, como alegan los impetrantes y, por tanto, la enajenación de una parte de su capital accionario no viola la disposición constitucional citada; que en cuanto a los servicios que rinden los aeropuertos comerciales y puertos marítimos de la nación y las vías públicas terrestres, también citados por los impetrantes, si bien tienen las características de servicios públicos y, por tanto, susceptibles de monopolio, por parte del Estado o de sus instituciones, la circunstancia de que no exista una ley que así lo disponga, como se dice antes, impide considerar como monopólicos esos servicios;

Que, por otra parte, que los artículos 12, 13 y 16 de la Ley N.º 141-97, imputados por los impetrantes como violatorios del principio de la separación de los poderes y de la indelegabilidad de sus atribuciones, se refieren a la forma y manera en que el Poder Ejecutivo podrá proceder a la capitalización prevista en esa ley; que, contrariamente a lo así alegado, el Congreso Nacional, lejos de infringir esos principios al dictar la Ley N.º 141-97, puso en práctica la atribución que le asigna

la Constitución, precisamente en el artículo 37, párrafo 4, de proveer a la enajenación de los bienes del dominio privado de la nación, como son las empresas públicas comprendidas en el artículo 3 de la indicada Ley N.º 141-97;

Que si el proceso de privatización que se desarrolla en estos momentos en la República Dominicana y, en muchos países del mundo, no obedece, como se afirma en la instancia, a un auténtico criterio gerencial para mejorar el manejo de los patrimonios nacionales, sino a una estrategia de los acreedores internacionales diseñada para el pago de la deuda externa por parte de los países deudores, es obvio, en lo que al país se refiere, que la vía elegida por los impetrantes para detener ese proceso, impulsado por la Ley N.º 141-97, no resulta apropiada, pues, como se ha visto, no se advierte en la Ley N.º 141-97, objeto de la instancia a que se contrae la presente decisión, ninguna violación a la Constitución de la República, que las haga declarar no conforme con sus disposiciones; que admitir, después del examen realizado, que son contrarias a la Constitución las indicadas leyes, vulneraría el Estado de derecho por cuyo fortalecimiento debe velar permanentemente la Suprema Corte de Justicia, en su rol de guardiana de la Constitución y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en ella, por todo lo cual procede desestimar la petición de que se trata”, Sentencia núm. 9, del 19 de julio de 2000, B.J., núm. 1076, páginas 69-74.

### **3.9. STARE DECISIS**

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, y por aplicación de las disposiciones del artículo 5 del Código Civil, los jueces no están facultados “a fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión”, lo que implica el extrañamiento en nuestro ordenamiento de los precedentes obligatorios que caracterizan el sistema anglosajón y que tienden asegurar la seguridad jurídica y el de igualdad antes la aplicación de la ley. A través de ese sistema se establece un patrón sobre situaciones específicas que asegurará dicha igualdad, no es menos cierto que cuando se trata de una interpretación constitucional, las decisiones adoptadas por el Máximo Tribunal de la nación, si tienen un efecto vinculante para los tribunales inferiores, en lo decidido.

### 3.10. PREFERENCIA DE LA VÍA CONTENCIOSA A LA ACCIÓN POPULAR

La tendencia de los tribunales constitucionales o de aquellos que tienen concentrada esta facultad, se inclinan más a la aceptación de dicho recurso de inconstitucionalidad por la vía indirecta, o sea, a través de la presentación de incidentes de inconstitucionalidad en un litigio *inter partes*, que al apoderamiento mediante la denominada “acción popular”; esto es, el apoderamiento directo de la acción en inconstitucionalidad. Este principio fue aplicado por nuestra Corte de Casación en su Sentencia del 9 de febrero de 2000, cuando juzgó que:

Que los demás alegatos de inconstitucionalidad invocados por los impetrantes, se refieren a la no conformidad del aludido Decreto N.º 319-97, con determinadas leyes, decretos y resoluciones, y no precisamente a ningún precepto constitucional, caso este último en que, cuando ocurre, la Suprema Corte de Justicia puede ejercer su control sobre la constitucionalidad, al margen de toda contestación entre partes; que como el vicio que se le imputa al señalado decreto en esos alegatos es su ilegalidad, por ser contrario a leyes, decretos y resoluciones, su control por vía directa no corresponde a la Suprema Corte de Justicia; que el control de la legalidad, por el contrario, se ejerce por vía de la excepción de ilegalidad promovida en ocasión de un proceso ante los tribunales inferiores del orden judicial y, luego, ante la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación; que como la acción intentada, en el aspecto que se examina, no reúne las condiciones señaladas, procede que la misma sea desestimada, Sentencia núm. 2, del 9 de febrero de 2000, B.J., núm. 1071, páginas 11-12.<sup>51</sup>

Sobre estos principios, y teniéndolos en cuenta, debemos puntualizar, como lo señala el profesor Arturo Hoyos en su obra “La interpretación constitucional”,<sup>52</sup> que la interpretación judicial es una variante de la interpretación jurídica, en la cual debe estar fundamentada en los siguientes puntos: 1. Su objeto, que consiste en textos no tan solo de valor constitucional, sino también de derechos con valores supra constitucionales inherentes a todo ser humano sin necesidad de que expresamente estén consagrados en texto alguno; 2. Sus fines, control formal y material de las normas de aplicación general; 3. Su actor,

51 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

52 Hoyos, A. (1998). *La interpretación constitucional*. Editorial Temes.

el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, una de sus Cámaras o los demás tribunales del orden judicial y contencioso; 4. Por los principios especiales ya anotados que regulan esta interpretación; 5. Por su matiz político en el sentido de que regulan actuaciones de órgano políticos del Estado.

### **3.11. INICIATIVA DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA DIFUSO DE LAS LEYES, DECRETOS, REGLAMENTOS, ORDENANZAS Y ACTOS**

Como ya hemos apuntado, la tendencia de los tribunales constitucionales es propiciar la acción en inconstitucionalidad por la vía indirecta, a través de incidentes de inconstitucionalidad de las leyes que vulneren derechos fundamentales o atenten contra esta; y cuando sean de interés particular por la vía directa o acción popular, toda vez que se ha querido reservar esta vía a aquellas leyes que, de un modo u otro, impactan de forma general, no a los particulares, sino al ordenamiento político y general del Estado, como tal, o que estén investidas de un carácter eminentemente político. De hecho, es en el sistema difuso del control de la constitucionalidad, donde mayor riqueza doctrinal puede encontrarse en cuanto a la interpretación de la norma constitucional, pues al constatar la ley particular aplicable o aplicada en el caso particular, con la norma constitucional, los intérpretes y juzgadores desarrollan una labor creativa de mayor contenido práctico.

Al presentárenos como juzgadores de un incidente de inconstitucionalidad de una ley, por una de las partes en el juicio, debemos tener presente que la carga de la prueba no se aparta de las previsiones del artículo 1315 del Código Civil, es decir, que corresponde a aquel a quien alega la inconstitucionalidad de la norma hacer la prueba de esta; esto es, establecer la discrepancia existente entre la ley y el texto constitucional que se alega.

En este caso, la prueba no se trata de probar un hecho, sino de probar la razonabilidad, la racionalidad y la vulneración de los principios generales que establezca el texto constitucional; por lo que, en principio la prueba de la inconstitucionalidad se ha de hacer en base a puros argumentos y razonamientos. Excepcionalmente, la situación es obvia al comparar la ley impugnada con la del texto constitucional.



La doctrina norteamericana y la española han desarrollado la tesis o teoría del “clear mistake” (el error claro), que se fundamenta sobre la base de que toda ley debe reputarse conforme a la Constitución; y que, en caso de duda razonable, debe primar el criterio de constitucionalidad.

En cuanto al aporte de la prueba, tratándose de leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas, la prueba de su existencia no recae sobre las partes, pues el juez no puede exigir su presentación, pero si se tratase de un acto que afectase de manera particular al impetrante, este debe hacer la prueba de su existencia por no ser o estar, en principio, en el dominio público, como lo están las leyes.

No debemos olvidar en este aspecto que el juez constitucional, aun juzgando aspectos de inconstitucionalidad, tiene un papel activo a los fines de proporcionar o suplir de oficio los derechos no invocados por las partes y de decidir sobre la inconstitucionalidad señalada.

Aquí se plantea la cuestión de saber si el juez de oficio, también apoderado de asuntos de interés privado, puede pronunciar la inconstitucionalidad de un acto o de una ley, decreto, reglamento, ordenanza u acto administrativo o interparte, cuando en el mismo se vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución y que pueden afectar a un tercero o a las mismas partes, que por desconocimiento o ignorancia no plantean la violación de este derecho. En ocasiones, se plantea la duda de qué juzgar primero: los medios de inadmisión planteados por una de las partes a la acción de su contrario o la excepción de inconstitucionalidad de la ley, decreto, reglamento, resolución o acto administrativo.

Sobre el primer aspecto, y a partir de las disposiciones combinadas de los artículos 8, 9 literal a) 46, 99, 106 y 120 de la Constitución de la República y de los artículos 3 y 6 del Código Civil, la respuesta es obvia: el juez deberá en todo litigio y de oficio pronunciar la inconstitucionalidad de cualquier texto que vulnere principios constitucionales. Al efecto, una rápida lectura de estos textos permite sustentar que, más que una posibilidad para el juez de ejercer el control de la constitucionalidad de forma activa y de oficio, es una obligación que viene dada por el mismo texto y por las leyes adjetivas que de esta se derivan, así como del juramento prestado al asumir su cargo.

Esta obligación se manifiesta de forma más enérgica en los procesos jurisdiccionales sometidos por las partes a los tribunales para su solución,

en los cuales se manifiesta ocasionalmente -de manera individual y particular- violaciones de derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional y que el juez está obligado a velar por su no vulneración. De los más usuales podemos citar, por ejemplo, la violación al debido proceso de ley, por la no notificación de un acto en los plazos y en la forma que establece la ley, si bien el rigor procesal en este caso ha sido atenuado por las disposiciones de la Ley núm. 834 de 1978 y por los criterios sustentados por la doctrina jurisprudencial dominicana siguiendo los criterios señalados por la Corte de Casación francesa.

Quizás uno de los puntos más controversiales radica en la interrogante de saber ¿cuál ha de ser la responsabilidad del juez cuando en el caso que se conoce y, en un acto interparte, se viola un derecho fundamental de un tercero, como lo sería el derecho de propiedad? Al respecto, Isaac M. Kartz señala en su artículo “La Constitución y los derechos privados de propiedad”, publicado en la revista Estudios Jurídicos, Volumen X, número 1, enero-abril 2001, página 133,<sup>53</sup> lo siguiente:

En cualquier país, pero sobre todo en aquellos en vía de desarrollo, las deficiencias de carácter institucional pueden constituirse como una barrera significativa en el proceso de desarrollo económico. Sin duda, la principal función del marco legal es definición de los derechos de propiedad, entendiendo a estos como las relaciones de comportamiento sancionada legalmente entre los agentes económicos que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización.

En este sentido, sigue diciendo el referido autor:

En este marco constitucional es de esperarse que el Gobierno, al ser el ejecutor de las decisiones del Estado, con el propósito explícito de generar las condiciones que lleven la sociedad a la maximización del bienestar individual y colectivo, garantice que los derechos de propiedad no serán violados, ya que esta es una condición para que los agentes económicos aseguren eficientemente los recursos de los cuales son propietarios.<sup>54</sup>

---

53 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

54 Kartz, I. (2001). La Constitución y los derechos privados de propiedad. *Revista Estudios Jurídicos*. X (1), 133.

Más adelante afirma:

Además de que es necesario que los derechos privados de propiedad estén eficientemente definidos para que los recursos en la economía puedan ser asignados eficientemente, también se requiere que estos mismos derechos estén protegidos y garantizados por un Poder Judicial independiente e imparcial. En las relaciones entre el Gobierno y los agentes económicos privados, sean empresas o personas físicas, *el papel del Poder Judicial es proteger y amparar a estos últimos de acciones que se constituyan como un atentado y/o que violen las garantías y derechos individuales.*<sup>55</sup>

Sobre este particular, recordemos que el artículo 51 dispone lo siguiente: “El derecho de propiedad. En consecuencia, nadie puede ser privado de ella sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previo pago de su justo valor determinado por sentencia de tribunal competente...”. Si bien parecería que el texto precitado protege el derecho de propiedad de los particulares frente al Estado, no es menos cierto que este derecho fundamental también debe ser protegido en las relaciones entre particulares, y de estos frente al Estado, del cual los órganos jurisdiccionales forman parte y son compromisarios de las obligaciones que asume el Estado como garante de los derechos fundamentales.

Volviendo al punto inicial de este segmento, se entendería que los jueces, ante una vulneración de un derecho fundamental y la imposibilidad procesal existente en nuestro ordenamiento en el estadio actual, que felizmente se supera en el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, podrían ordenar la puesta en causa de ese tercero, para preservar su derecho; y tener la facultad -en su calidad de guardián y protector de los derechos consagrados por la Constitución- de derivar de tal violación constitucional las debidas consecuencias legales.

Estos Principios son recogidos tácitamente por el artículo 74 de la Constitución de la República Dominicana, que dispone:

Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no

---

55 Íd.

excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza; 2) Solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad; 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

### 3.12. EL CONTROL EFECTIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Para la implementación de un Estado Social de derecho, es preciso analizar sobre quiénes recae y quiénes son los sujetos que ejercen la acción en inconstitucionalidad, ya sea producto de la acción popular o del control concentrado, o ya sea por control difuso. Esta acción, como señala el profesor Dr. Juan Ml. Pellerano Gómez, puede recaer sobre dos grandes grupos o categorías: a) los actos de efectos generales, en los cuales se incluye las leyes, las resoluciones y reglamentos y los tratados internacionales -añadimos nosotros-, y los actos de efectos particulares, sobre los cuales afirma: “Son distintos a los ya tratados, en cuanto estos no versan o afectan a la legalidad de las personas, sino a alguna de ellas, esto es, tiene efectos particulares. Ahora bien, para que se trate de los “actos” a los que se refiere ese artículo debe emanar necesariamente de alguno de los Poderes del Estado”.<sup>56</sup>

Sin embargo, en este punto diferimos del profesor Pellerano Gómez, quien circunscribe exclusivamente a este aspecto el término “acto”, que es empleado en el precitado texto constitucional. Así que, haciendo una interpretación más lata, entenderíamos que este no solo abarca los actos que puedan emanar del Estado, sino los actos de los particulares. Si bien se puede argumentar que estos caerían bajo las disposiciones del artículo 1108 del Código Civil, al disponer este como cuarto elemento esencial para la validez de toda obligación “una causa lícita”, en lo que a las convenciones se refiere, no es menos cierto que un contrato,

---

56 Pellerano, J. M. (1998). *El control judicial de la constitucionalidad. Breviario 4. Asociación Hipólito Herrera Billini*. Editorial Capel Dominicana.

teniendo causa lícita, puede, sin embargo, vulnerar o afectar derechos fundamentales o un acto entre particulares que no tenga su origen en una obligación contractual, sino de orden procesal, por ejemplo, puede también vulnerar estos derechos o la misma Constitución.

### **3.13. ACTOS DE EFECTOS GENERALES**

#### **3.13.1. Las leyes**

Las leyes, en su aspecto formal o material, pueden ser objeto del control de la constitucionalidad. El profesor Pellerano Gómez, en la obra *ut supra* citada, distingue y analiza diversas hipótesis al plantear si la ley ha sido o no promulgada conforme el procedimiento establecido para su elaboración; si habiendo sido promulgada no ha sido publicada y, por ende, no ha entrado en vigencia, cuando se trate de leyes derogadas y de las leyes de vigencia temporal.

Al respecto, se recomienda su lectura.

#### **3.13.2. Las resoluciones**

Al analizar estos actos del Congreso y de otros Poderes Públicos, el profesor Pellerano Gómez distingue los siguientes: a) las dictadas por el Congreso Nacional mediante las cuales aprueba los tratados o las convenciones internacionales suscritas por el Poder Ejecutivo; b) las que aprueban los contratos que hayan sido suscritos por el Poder Ejecutivo, tanto con particulares nacionales como con entidades internacionales, de conformidad con el numeral 2, literal b) del artículo 128 de la Constitución de la República; c) las resoluciones que dicten dentro de sus atribuciones constitucionales tanto la Junta Monetaria, como la Junta Central Electoral, y las ordenanzas que puedan dictar los ayuntamientos dentro y en ejercicio del regulatorio que, para la vida municipal, les confiere la Constitución y las leyes.

Sobre las resoluciones que aprueban los tratados internacionales, y sobre estos mismos, la doctrina jurisprudencial dominicana ha sido constante e invariable desde la sentencia del 20 de enero de 1961, B. J., Número 606, páginas 47 y 49, en el siguiente sentido:

Los tribunales no solo tienen el derecho, sino que están en el deber de interpretar los tratados en la medida que la aplicación de una de

sus cláusulas puede tener influencia en la solución de un litigio de interés privado; que esta interpretación, como la de las leyes, está sometida al control de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación; que, como materia propia de juicio también corresponde a los tribunales resolver, bajo el control de la casación, si un tratado internacional, lo mismo que las demás leyes, son o no compatibles con la Constitución.

Y este criterio ha sido reafirmado de manera más reciente en la Sentencia núm. 6, del 17 de enero de 1996, donde la Suprema Corte de Justicia señala que los tratados internacionales, debidamente aprobados por el Congreso Nacional, tienen la autoridad de una ley interna; y los tribunales tienen el derecho y están en el deber de interpretarlos y de determinar si estos, como las demás leyes, son o no contrarios a la Constitución de la República.<sup>57</sup>

Sobre el control de constitucionalidad de las Resoluciones de la Junta Monetaria, y contrario a las disposiciones del artículo 4 de la Ley núm. 664 del 2 de septiembre de 1977, se dispone: “Las Resoluciones de la Junta Monetaria, como es de principio, son definitivas y, por consiguiente, no son susceptibles de recurso alguno. Así que, ha sido juzgado por la Corte de Casación dominicana lo siguiente:

Resolución de la Junta Monetaria relativa al valor del peso dominicano frente al dólar norteamericano. Resolución de la Junta Monetaria, del 2 de julio de 1998, y la Sentencia N.º 277 dictada por la Cámara Civil y Comercial de la Tercera Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, del 26 de julio de 1999. Que el artículo 67, inciso 1.º de la Constitución de la República, dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes

---

57 Este criterio ha dejado de tener vigencia en virtud de lo que dispone el artículo 57 de la Ley núm. 137-1, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, G. O., núm. 10622, del 15 de junio de 2011, que dispone: “Artículo 57. Efecto vinculante. La decisión del Tribunal Constitucional será vinculante para el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo. Párrafo. Si el tratado internacional es reputado constitucional, esto impide que, posteriormente, el mismo sea cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional”. Pero sí se mantiene respecto a los tratados y convenciones internacionales aprobados antes de la promulgación de la precitada ley.

de las Cámaras del Congreso Nacional o de la parte interesada; que el artículo 46 establece que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a la Constitución;

Que la acción sobre la constitucionalidad de las leyes que permite ejercer el artículo 67, inciso 1 de la Constitución, es aquella que puede ser intentada contra los actos de los Poderes Públicos a que se refiere el artículo 46 del mismo Estatuto Orgánico, cuando son contrarios a alguna de sus disposiciones y de la cual conoce por vía directa, la Suprema Corte de Justicia; que cuando uno de esos actos vulnera a la ley emanada del Congreso o cualquier otra norma con este carácter, no se está frente a una cuestión de inconstitucionalidad, sino de ilegalidad cuya sanción no corresponde a la Suprema Corte de Justicia al amparo del citado artículo 67, inciso 1 de la Constitución, sino de los tribunales del orden judicial cuando conocen de litis entre partes, por lo que resulta inadmisibile la acción de que se trata en cuanto a la violación a la ley que atribuyen los impetrantes de los actos de los que se ha hecho mención anteriormente;

Que en cuanto a la no conformidad con la Constitución de los citados actos y, específicamente, a la violación de sus artículos 46, 111 y 112, ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia, por su sentencia de esta misma fecha, dictada con motivo de un recurso de casación interpuesto en base a la alegada incapacidad del Banco Central de la República Dominicana para regular la tasa cambiaria del mercado de divisas con respecto a la moneda nacional, que si bien es cierto, como se ha visto, que el cambio o modificación del régimen legal de la moneda nacional requiere para su validez que el Congreso Nacional así lo disponga mediante ley dictada con ese objeto, como ocurrió cuando se sustituyó, mediante la Ley N.º 764, del 12 de abril de 1978, la paridad del peso oro dominicano con un contenido de setecientos treinta y seis mil seiscientos sesenta y dos millonésimas (0.736662) de gramo de oro fino, por la del dólar de los Estados Unidos de América, no lo es menos que, cuando el Banco Central, a través de la Junta Monetaria, resuelve fijar tasas cambiarias con carácter provisorio y revisable en relación con nuestra moneda y emite para conocimiento general los avisos correspondientes, no vulnera la prohibición constitucional contenida en el artículo 112 de la Carta Fundamental, en virtud de la cual solo mediante ley puede ser modificado el régimen legal de la moneda o de la banca, pues en ese caso el Banco Central no hace más que ejercer las facultades

que le reconocen los literales c) y r) del artículo 25 de la Ley Orgánica del Banco Central de la República Dominicana N.º 6142, del 29 de diciembre de 1962, a cuyo tenor dicha entidad tiene la atribución, primero, de dictar las regulaciones a las que deberán ajustarse las operaciones del mercado de compra y venta de divisas, alrededor del cual se forma un tipo de cambio variable que es lo que se ha dado en llamar devaluación cuando se requiere, como en el caso, más cantidad de peso oro para adquirir el dólar; y, segundo, la de resolver cualquier otro asunto relacionado con la política monetaria, crediticia y cambiaria; que de esto resulta que la fijación del tipo o tasa de cambio oficial bajo el cual debe operar el mercado de divisas, es, por sus frecuentes fluctuaciones derivadas principalmente de las necesidades del comercio exterior, responsabilidad de las autoridades monetarias, y no de la ley, para lo cual aquellas deben ceñirse o atenerse, conforme al artículo 9 de la Ley Monetaria vigente, al resultado de los mecanismos establecidos por el Convenio del Fondo Monetario Internacional, del que es signataria la República Dominicana y que es parte de nuestro derecho positivo por haber sido adoptado por los Poderes Públicos de la nación y cuya ejecución, en lo que concierne al país, está a cargo del Banco Central, lo que no implica, en modo alguno, que la referida actuación reguladora constituya una modificación en el régimen legal de la moneda y, por tanto, una violación a los artículos 111 y 112 de la Constitución y 1, 2 y 9 de la Ley Monetaria N.º 1528, modificada del 9 de octubre de 1947, por lo que procede declarar inadmisibles la presente acción en inconstitucionalidad en cuanto se refiere a las Leyes N.º 1528, de 1947, modificada, y rechazar dicha acción en lo que concierne a los artículos 46, 111 y 112 de la Constitución, Sentencia núm. 1, del 4 de abril de 2001, B. J., núm. 1085, páginas 8-10.

### 3.13.3. Sobre las ordenanzas municipales

No cabe duda de que las mismas están sometidas al control constitucional, dentro de las atribuciones que, a tales órganos de Gobierno, atribuye el artículo 199<sup>58</sup> de la Constitución.

---

58 Dispone lo siguiente: "Artículo 199. Administración local. El Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales constituyen la base del sistema político administrativo local. Son personas jurídicas de derecho público, responsables de sus actuaciones, gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, con potestad normativa, administrativa y de uso de suelo, fijadas de manera expresa por la ley y sujetas al poder de fiscalización del Estado y al control social de la ciudadanía, en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes". Y el "Artículo 200. Arbitrios municipales. Los ayuntamientos podrán establecer arbitrios en el ámbito



Al efecto, la Suprema Corte de Justicia ha juzgado:

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Resolución N.º 163/2000, del 5 de octubre del 2000, de la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, recurso admitido. Que el artículo 37, numeral 1 de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a solicitud del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada;

Que en la especie la acción intentada se refiere a la petición de declaratoria de inconstitucionalidad por vía directa o principal de la Resolución N.º 163/2000 del 5 de octubre del 2000, de la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, que crea un sistema de arbitrios y tasas para autorizar la construcción de subestaciones y plantas productoras de electricidad con fines comerciales, la construcción de muelles para fines turísticos y/o de carga y descarga, las torres metálicas para soporte de antenas para comunicaciones y demás usos comerciales, y las antenas para uso de radio, televisión y demás comunicaciones para fines comerciales;

Que la impetrante alega en síntesis, que una resolución dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, no puede derogar ni imponerse a la ley que emana del Congreso, ni puede ir contra principios constitucionales; que la resolución impugnada permite que sean cobradas tasas, arbitrios e impuestos que contradicen las disposiciones legales vigentes y pone en manos del Ayuntamiento del Distrito Nacional, recursos provenientes del cobro de impuestos que, por disposición legal y constitucional, corresponden a organismos y entidades recaudadoras nacionales y no municipales; que el sistema de arbitrios creados por dicha resolución ignora la existencia de la Ley N.º 153-98 General de Telecomunicaciones, pues tiene como fundamento disposiciones legales que han sido derogadas por esta última, que es una ley especial, aplicable en este caso y que deroga la general; que esta contraviene además el orden de prelación y el principio de la supremacía de la Constitución,

---

de su demarcación que de manera expresa establezca la ley, siempre que los mismos no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación ni con la Constitución o las leyes. Corresponde a los tribunales competentes conocer las controversias que surjan en esta materia”.

en virtud del cual esta última es la norma superior, puesto que aquella fija tasas e impuestos municipales a cuestiones que están reglamentadas por ley a nivel nacional y que están prohibidas por la Constitución; que, asimismo, con dicha resolución se viola el artículo 85 de la Constitución que autoriza a los ayuntamientos ‘con la aprobación que la ley requiera, a establecer arbitrios, siempre que estos no coligan con los impuestos nacionales’, ni con la Constitución o las leyes, de donde se infiere que solo podrán hacerlo cuando la ley así lo permita, y la Ley General de Telecomunicaciones permite la fijación de impuestos al sector de las telecomunicaciones, pero exclusivamente de carácter nacional y por tanto los arbitrios o tasas fijadas por el Ayuntamiento del Distrito Nacional no pueden tener bajo ningún concepto aplicación nacional; que al coexistir el arbitrio municipal con el impuesto nacional es obvio que existe el fenómeno de la doble tributación; que, además, el artículo 7 del contrato de concesión para la operación del servicio de telecomunicaciones en la República Dominicana, intervenido entre el Estado dominicano y la exponente, el 23 de enero de 1995, fija una renta ascendente al 10 % de los ingresos brutos nacionales percibidos por CODETEL durante el mes inmediatamente anterior, por los servicios brindados por la empresa, así como el 10 % de los ingresos netos por los pagos de las compañías interconectadas extranjeras para el uso de la red, y la exime de todo otro impuesto, tasa, contribución o recargo que no esté establecido en el preindicado artículo, conforme lo disponen los artículos 10, 11 y 12 de dicho contrato; que este contrato “aun cuando no haya sido validado o aprobado por el Congreso Nacional fue válidamente consentido”, puesto que se hizo dentro del marco de las facultades constitucionales que confiere el numeral 10 del artículo 55 de la Constitución al presidente de la República, y por tanto, no precisa aprobación congresional; que la resolución rompe el principio constitucional de la separación de Poderes, pues el Ayuntamiento ha incursionado en el ámbito del Poder Legislativo, puesto que el artículo 4 de la Ley N.º 153-98 no ha sido derogado y el Ayuntamiento legisló, violentando el artículo 99 de la Constitución que consagra que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos;

Que efectivamente el artículo 37, numeral 1 de la Constitución de la República establece, entre las atribuciones que corresponden al Congreso Nacional, establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión;

Que el artículo 85 de nuestra Carta Magna en su parte final dispone que los ayuntamientos podrán establecer arbitrios, con la aprobación que la ley requiera y “siempre que estas no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación, ni con la Constitución o las leyes”; que como el artículo 4 de la Ley N.º 153-98 General de Telecomunicaciones establece que las telecomunicaciones son de jurisdicción nacional y que, por consiguiente, los impuestos, tasas, contribuciones y derechos serán aplicables a nivel nacional y que, además, no podrán dictarse normas especiales que limiten, impidan u obstruyan la instalación de los servicios de telecomunicaciones, salvo las que provengan de la aplicación de la presente ley; que, además, como es la propia Ley N.º 3456 de Organización del Distrito de Santo Domingo que admite que el Ayuntamiento del Distrito Nacional puede establecer arbitrios, pero bajo las limitaciones que imponen la Constitución y las leyes, es obvio que la resolución impugnada entra en contradicción con los preceptos invocados en apoyo de la presente acción, al permitir también al coexistencia del arbitrio municipal con el impuesto nacional y ocasionando, en este caso, el fenómeno de la doble tributación municipal y una ley, de lo que se puede inferir que se trata de un caso de ilegalidad, la cuestión se vincula al control de la constitucionalidad, al ser la propia Constitución, en su artículo 85, como se ha dicho, la que sujeta la validez de los arbitrios municipales a que estos no coligan con los impuestos nacionales... o las leyes; que por tanto, la Ley N.º 153-98 General de Telecomunicaciones, que tiene carácter nacional, debe prevalecer sobre la resolución mencionada, por lo que procede declarar no conforme con la Constitución la resolución atacada, Sentencia del 24 de octubre de 2001, núm. 6, B.J., núm. 1091, páginas 46-47.

### **3.13.4. Las resoluciones de la Junta Central Electoral, de las Juntas Electorales Municipales**

La posición tradicional de la Suprema Corte de Justicia fue la de rechazar los recursos de inconstitucionalidad contra estas resoluciones, al considerar:

Que la acción de que se trata no se refiere a la inconstitucionalidad de una ley, sino a la alegada inconstitucionalidad de la Resolución N.º 3/95, dictada por la Junta Central Electoral, el 31 de marzo de 1995, por lo cual dicha acción debe ser declarada inadmisibles”, Sentencia núm. 10, 20-9-95, B. J., páginas 213-214; ver también Sentencia núm.

25, 9-8-96, B. J., núm. 1029, página 209; ver también Sentencia núm. 26,9-8-96, B. J., núm. 1029, página 213; ver también Sentencia núm. 27, 9-8-96, B. J., núm. 1029, página 217; ver también Sentencia núm. 28, 09-8-96, B. J., núm. 1029, página 221; ver también Sentencia núm. 29, 09-8-96, B. J., núm. 1029, página 224; ver también Sentencia núm. 30, 19-8-96, B. J., núm. 1029, página 230.<sup>59</sup>

Pero, como señala el profesor Pellerano en su ya varias veces citada obra, a pesar de que la jurisprudencia se mantuvo firme al negar su competencia para decidir cuestiones electorales, lo que puede inducir a extender tal negativa al conocimiento de la acción popular contra los reglamentos de estas Juntas. Tal postura varió radicalmente con la decisión del 6 de febrero de 2002, al disponer:

Resolución sobre circunscripciones electorales N.º 5-2001, emitida por la Junta Central Electoral, el 2 de julio del 2001. Visto el dictamen del Magistrado Procurador General de la República, remitido a la Suprema Corte de Justicia, el 25 de enero del 2002, el cual termina así: 'Que procede referir el presente asunto a la Suprema Corte de Justicia con la finalidad de que los señores Dr. José Jesús Rijo Presbot, diputado al Congreso Nacional y vicepresidente del Partido de la Unidad Democrática; Dr. Víctor E. García Sued, también diputado al Congreso Nacional y vicepresidente del mencionado partido; y Dr. Ramón Emilio Fernández M, secretario de Asuntos Jurídicos del mismo Partido, promotores de la acción en inconstitucionalidad notifiquen o, en su defecto, la Suprema Corte de Justicia de oficio ordene la notificación de la instancia aludida a la Junta Central Electoral, a fin de que este organismo pueda formular sus reparos y observaciones y exponer los fundamentos legales de su Resolución N.º 5-2001 de fecha 2 de julio del 2001; así como, los fundamentos constitucionales de los artículos 79, 80 y 81 de la Ley Electoral N.º 275-97, del 21 de diciembre del 1997, y le sea preservado, en consecuencia, a dicho organismo el derecho de defensa de su ley orgánica y de sus atribuciones reglamentarias y administrativas';

Que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancias

---

59 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa disposición ha sido interpretada *lato sensu* y, por tanto, comprensiva, al tenor del mandato del artículo 46 de la misma Constitución, además de la ley emanada del Congreso Nacional y promulgada o no por el Poder Ejecutivo, de todos los actos que, dentro de sus atribuciones, emitan los Poderes Públicos y entidades de derecho público, reconocidos por la Constitución y las leyes, esfera dentro de la que se circunscriben los actos de la Junta Central Electoral, por lo que la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer de la presente acción en inconstitucionalidad;

Que la Suprema Corte de Justicia como guardiana de la Constitución de la República y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en esta, está en el deber de garantizar a toda persona a través de la acción directa, su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos, en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, con las disposiciones de esta;

Considerando, de otra parte, que en armonía con el Estado de derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que le sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre ellos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho a demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa, debe entenderse por “parte interesada” aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los Poderes Públicos, o entidad de derecho público, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria;

Que en el presente caso las condiciones necesarias para ostentar la calidad de parte interesada de los impetrantes, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia, se encuentran reunidas; Que cuando la Suprema Corte de Justicia estatuye en virtud de los poderes que le confiere el aludido artículo 67, inciso I, de la Constitución de la República sobre la constitucionalidad de una ley, decreto,

resolución, reglamento o acto de uno de los Poderes Públicos o entidad de derecho público, lo hace sin contradicción, solo a la vista de la instancia que la apodera, de las piezas que la acompañen y del dictamen, si este se produce, del procurador general de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no es óbice para que este o la Suprema Corte de Justicia, si lo consideran útil y de interés, recaben la opinión y observaciones del organismo que haya emitido la disposición de que se trate, ya que dicha acción no implica un procedimiento contradictorio en el sentido jurisdiccional del término, pues no se trata de una contestación entre partes ni un juicio contra el Estado o alguna de sus instituciones, sino contra una ley, decreto, resolución, reglamento o acto argüido de inconstitucionalidad; que, como en la especie, la Suprema Corte de Justicia considera no necesario ni de utilidad la comunicación del expediente, desestima el pedimento del procurador general de la República contenido en su dictamen, cuya parte dispositiva se copia más arriba;

Que los autores del apoderamiento a esta Suprema Corte de Justicia demanda sea declarada la inconstitucionalidad de los artículos 79, 80, y 81 de la Ley Electoral N.º 275-97, del 21 de diciembre de 1997, y la Resolución N.º 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, relativa a las circunscripciones electorales, por los motivos siguientes: a) que la circunscripción electoral es la unidad de conversión de los votos en escaños, normalmente sobre una base territorial; que el sistema plurinominal asigna a cada circunscripción un número de escaños en proporción a su población, mientras que el sistema uninominal asigna un solo escaño a cada circunscripción; que el artículo 24 de la Constitución de la República faculta al pueblo de las provincias y del Distrito Nacional para elegir sus diputados y establece un sistema plurinominal, ya que fija una razón o proporción de uno por cada cincuenta mil habitantes o fracción de más de veinticinco mil, y se esfuerza al considerar que en ningún caso sean menos de dos por provincia (circunscripción); que de acuerdo con el artículo 91 de la Constitución, el sistema es proporcional, para así darle oportunidad a las minorías; que sin una modificación a los artículos 24 y 91 de la Constitución, las provincias y el Distrito Nacional no se pueden subdividir para crear nuevas circunscripciones, ya que se estaría conculcando el derecho constitucional que tienen los ciudadanos que constituyen el pueblo de las provincias y del Distrito Nacional a participar de la elección de todos los cargos o escaños que existan, en la provincia o en el Distrito Nacional; b) que conforme a los artículos 79 y 80, párrafo I, de la Ley Electoral N.º 275-97, el

escaño ha de ser asignado al candidato más representativo del sector de los habitantes que lo elige, es decir, el candidato más votado, sin importar la cantidad de votos que obtenga el partido; que al consignar que las circunscripciones deben tener 50,000 habitantes o fracciones no menor de 25,000, se está escogiendo un diputado por cada circunscripción; que el sistema así creado es uninominal; que, por tanto, dichas disposiciones al ser contrarias a los artículos 24 y 91 de la Constitución de la República son nulos de pleno derecho, al igual que los artículos 80 y 81, por vía de consecuencia; y c) que los artículos quinto, noveno y su párrafo de la Resolución N.º 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, son contrarios a los artículos 22, 24 y 25 de la Constitución de la República, y por tanto, nulos de pleno derecho, porque las condiciones para ser diputado no conllevan la obligatoriedad del domicilio, sino haber residido cinco años consecutivos en la circunscripción territorial que lo elija; porque el elector tiene derecho a elegir uno por cada cincuenta mil o fracción de más de veinticinco mil habitantes en todo el ámbito de la provincia o el Distrito Nacional, por lo que debe votar por tantos candidatos como correspondan a la provincia o el Distrito Nacional (sistema plurinominal), no por un candidato determinado (sistema uninominal);

En relación con los alegatos a que se refiere el considerando anterior, el artículo 91 de la Constitución de la República dispone: 'Las elecciones se harán según las normas que señale la ley, por voto directo y secreto, y con representación de las minorías cuando haya de elegirse dos o más candidatos'; que, asimismo, el artículo 25, también de la Constitución, dispone por su parte: 'Para ser diputado se requieren las mismas condiciones que para ser senador'; que entre esas condiciones, según su artículo 22, figura la de ser nativo de la circunscripción territorial que lo elija o haber residido en ella por lo menos cinco años consecutivos;

Que, como se advierte, en virtud de lo pautado por el antes mencionado artículo 91 de la Constitución de la República, la ley debe señalar las normas concernientes a las elecciones; que así, ella puede, como lo hacen los artículos 79 y 80 de la Ley N.º 275-97, adoptar, para elegir diputados y regidores, la división territorial que en cumplimiento de esos textos legales ha implementado la Junta Central Electoral, organismo encargado de dirigir las elecciones, mediante circunscripciones electorales para las elecciones generales del 2002 y subsiguientes; que al precisar, además, los artículos

citados y los párrafos del último, que la cantidad a asignar de diputados y regidores a las referidas circunscripciones electorales, es la correspondiente al número de habitantes, tomando en cuenta que la suma de los representantes por cada una de ellas debe coincidir con la cantidad que tiene derecho a elegir en la división política correspondiente, según lo establece la Constitución de la República, satisface así la exigencia constitucional;

Que, con respecto a la alegación de los autores de la instancia que se analiza de que los mencionados textos sustituyen el sistema plurinominal por el sistema uninominal, como modo del ciudadano manifestar su preferencia electoral, lo que consideran una trasgresión a los artículos 24 y 91 de la Constitución de la República, se impone subrayar que la previsión contenida en el primero de estos artículos en el sentido de que la Cámara de Diputados se compondrá de miembros elegidos cada cuatro años por el pueblo de las provincias y del Distrito Nacional, a razón de uno por cada cincuenta mil habitantes o fracción de más de veinticinco mil, sin que en ningún caso sean menos de dos, no es desconocida por los artículos 79 y 80 de la Ley Electoral, los cuales no hacen más que cambiar el modo tradicional y de arrastre de escrutinio aplicable a la elección de los diputados y regidores, por el de votación preferencial, ya que, como se puede apreciar de la lectura de la parte in fine de la parte capital del citado artículo 80 y su párrafo I, dicha legislación se cuida, para no incurrir en el vicio que se le imputa, de recordar: a) que la cantidad de diputados y regidores correspondientes debe establecerse de conformidad con el número de habitantes; b) que la suma de los representantes por circunscripciones electorales debe coincidir con la cantidad que tiene derecho a elegir en la división política correspondiente, según lo establece la Constitución de la República; y, c) que para los fines de elecciones congresionales, las circunscripciones deben tener el número de habitantes expresado en el citado artículo 24, y pueden cubrir territorialmente más de un municipio, siempre garantizando que por la provincia no hayan menos de dos diputados al Congreso;

Que lo anterior debe interpretarse en el sentido de que las circunscripciones deben tener un mínimo de 50,000 habitantes o fracción mayor de 25,000, y no como lo hacen los autores de la presente acción que entienden erróneamente que a cada circunscripción electoral se le ha asignado la cantidad fija de 50,000 habitantes o fracciones no menor de 25,000 y, por tanto, un diputado



por cada circunscripción, lo que sí consagraría el sistema uninominal de elecciones contrario al sistema plurinominal esbozado por el texto constitucional y que es asimilado por la Ley Electoral;

Que la ley del Congreso Nacional puede versar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro Poder del Estado o contraria a la Constitución de la República; que al disponer el artículo 91 del Pacto Fundamental que las elecciones se harán según las normas que señale la ley, resulta innegable la competencia del legislador en virtud de este texto para fijar las reglas concernientes a la elección de diputados y regidores; que en ese sentido y para garantizar que los ciudadanos que resulten electos sean una verdadera representación del sector de los habitantes que los eligen, aquel ha creado la modalidad de las circunscripciones electorales mediante las cuales se elegirá la cantidad de diputados y regidores de conformidad con el número de habitantes, según lo establece la Constitución de la República; que en lo que respecta a la elección de los diputados el artículo 24 de la Constitución de la República faculta al pueblo de las provincias y del Distrito Nacional, para elegir a sus diputados y establece la base poblacional para la asignación de los escaños correspondientes, de todo lo cual se infiere que las disposiciones de la Ley N.º 275-97, del 21 de diciembre de 1997, argüidas de inconstitucionales, son cónsonas con los artículos 24 y 91 de la Constitución de la República y reafirman el mandato de la base poblacional y territorial para la elección de los diputados y regidores; que de las consideraciones apuntadas la Suprema Corte de Justicia ha podido comprobar que el sistema instituido para los escrutinios generales venideros no lesiona en modo alguno el derecho y la independencia del ciudadano al sufragio y la conformidad de los artículos 79, 80 y 81 de la Ley Electoral vigente, con la Carta Magna;

Que los autores del apoderamiento atacan por la misma causa la Resolución N.º 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, que reglamenta la implementación de las circunscripciones electorales para las elecciones generales del año 2002; que en ese orden alegan, en primer término, que el artículo quinto de la indicada resolución, al establecer que en adición de los requisitos contenidos en la Constitución y las leyes, los candidatos propuestos por los partidos políticos y agrupaciones políticas, deberán ser nativos o estar domiciliados dentro de los límites de la circunscripción electoral de la población que intentan representar y, que en caso de ser elegidos,

deberán fijar domicilio permanente en su circunscripción electoral hasta el término de su mandato, y en caso de no cumplirse con esta disposición, agrega la resolución, serán sancionados de conformidad con el artículo 174 de la Ley Electoral N.º 275-97, lo que consideran violatorio del artículo 22 de la Constitución; que del mismo modo impugna el artículo noveno y su párrafo de la misma resolución, el cual indica que: ‘Disponer que la elección de los diputados en las provincias y circunscripciones electorales establecidas, sea hecha mediante votación preferencial; Párrafo: Establecer, en consecuencia, que el ciudadano podrá votar por un candidato determinado, marcando el recuadro con la foto del mismo; o por el partido o agrupación política, con solo marcar el recuadro con el emblema y/o las siglas del mismo’;

Que de la combinación de los artículos 22 y 25 de la Constitución de la República se colige que para ser diputado se requiere ser dominicano en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, haber cumplido *veinticinco años de edad y ser nativo de la circunscripción territorial que lo elija o haber residido en ella por lo menos cinco años consecutivos; que si bien, conforme al artículo 92 de la Constitución de la República, las elecciones serán dirigidas por una Junta Central Electoral y por Juntas dependientes de esta, las cuales tienen facultad para juzgar y reglamentar de acuerdo con la ley, no lo es menos que cuando la Constitución fija las normas, en este ámbito como en cualquier otro, como lo hace en el artículo 22, extensivo en la especie para la elección de los diputados, ni la ley ni reglamento alguno pueden alterar lo establecido en el canon constitucional; que al adicionar el artículo quinto de la resolución señalada, como requisito a cumplir por los candidatos propuestos, el hecho de que, en caso de no ser nativos estar domiciliados dentro de los límites de la circunscripción electoral de la población que intentan representar, y el de fijar domicilio permanente en su circunscripción electoral hasta el término de su mandato en caso de ser elegidos, bajo sanción penal, la Junta Central Electoral se ha excedido en sus poderes en razón de haber consignado exigencias no previstas por la Ley Sustantiva para que una persona pueda optar como candidato en las elecciones generales del 2002, por lo que el citado artículo quinto deviene no conforme con la Constitución de la República;*

Que en lo que concierne a la pretendida inconstitucionalidad del artículo noveno y su párrafo de la resolución a que se viene haciendo

alusión que consagra para la elección de los diputados en las provincias y circunscripciones electorales establecidas, el sistema de votación preferencial o, lo que es lo mismo, el sistema de votación por un candidato determinado, se impone destacar que con ese propósito la Junta Central Electoral pudo disponer, como lo hizo, en uso de la facultad reglamentaria que le otorga la Constitución, como ya se ha dicho, la implementación de las circunscripciones electorales y el voto preferencial, con el objetivo de que los ciudadanos que resulten electos, sean una genuina representación del sector de habitantes que los elijan, y de que por esa vía se elimine el sistema del arrastre electoral, por lo que carece de fundamento la imputación que hacen los impetrantes respecto de la citada disposición;

Que examinada la Resolución N.º 5-2001, de la Junta Central Electoral, del 2 de julio del 2001, en su preámbulo y demás disposiciones, la Suprema Corte de Justicia ha podido comprobar su conformidad con la Constitución de la República;

Que en la especie no ha lugar a que la Suprema Corte de Justicia promueva de oficio ninguna otra cuestión de inconstitucionalidad en lo que concierne a las otras disposiciones de la ley y la resolución que no fueron sometidas a su examen, Sentencia del 6 de febrero de 2002, núm. 1, B. J., núm. 1095, páginas 4-13.

### **3.13.5. Sobre los decretos y reglamentos**

El artículo 46 de la Constitución es claro al señalar que los mismos están sometidos a la Ley Suprema; y que, cuando su contenido sea contrario a esta, los mismos son nulos de pleno derecho.

El profesor Pellerano Gómez, en su obra “El control judicial de la constitucionalidad”, páginas 60 y 61, al analizar el tema sobre los decretos que en uso de las facultades que en ejercicio del ordinal 7, del artículo 55, concede la Constitución al presidente de la República, de suspender los derechos fundamentales, con excepción al derecho de la vida, cita una decisión de la Corte Suprema del 11 de mayo de 1962, B. J., núm. 622, página 677, que estableció el criterio de que esta facultad para “posibilitar la declaración de estado de emergencia nacional, es de orden político y no jurídico, por lo cual dicha apreciación está fuera del control de los tribunales”, e impide la declaratoria de su inconstitucionalidad, criterio del cual discrepamos, pues el derecho a la vida es el primero y del cual dimanar todos los demás derechos

denominados fundamentales, y tal como lo proclama el Pacto de San José, o Convención Americana de Derechos Humanos, bajo ninguna condición puede ser suspendido.

### **3.13.6. Actos del Estado**

El término “actos”, al que se refiere el artículo 6 de la Constitución de la República, ha de ser entendido, en principio, como aquel que, no teniendo categoría de ley, decreto, reglamento y ordenanza, involucre a un particular y al Estado, manifestado como tal a través de uno de sus órganos.

En estos actos, la tendencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido coherente en el sentido de negar la posibilidad de control constitucional de los mismos, cuando tengan un carácter o sean de naturaleza política, o que sean el producto de “acontecimientos de carácter colectivo que afecten a las instituciones políticas”, no obstante las disposiciones que contiene el artículo 267 de la Constitución.

Respecto a las sentencias y actos jurisdiccionales de los tribunales, la posición del Máximo Tribunal dominicano ha sido claro y determinante al afirmar:

Que en la especie se advierte que se trata de una acción en inconstitucionalidad por vía principal contra una decisión dictada por la Cámara de Calificación que declaró un no ha lugar; que como lo indica la acción en inconstitucionalidad, esta no está dirigida contra ninguna norma de las señaladas por el artículo 46 de la Constitución, sino contra una decisión dictada por una instancia de apelación judicial no sujeta a ningún recurso y con la autoridad irrevocablemente de la cosa juzgada, por lo que la acción de que se trata resulta inadmisibile. Sentencia núm. 34, del 19 de julio de 2000, B.J., núm. 1076, página 215; ver también Sentencia del 19 de julio de 2000, núm. 28; Sentencia núm. 14, 31 de julio de 1996, B.J., núm. 1028, página 92; Sentencia núm. 16, 31 de julio de 1996, B.J., núm. 1028, página 99; Sentencia núm. 17, 31 de julio de 1996, B.J., núm. 1028, página 102.

Sin embargo, en la actualidad y en virtud del mandato contenido en el artículo 53 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, el Recurso no está abierto por esa causa ante la Corte de Casación, pero sí lo está ante el Tribunal

Constitucional, mediante el Recurso de Revisión Constitucional, al consagrarse en dicho artículo lo siguiente:

El Tribunal Constitucional tendrá la potestad de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha de proclamación y entrada en vigencia de la Constitución, en los siguientes casos: 1) Cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza. 2) Cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional. 3) Cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental, siempre que concurran y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) Que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación haya tomado conocimiento de la misma. b) Que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada. c) Que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar.

Esta disposición, cónsona con el criterio de la Corte de Casación, implica que la excepción de inconstitucionalidad haya sido promovida por las partes ante los jueces del fondo, no pudiendo ser promovida por primera vez ante la Suprema Corte en funciones de Corte de Casación.

### **3.13.7. Causas de inconstitucionalidad**

Los motivos que deben fundamentar, y los cuales el intérprete debe tener en cuenta al juzgar un pedimento de inconstitucionalidad, han de estar basados en demostrar que la actuación atenta contra el Texto Máximo; nunca cuando el fundamento del mismo lo sea la ilegalidad, entendiéndose por esta, la contradicción que se da entre lo dispuesto por la ley, el decreto, reglamento, ordenanza, acto, como se aprecia claramente en la siguiente decisión:

Resolución impugnada: N.º 130-62, del 13 de septiembre del 1962, del Ayuntamiento del Distrito Nacional. Pago de arbitrio por solares baldíos. Doble tributación. Recurso acogido. Que en el caso de la

especie, la impetrante alega que la Resolución N.º 130, del año 1962, del Ayuntamiento del Distrito Nacional, es violatoria al artículo 46 de la Constitución y, por consiguiente, sujeta a la nulidad consagrada por esta Carta Sustantiva; así como, también sostiene que dicha resolución contradice al artículo 85 de la misma Constitución, que dispone que los ayuntamientos, con la aprobación que la ley le requiera, establecer arbitrios, siempre que estos no colidan con los impuestos nacionales, pero esta resolución municipal crea un impuesto sobre solares no edificados dentro de un polígono determinado de la ciudad de Santo Domingo y posteriormente se promulgó la Ley N.º 18-88, del 5 de febrero de 1988, que crea el impuesto sobre vivienda suntuaria y solares urbanos no edificados, con autoridad impositiva para todo el territorio nacional y disponiendo que un 20 % de su producción total se destine a favor de los ayuntamientos del país;

Que, como se advierte, la Resolución N.º 130-62, dictada por la Sala Capitular del Ayuntamiento del Distrito Nacional, el 13 de septiembre de 1962, preexistía cuando fue promulgada y publicada la Ley N.º 18-88, que establece un impuesto sobre las viviendas suntuarias y solares urbanos no edificados, como lo hace igualmente la resolución para esto *último* en el Distrito Nacional;

Que la referida resolución al momento de ser emitida no contravenía la disposición del artículo 85 de la Constitución que faculta a los ayuntamientos, con la aprobación que la ley requiera, a establecer arbitrios, siempre que estos no colidan con los impuestos nacionales, con el comercio intermunicipal o de exportación, ni con la Constitución o las leyes, en razón de que a esa fecha no colidía con ninguna disposición legal o constitucional vigente que estableciera algún impuesto nacional que versará sobre el mismo hecho generador del arbitrio consagrado en la resolución; que es innegable, sin embargo, que al ser puesta en vigor la Ley N.º 18-88, el 5 de febrero de 1988, la resolución municipal señalada, a partir de ese momento, entró en conflicto con aquella, pues al crear la ley un derecho en favor del Estado sobre el mismo objeto perseguido por esta: la percepción de un impuesto sobre solares urbanos no edificados, se produjo la situación prevista por el artículo 85, parte in fine, de la Constitución, que prohíbe la coexistencia del arbitrio municipal con el impuesto nacional, o sea, la existencia, en este caso, del fenómeno de la doble tributación;

Que en el caso ocurrente, hay colisión entre los derechos que generan el arbitrio y el impuesto al recaer sobre un mismo objeto; que esto último lo confirma la misma Ley N.º 18-88 al disponer en el párrafo II de su artículo 3, que del producido total de esta ley se destinará un veinte por ciento (20 %) a favor de los ayuntamientos del país; que si bien la colisión, en la especie, se produce entre una resolución municipal y una ley, de lo que podría inferirse que se trata de un caso de ilegalidad, la cuestión se vincula al control de la constitucionalidad, al ser la propia Constitución en su artículo 85, la que condiciona la validez de los arbitrios municipales a que estos no colidan con los impuestos nacionales... o las leyes; que, como se ha visto, la Ley N.º 18-88, que crea, además, el impuesto sobre solares urbanos no edificados, y que tiene carácter nacional, debe prevalecer sobre la Resolución N.º 130-62 mencionada, Sentencia núm. 12, 23 de agosto de 2000, B.J., núm. 1077, páginas 68-70.

Los vicios de inconstitucionalidad tienen su fuente en aspectos formales o procesales en la creación de la ley, o resultar en contraposición de su contenido formal, y en este aspecto son materiales o sustanciales. En cuanto a los primeros, la inconstitucionalidad estaría basada en la inobservancia de procedimientos establecidos por la ley para la creación, vale decir, violación a los artículos 39, 40, 41, 42, 43 y 44 de la Constitución de la República, como también a los artículos 270 del mismo texto constitucional. O cuando, como señala Pellerano Gómez, se produzca por “una incompetencia de orden constitucional... aun cuando sus preceptos no contravengan ninguna de las provisiones o valores consagrados por la Constitución”,<sup>60</sup> señalando como causas de incompetencia constitucional las siguientes:

1) Violación al ámbito de la legalidad. Que rige y sobre el que descansa el Estado de derecho que organiza la Constitución “según el cual los órganos del Poder del Estado deben ceñirse estrictamente a los que esta dispone, cuyas competencias respectivas no se presumen, sino que por el contrario deben ser atribuidas de manera expresa”.

Dentro de este concepto, serían inconstitucionales, y conforme lo dispone el artículo 99 de la ley fundamental de la nación dominicana, todo acto, ordenanza, resolución, reglamento, decreto y ley, que emane de un órgano no investido de dicha potestad o facultad, por ausencia

---

60 Pellerano, J. M. (1998). *El control judicial de la constitucionalidad. Breviario 4. Asociación Hipólito Herrera Billini*. Editorial Capel Dominicana.

de autorictas; cuando uno de los Poderes en que se divide el Estado el artículo 4 de la Constitución, realiza o ejerce funciones que corresponden a otro poder, como lo es el caso de que el ejecutivo y mediante decreto, establezca impuestos de carácter general.

En este aspecto:

Inconstitucionalidad. Decreto 295-94, del 29 de septiembre de 1994 (tasa de salida). Que el Decreto del 29 de septiembre de 1994, cuya no conformidad con la Constitución es demandada, expresa en su parte dispositiva, lo siguiente: 'Artículo 1. La Contribución de Salida de la República Dominicana a cargo de toda persona que viaje al exterior por vía aérea, será a partir del 15 de octubre de 1994, de US\$10.00 (dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) para dominicanos y extranjeros; Artículo 2. El presente decreto deroga en lo que sea necesario el artículo 1.º del Decreto N.º 504-90 del 8 de diciembre de 1990'; que, aunque no es requerido para que una ley, decreto, resolución o acto, pueda ser declarada su inconstitucionalidad, que la disposición de que se trate haya recibido o esté en ejecución, el decreto argüido de tal, viene recibiendo aplicación desde la fecha que su entrada en vigencia fue dispuesta por el mismo decreto, lo que es confirmado en el proceso verbal redactado por el Notario Público doctor L. A. S. O., el 18 de octubre de 1994, donde consta la declaración de la recaudadora de la contribución, en el Aeropuerto Internacional de las Américas, señorita R. de los S., quien le expresó al declarante en ese acto que trató de pagar el impuesto en moneda nacional 'que el pago debe hacerse en dólares y no en pesos dominicanos', y que ella no acepta el pago en moneda nacional, por instrucciones superiores'.

Que efectivamente, el artículo 4 de la Constitución consagra la división de los Poderes y hace a sus encargados responsables y precisa que estos no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por la Constitución y las leyes; que entre esas atribuciones al Congreso le corresponde, según el artículo 37, numeral 1, como Poder Legislativo, establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión; que entre las atribuciones reservadas a la competencia del presidente de la República, al tenor del artículo 55 de la Constitución, no se encuentra la de instituir impuestos o contribuciones generales; que como el Decreto del Poder Ejecutivo N.º 259-94, del 29 de septiembre de 1994, fija una contribución de salida de la República a cargo de toda persona que viaje al exterior por vía aérea, resulta



evidente la transgresión por vía del indicado decreto, de las disposiciones del numeral 1 del artículo 37 de la Constitución, al crear una contribución que solo corresponde al Congreso establecer; que al carecer de capacidad el Poder Ejecutivo, dicho decreto es nulo por contravenir el artículo 46 de la Carta Magna; que se hace innecesario, por esto, ponderar la solicitud de los impetrantes de si podía o no el Poder Ejecutivo fijar la contribución en moneda extranjera, como se establece en el decreto antes mencionado; que no obstante lo acabado de expresar, la Suprema Corte de Justicia considera pertinente y útil examinar el aspecto de la instancia, relativo a la crítica del establecimiento de la contribución en dólares de los Estados Unidos de América;

Que en efecto, el artículo 111 de la Constitución dispone que la unidad monetaria nacional es el peso oro, así como que solo tendrán circulación legal y fuerza liberatoria los billetes emitidos por una entidad emisora única y autónoma, cuyo capital sea propiedad del Estado, siempre que estén totalmente respaldadas por reservas en oro y por otros valores reales y efectivos, en las proporciones y condiciones que señala la ley y bajo la garantía ilimitada del Estado; que lo anterior obliga a admitir que todas las operaciones económicas internas deben hacerse con la moneda nacional, ya que su fuerza liberatoria es absoluta y total; que en ese orden, la Ley Monetaria N.º 1528, del 9 de octubre de 1947, actualmente en vigor, promulgada al amparo de la Constitución promulgada el 10 de enero de ese año, en su artículo 2 dispone que ‘los precios, impuestos, tasas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados o ejecutados en la República Dominicana, se expresarán y liquidarán en peso. Toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga pagos en plata u oro metálico, moneda o divisas extranjeras, o cualquier otra unidad monetaria que no sea el peso, será nula. No obstante, dicha nulidad no invalidará la obligación principal, cuando esta pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en peso, efectuando la conversión sobre la base de las paridades legales correspondientes, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago, según resulte más favorable al deudor...’.

Que ni en la Ley Monetaria ni en la que instituye el Banco Central de la República Dominicana, entidad emisora de la moneda nacional, las que con las normas trazadas por la Constitución forman las bases

del régimen monetario dominicano, existe disposición alguna que permita, fuera de las excepciones que se indican en el transcrito artículo 2 de la Ley Monetaria, el cobro de impuestos y contribuciones en moneda extranjera, por lo que también por este motivo el decreto de que se trata resulta inconstitucional;

Que por otra parte la Suprema Corte de Justicia no tiene capacidad constitucional, en virtud del principio de la separación de los poderes, para restituir la vigencia del Decreto N.º 504-90, del 8 de diciembre de 1990, derogado por el Decreto, cuya inconstitucionalidad se demanda, como solicitan los impetrantes en su instancia, por lo que procede desestimar ese pedimento, Sentencia núm. 4, del 19 de mayo de 1999, B. J., núm. 1062, páginas 64, 65, 66 y 67.<sup>61</sup>

2) La extralimitación de funciones. Se incurrirá en este vicio cuando, como secuela del precitado artículo 73,<sup>62</sup> uno de los Poderes del Estado se extralimita en el ejercicio de las atribuciones que le corresponde o realiza algunos para los cuales no está facultado, pero al hacerlo no invade atribuciones que corresponden a otros Poderes Públicos. Al efecto, el mejor ejemplo lo visualizamos en este caso fallado por la Suprema Corte de Justicia.

“Limitación del ámbito de competencia de los tribunales militares. Inconstitucionalidad de los mismos. Visto el dictamen del procurador general de la República, el cual termina así: ‘Primero: Que procede la designación de jueces en el caso de que se trata; Segundo: Que de igual manera procede designar al Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional como el tribunal competente para instruir la sumaria correspondiente a cargo del cabo de la Policía Nacional Pérez Reyes (a) Tyson o cabo Francisco Reyes Santana y del sargento Policía Nacional Cándido Medina Medina’;

Visto la certificación expedida por la Dra. R. A. M. de E., primer teniente, abogada P. N., Secretaria del Tribunal de Primera Instancia de Justicia Policial, con asiento en Santo Domingo, el 10 de diciembre del 2001, dando cuenta del apoderamiento de la jurisdicción policial;

---

61 Biaggi, J. A. (2003). *15 años de jurisprudencia constitucional, contencioso y tributario dominicano, 1988-2002*. Impresora Soto Castillo.

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

Visto la certificación expedida por M. A. de la P., secretaria del Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, el 10 de diciembre del 2001, dando cuenta del apoderamiento de esa jurisdicción de instrucción;

La Suprema Corte de Justicia, después de haber deliberado, vista la Constitución de la República y los artículos 163 de la Ley de Organización Judicial, 14 letra b) de la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia, 381 y siguientes del Código de Procedimiento Criminal, la Ley N.º 285 del 29 de junio de 1996, y particularmente los artículos 25, 27 y 228;

Que de conformidad con el artículo 163 de la Ley de Organización Judicial, toda demanda en declinatoria o en designación de jueces será de la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia; que en materia penal esta demanda puede ser intentada por el prevenido, la parte civil o el Ministerio Público;

Que el conflicto negativo de jurisdicción da lugar, como el conflicto positivo, a la designación de jueces; que el conflicto positivo se produce cuando dos tribunales, aun de distinta naturaleza, se declaran competentes para conocer de un mismo asunto; que si bien el conflicto positivo surge, como se dice más arriba, cuando dos tribunales se declaran competentes para conocer de un mismo asunto, es admitido, como lo prevé el artículo 383 del Código de Procedimiento Criminal, que habrá lugar a designación de jueces por la Suprema Corte de Justicia, cuando un consejo de guerra u oficial de policía militar o cualquier otro tribunal de excepción, por una parte y un tribunal criminal, correccional, juzgado de policía o juez de instrucción, por otra parte, estén amparados del mismo delito o de delitos conexos o de la misma contravención; que de eso resulta que esa facultad puede ser ejercida por la Suprema Corte de Justicia, independientemente de que los tribunales o jueces apoderados hayan tomado o no decisión sobre su competencia;

Que, en el caso ocurrente, como se ha visto, se han suministrado las pruebas de que están apoderados del mismo asunto, el Tribunal de Primera Instancia de Justicia Policial, con asiento en Santo Domingo, y el Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, como se evidencia de las certificaciones anexas a la instancia con que se introduce la presente demanda, las cuales se enuncian anteriormente;

Que en la especie se encuentran reunidas las condiciones previstas y requeridas por la ley para la admisión de la demanda de que se trata;

Que, por otra parte, la Suprema Corte de Justicia tiene capacidad para discernir los criterios sobre competencia que le permitan, frente a un conflicto de esta naturaleza, declinar adecuadamente el asunto ante aquella jurisdicción de las dos apoderadas que entienda con mayor aptitud y en mejor posición para hacer una más sana y recta administración de justicia;

Que el artículo 55, numeral 17, de la Constitución dispone que al presidente de la República corresponde 'Nombrar o revocar los miembros del Consejo de Guerra de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional', lo que obviamente significa que los Tribunales de Primera Instancia y las Cortes de Apelación de Justicia Policial, reglamentados por la Ley N.º 285, del 29 de junio de 1966, que crea el Código de Justicia de la Policía Nacional, constituyen verdaderos Consejos de Guerra en el ámbito policial, con las mismas características de los Consejos de Guerra Militares, incluida la potestad para la designación de sus miembros que corresponde al presidente de la República;

Que es de principio que el soldado, entre los que se debe incluir al policía por lo antes dicho, no debe ser sustraído más que excepcionalmente de la jurisdicción ordinaria, de lo que se deriva, como consecuencia obligada, que durante el tiempo normal, constituido no por un Estado de guerra, sino de paz, los tribunales militares y policiales no deben conocer, en principio, más que 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 N.º 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: '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 como crímenes o delitos, cometidos por miembros de la Policía Nacional...';

Que en ese orden es oportuno inferir que en los demás casos de infracciones previstos, de manera general, en el artículo 25 y de manera particular en el artículo 27 de la citada ley, tales como: 'Las

cometidas por miembros de la Policía Nacional en los cuarteles, campamentos y cualquier otro recinto o establecimiento policial; las cometidas en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones sea cual fuere el lugar donde ocurran; y las de cualquier naturaleza cometidas entre sí por miembros de la Policía Nacional, aun no estando en servicio, a condición, en este caso, de que como consecuencia de la infracción no resulten afectados elementos de la clase civil en sus personas o en sus propiedades', los tribunales policiales no son competentes en tiempo de paz, para conocer de las indicadas infracciones las cuales, solo en circunstancias especiales y situaciones de excepción, recobran dichos tribunales su aptitud legal para conocer de las mismas;

Que no existe en el país, al momento de juzgarse la presente demanda en designación de jueces, un Estado de guerra o de naturaleza similar que justifique y haga posible, frente a estas circunstancias de excepción, que los tribunales policiales reivindiquen su competencia para conocer todos los casos de infracciones cometidas por miembros de la Policía Nacional y señalados, de manera general, por los ya citados artículos 25 y 27 del Código de Justicia de la Policía Nacional;

Que, en tales condiciones, jurisdicción ordinaria del Distrito Nacional es la competente para conocer y decidir del caso que se trata.

Por tales motivos: Primero: Declara regular en la forma la demanda en designación de jueces intentada por el Magistrado Procurador Fiscal del Distrito Nacional. Segundo: Declara dicha demanda fundada en cuanto al fondo y, en consecuencia, anula el apoderamiento hecho, respecto del presente asunto, al Tribunal de Primera Instancia de Justicia Policial. Tercero: Declara la competencia de la jurisdicción ordinaria o de derecho común para conocer y fallar el asunto de que se trata y, en consecuencia. Cuarto: Designar al mismo Quinto Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional, para que prosiga instruyendo la sumaria correspondiente, a cargo de los inculpadados cabo Policía Nacional P. R. (a) Tyson o cabo F. S. y sargento policía nacional C. M. M. Quinto: Ordena que la presente sentencia sea comunicada por secretaría al Magistrado Procurador General de la República para su conocimiento y sea notificada a las partes. Sentencia núm. 4, 26 de diciembre de 2001, B.J., núm. 1093, páginas 26-30.

En este caso, la extralimitación se verifica en los tribunales militares que ejercen la función de juzgar aquellos casos en que, cometidos

por uno de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, y no encontrándose el país en un Estado de guerra, cometen actos o hechos que vulneran principios fundamentales en contra de ciudadanos, reputándose así como crímenes o delitos comunes, extralimitándose en sus funciones de orden constitucional, que se identifican como violaciones propias a esta. O cuando se violenta la condición de razonabilidad que consagra el ordinal 15 del artículo 40 de la Constitución de la ley.<sup>63</sup>

3) Vicios materiales o sustanciales. Distinguirse en la doctrina tres tipos de reglas de acuerdo al contenido en la Constitución, las cuales pueden ser normas que regulan situaciones específicas, la enunciación de un principio o el esbozo de un programa. Conforme a esta, el control de constitucionalidad se manifiesta de manera diferente. Cuando se trata de una norma de la Constitución, la declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley presupone que los textos de ambas contengan consecuencias jurídicas distintas para una misma situación jurídica o supuestos de hechos, y que como tales sean incompatibles.

La Constitución puede contener o disponer una regla para una categoría general de casos, la cual puede ser contradicha para un caso particular regulado por la ley. Puede darse la situación de que el principio constitucional sea contradicho por los supuestos particulares. El texto constitucional puede contener principios que orienten la acción del legislador, como el caso de los derechos fundamentales; o que programen el logro de determinados fines mediante preceptos a ser dictados por la ley, normas que pueden figurar en ordinales y acápite del artículo 8 que pueden pautar la conducta del legislador, de donde una ley que sea radicalmente opuesta o incompatible con ellos puede provocar su declaratoria de inconstitucionalidad.

Es lo que la doctrina italiana ha denominado “la irracionalidad de la ley”: “La ley, es igual para todos, no puede ordenar más que lo que es justo para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica”, dispone el ordinal 15, del artículo 40 de la Constitución de la República, estableciendo así un límite a los Poderes del propio Estado, que es determinante para medir que la actividad legislativa

---

63 Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto: 5) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: solo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad, y no puede prohibir más que lo que le perjudica.

del Estado sobrepase los límites que tiendan a la consecución de los intereses colectivos dentro del orden de libertad individual y de justicia social compatible con el orden público, y los derechos de todos, que es la finalidad principal del Estado, conforme el enunciado capital del referido artículo.

Finalmente, del texto legal precitado se deduce el principio de la igualdad que ha devenido en una de las causas más socorridas para atacar de inconstitucionales diversas leyes. Este principio, conjugado con las disposiciones del artículo 39 del mismo texto, permiten incriminar como contrarias a la Constitución, normas y leyes que, si bien en sí mismas no lo son o no coligen con el texto constitucional, al cotejarlas con otras leyes permiten establecer un tratamiento disímil entre situaciones diferentes que radicalmente deben considerarse iguales; o, en sentido contrario, fijan un mismo tratamiento para situaciones que racionalmente deben considerarse distintas.





# **CAPÍTULO VI**

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

**Juan Antonio Toscano Ortega**



# CAPÍTULO VI

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

Juan Antonio Toscano Ortega

### INTRODUCCIÓN

El tema se adapta a los objetivos y contenido del presente texto, destinado prioritariamente a jueces dominicanos. En este marco se ofrece un estudio breve, con una sistemática clara y sencilla, en donde se presentan los aspectos más esenciales del control judicial de la adecuación constitucional en el sistema español. Así, previa referencia a la supremacía constitucional, se abordan las diversas posibilidades que el ordenamiento jurídico confiere a la jurisdicción ordinaria para aplicar la Constitución, de entre las que se destaca la cuestión de inconstitucionalidad.

El tratamiento de esos contenidos se acomete desde la perspectiva del juez que debe aplicar la Constitución y que, consiguientemente, controla la adecuación constitucional de las normas jurídicas. Tal enfoque obliga a exponer las principales pautas y reglas que, desde el ordenamiento jurídico (destacadamente, la Constitución -CE<sup>-1</sup>, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -LOT<sup>-2</sup>, la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ<sup>-3</sup> y la jurisprudencia constitucional<sup>4</sup>) condicionan esa exigencia de administrar justicia sobre la base de normas inequívocamente

- 
- 1 Constitución española de 27 de diciembre de 1978, aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados y del Senado el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum el 6 de diciembre siguiente, promulgada y sancionada por el Rey el 27 de ese mismo mes y publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), del 29 de diciembre de 1978, fecha de su entrada en vigor.
  - 2 Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE del 5 de octubre de 1979).
  - 3 Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, reguladora del Poder Judicial (BOE del 2 de julio de 1985).
  - 4 El artículo 5.1 LOPJ dispone la vinculación de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la interpretación que de los preceptos y principios constitucionales resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

constitucionales. No se van a tratar las aportaciones doctrinales, de derecho comparado o de *lege ferenda* sobre las cuestiones estudiadas. Ahora bien, no se renuncia a incorporar como apéndice una selección bibliográfica, básica y reducida.

Por último, es menester apuntar que la aplicación de la Constitución en la jurisdicción civil no presenta particularidades o singularidades relevantes respecto de la realizada en las demás jurisdicciones. Por eso, el tratamiento de los diferentes contenidos del presente tema se muestra como común en todos los órdenes jurisdiccionales.

## **1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y ALGUNAS DE SUS GARANTÍAS**

El ordenamiento jurídico se organiza sobre la base del principio de constitucionalidad. En efecto, la Constitución se erige como la norma primera y primaria, pues crea los sistemas de producción normativa y de fuentes del Derecho, de suerte que de esta derivan su validez las normas jurídicas. Por ese carácter, se configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico, directamente aplicable, que vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos; y superior en jerarquía e inmune (fuerza activa y pasiva) frente al resto de normas.<sup>5</sup> Naturalmente, esa condición de Norma Suprema obliga a que las normas deban ser conformes a la Constitución.

Con el fin de evitar la aplicación de normas disconformes con la Constitución, los ordenamientos jurídicos se dotan de sistemas de control de adecuación constitucional. En España se sigue prioritariamente el llamado “modelo europeo de justicia constitucional concentrada”, de manera que la supremacía de la Constitución viene garantizada

---

5 En esta dirección, de forma muy clara se expresa el apartado IV de la exposición de motivos de la LOPJ: “Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente te aplicable, con preferencia a cualquier otra”; “Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1, que prescribe que ‘los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento’. Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párrafo 1 del artículo 9.º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes”.

por el Tribunal Constitucional, al que se le otorga el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Ahora bien, este órgano no monopoliza o acapara para sí el control de la aplicación de la Constitución. Los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional también participan en ese control de adecuación constitucional, lo que en cierto modo aproxima el sistema español al modelo norteamericano de control difuso.<sup>6</sup>

En el sentido expuesto, reza el artículo 5.1 LOPJ: “La Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Esa vinculación de jueces y magistrados se vehicula a través de la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.<sup>7</sup> Este principio hermenéutico es básico en la articulación de competencias entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en materia de control de adecuación constitucional, de manera que se persigue la uniformidad o, si se quiere, la unidad de función jurisdiccional, en la interpretación de la Constitución. Ese reparto de funciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en esta materia viene condicionado por el ordenamiento constitucional.

De un lado, el Tribunal Constitucional, solo vinculado a la Constitución y a su Ley Orgánica,<sup>8</sup> como se ha expuesto, tiene el monopolio exclusivo de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. De otro, el Poder Judicial, sometido a la Constitución,<sup>9</sup> pero también al imperio de

6 Aunque el alcance del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces americanos es muy distinto al de los españoles. En el sistema judicial norteamericano, si el juez en un proceso ha de aplicar una ley que a su juicio es contraria a la Constitución, la inaplica y aplica directamente la Constitución, *modus operandi* constitucionalmente vedado al juez español, que se encuentra sometido al imperio de la Ley, lo que comporta que no puede inaplicarla.

7 Evidentemente, esa tarea judicial de interpretación y aplicación de la Constitución debe acometerse con respeto especialmente de los fines esenciales a la forma de Estado (“social y democrático de Derecho”) y los valores superiores (“libertad, justicia, igualdad y pluralismo político”) que la norma fundamental propugna, y con vistas a la consecución de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico y de uniformidad en la interpretación de los mandatos constitucionales.

8 Se lee en el artículo 1.1 LOTC: “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.

9 Al respecto, el artículo 9.1 CE, conforme al cual los poderes públicos, entre ellos el Poder Judicial, dice que “están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Asimismo, el transcrito artículo 5.1 LOPJ.

la Ley,<sup>10</sup> a quien corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional,<sup>11</sup> no puede consiguientemente inaplicar la Constitución ni la ley, si bien es terreno acotado a su favor el control de los reglamentos (con algunas excepciones).

## **2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL**

Los jueces ordinarios, sometidos a la Constitución y a la ley, son también “jueces de la constitucionalidad”, en el sentido de que asumen el control de la adecuación constitucional de las normas jurídicas aplicables en el marco del proceso. La finalidad de ese control judicial radica en la necesidad o la exigencia de administrar justicia sobre la base de normas claramente constitucionales.

En efecto, los jueces y tribunales, en el ejercicio de la función jurisdiccional, deben asegurarse de que las normas jurídicas aplicables en cada caso sean conformes a la Constitución. Esa tarea debe hacerse a través de las técnicas o los instrumentos de control de adecuación constitucional que fija el ordenamiento jurídico. Esas reglas o pautas que marcan la actuación del juez al efectuar el juicio de constitucionalidad de leyes y reglamentos son las que seguidamente se enumeran y tratan. Aquí no se tratan institutos como la cuestión prejudicial en el sistema europeo ni la cuestión de ilegalidad (orden contencioso-administrativo), tampoco el recurso de casación, del que se hace una breve referencia.

### **2.1. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: PLANTEAMIENTO Y REMISIÓN**

Los jueces y tribunales están facultados para promover la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si consideran que, en el marco de un proceso, una norma legal, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la norma fundamental. A este importante instrumento de control, puesto a disposición exclusiva de los órganos judiciales, se le dedica el posterior apartado 3.

---

10 En el artículo 117.1, in fine, el CE prescribe que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial están “sometidos únicamente al imperio de la Ley”.

11 Reza el artículo 117.3 del CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

## 2.2. LA ACOMODACIÓN, VÍA INTERPRETATIVA, DE LA NORMA CONTROVERTIDA AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Según el artículo 5.3, LOPJ: “Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”. No es preciso, pues, acudir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si el juez, al efectuar el juicio de adecuación constitucional, halla una interpretación de la norma controvertida que encuentre acomodo en el ordenamiento constitucional. En otras palabras, el juez aplicará la norma objeto de controversia si halla una interpretación que sea compatible con la Constitución; se trata de la denominada interpretación “adecuada” o “correctora”, que tiene su fundamento en la presunción de constitucionalidad de la ley.

Por tanto, pesa sobre el juez la carga de buscar las interpretaciones posibles de la norma legal, de modo que pueda optar en el caso concreto por aquella que no vulnere los mandatos constitucionales, rechazando aquellas otras interpretaciones conducentes a conclusiones no compatibles con la Constitución. En principio, en esa interpretación de la ley “conforme a” la Constitución el juez goza de libertad, salvo en lo relativo únicamente a la interpretación (vinculante) de la ley “que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (artículo 5.1, *in fine*, LOPJ). Por tal razón, en esa tarea concreta (que es de control de adecuación constitucional y no de legalidad ordinaria) el juez es libre de asumir o no las interpretaciones sobre la norma debatida, expresadas por otros tribunales superiores, lo que desde luego le permite interpretar de acuerdo con su propia “sensibilidad” constitucional.

De esta forma, se introduce con la interpretación “adecuada” por el juzgador “un elemento de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley Suprema”.<sup>12</sup>

## 2.3. LA INAPLICACIÓN POR EL JUEZ DE LAS LEYES PRECONSTITUCIONALES DEROGADAS POR LA CONSTITUCIÓN

Una de las manifestaciones de la indiscutible supremacía de la Constitución reside en su Disposición Derogatoria 3, que establece una cláusula de derogación genérica, según la cual pierden vigencia todas

12 Apartado IV de la exposición de motivos de la LOPJ.

las normas que se le opongan. Esa disposición reza: “Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. En este ámbito, tras la realización por parte de los jueces del juicio de constitucionalidad de las normas preconstitucionales, compete a estos -en el ejercicio de la potestad jurisdiccional- la inaplicación en el caso concreto de las normas que entienden derogadas por la Constitución.<sup>13</sup> En definitiva, los jueces y tribunales deben inaplicar las disposiciones derogadas por la Constitución.<sup>14</sup>

## 2.4. LA INAPLICACIÓN DE REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN

Los reglamentos y las disposiciones administrativas se controlan directamente por los órganos del Poder Judicial, quienes en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentran sometidos solo a la Constitución

- 
- 13 El juicio de constitucionalidad sobre leyes preconstitucionales que realiza el Juez ordinario desemboca en un juicio de vigencia. Desde luego, el Juez no deroga la norma preconstitucional opuesta a la Constitución, pero sí la inaplica por entenderla derogada si el juicio de constitucionalidad arroja un resultado negativo.
- 14 Excede del objeto de este tema la debatida cuestión de la distinción entre “derogación” e “inconstitucionalidad”, pero puede anotarse brevemente esa polémica. El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras resoluciones, la Sentencia 4/1981, del 2 de febrero, admite su competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley preconstitucional a través del juicio de validez. Así, se afirma en esa resolución: “La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución; y, de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación”; a ello añade que “No puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, (...) es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria”. A esa sentencia se acompaña el voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente, del siguiente tenor literal: “Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de ‘inconstitucionalidad sobrevenida’... La derogación es simple resultado de la sucesión de normas en el tiempo; la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta solo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella. El principio *Lex posterior derogat anteriori* es un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico que ha de hacerse compatible con el principio de jerarquía normativa... pero solo cede ante este. La *Lex posterior* no tiene efectos derogatorios cuando es de rango inferior a la *Lex anterior*, pero solo entonces. La validez de este principio lógico se ve, además, confirmada por el apartado tercero de la Disposición Derogatoria de la Constitución”; en definitiva, a juicio del Magistrado disidente: “Solo los Tribunales ordinarios pueden declarar la contradicción entre la Constitución y las leyes preconstitucionales”.



y la Ley. En este sentido, es muy claro el artículo 6, LOPJ: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”. El control de los reglamentos constituye, pues, un ámbito acotado en favor de la Jurisdicción ordinaria.<sup>15</sup>

Con referencia al ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no debe olvidarse que el artículo 106.1 CE establece lo siguiente: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta los fines que la justifican” (en idéntico sentido, el artículo 8 LOPJ).

## **2.5. LA INFRACCIÓN DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL COMO MOTIVO SUFICIENTE DEL RECURSO DE CASACIÓN Y LA APLICABILIDAD DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS BAJO LA TUTELA EFECTIVA DE LOS MISMOS**

En el ámbito de actuación del Poder Judicial, la supremacía de la Constitución se manifiesta en otros aspectos. Por un lado, la Constitución es objeto de aplicación por la jurisdicción ordinaria, en concreto por el Tribunal Supremo, en los supuestos en que el recurso de casación se fundamenta en la infracción del precepto constitucional. En este sentido, el artículo 5.4 LOPJ, que establece: “En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

---

15 Al respecto, conviene anotar dos precisiones: la primera relativa al control por la Jurisdicción ordinaria de los Decretos Legislativos, y la segunda concerniente a la fiscalización por arte del Tribunal Constitucional de los reglamentos fundada en la vulneración de derechos y libertades o de la distribución de competencias. 1. El control de los excesos de la delegación legislativa compete no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la Jurisdicción ordinaria [artículos 82.6 CE y 27.2.b) y e) LOTC]. En este sentido, corresponde al Juez ordinario inaplicar los Decretos Legislativos en lo que exceden de la delegación, o más propiamente el no conferir al exceso valor de ley; y 2. El Tribunal Constitucional puede revisar por la vía del recurso de amparo constitucional, una vez agotada la vía judicial previa, los reglamentos que pudieran incurrir en vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas (en los términos del artículo 43 LOTC). Asimismo, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí [artículo 161.1.c) CE], también los que tienen su origen en normas reglamentarias. En ambos casos, puede darse un ámbito compartido en las posibilidades de control por las Jurisdicciones ordinaria y constitucional.

Por otra parte, la jurisdicción ordinaria, a la que compete el conocimiento del recurso de amparo ordinario, actúa como garante de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos. Así, reza el artículo 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.<sup>16</sup>

En esta misma dirección, la LOPJ menciona expresamente que los derechos y libertades vinculan en su integridad a todos los jueces y tribunales (artículo 7.1),<sup>17</sup> de forma tal que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no podrán restringir, menoscabar o inaplicar el contenido esencial de los mismos, que salvaguarda la Constitución (artículo 7.2).<sup>18</sup> Asimismo, explicita que los órganos del Poder Judicial protegerán los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda pronunciarse indefensión (artículo 7.3).<sup>19</sup>

### 3. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los jueces y tribunales son convocados a aplicar la Constitución en colaboración con el Tribunal Constitucional en la labor de depuración objetiva del ordenamiento jurídico mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Dispone así el artículo 163 CE: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el

---

16 Precepto que se completa con la siguiente redacción: “Y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

17 Que establece: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales; y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

18 Que dispone: “En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”.

19 Que preceptúa: “Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”. En este ámbito, no debe olvidarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, según el cual: “Todas las personas 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”.

fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Esta regulación se completa con los apartados 2 y 3 del artículo 5 LOPJ y los artículos del 35 al 37 LOTC.<sup>20</sup>

---

20 Conviene anotar la regulación contenida en la LOTC, que desarrolla el artículo 163 CE. Dentro del “Título II. De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, el “Capítulo III. De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”, prescriben sus artículos 35 a 37:

“Artículo 35”. “Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”. “Dos. El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”. “Tres. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”.

“Artículo 36”. “El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere”.

“Artículo 37”. “Uno. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada”. “Dos. Publicada en el ‘Boletín Oficial del Estado’ la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días”. “Tres. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Fiscal General del Estado; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido este, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.

### 3.1. NATURALEZA JURÍDICA: FIN Y RESULTADO

De esa regulación, y de la jurisprudencia constitucional, se concluye que la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento puesto a disposición de los órganos del Poder Judicial para administrar Justicia sobre la base de leyes constitucionales.

En efecto, su planteamiento ante el Tribunal Constitucional corresponde a jueces y tribunales habida cuenta (como se ha expuesto) de una doble exigencia constitucional: por un lado, les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, el monopolio de la administración de justicia, que ampara la emisión del juicio de constitucionalidad respecto de leyes aplicables en un proceso concreto; y, por otro, su sujeción a la ley, de suerte que no tienen la posibilidad de inaplicarla, correspondiendo solo al Tribunal Constitucional el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Desde la perspectiva del órgano judicial, el sentido de este instrumento es claro: poner en conocimiento del Tribunal Constitucional sus dudas fundadas de constitucionalidad acerca de una ley que debe aplicar cuando administra justicia en un caso concreto.

La exigencia de administrar justicia conforme a la Constitución es, pues, el fin de esa colaboración entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Diferente de ese objetivo, es el resultado que se pretende, a saber, la depuración objetiva, continua y dinámica del ordenamiento jurídico, desde la óptica de la constitucionalidad de las leyes.<sup>21</sup> En definitiva, la cuestión de inconstitucionalidad viene configurada como un instrumento de colaboración entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que persigue como fin la administración de justicia conforme a leyes respetuosas con la Constitución; y tiene por resultado la depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales.

---

21 El Tribunal Constitucional, ya al inicio de su andadura, en la sentencia 17/1981, advierte de ese resultado y de las ventajas de este instrumento frente al recurso de inconstitucionalidad. Así, afirma que la depuración continua del ordenamiento jurídico desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes es "resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y del TC, y solo esa colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que solo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas".

### 3.2. LEGITIMACIÓN

Solo los órganos judiciales, unipersonales o colegiados, y con independencia del orden jurisdiccional, la instancia o la clase de proceso, pueden promover la cuestión de inconstitucionalidad, lo que revela la “confianza” que la Constitución ha depositado en todos y cada uno de los jueces en la tarea de control de adecuación constitucional.

Aunque las partes puedan instar a ese planteamiento (artículo 35.1 LOTC), tal petición no es vinculante; de manera que, la decisión final de promoverla o no es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial.

En efecto, por un lado, se trata de una facultad, de una decisión discrecional del juez, de forma que si la plantea pone en conocimiento del Tribunal Constitucional sus propias dudas de constitucionalidad (no las que solo postulan las partes). Mientras que, por otro, esa decisión del órgano judicial no es recurrible por las partes,<sup>22</sup> lo que no impide que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme (artículo 35.2, *in fine*, LOTC).

### 3.3. OBJETO

La cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto “una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo y que pueda ser contraria a la Constitución” (artículos 163 CE, 5.2 LOPJ y 35.1 LOTC). Todas estas condiciones han de concurrir para que el órgano judicial pueda plantearla.

---

22 Por tratarse de una atribución exclusiva y propia del órgano judicial, la denegación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera derecho fundamental alguno (tampoco la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE) de la parte que insta ese planteamiento. De ahí, las reiteradas decisiones del Tribunal Constitucional de inadmisión o desestimación en este contexto de recursos de amparo.

A) La cuestión debe dirigirse frente a una ley o norma con rango de ley, susceptible de ser declarada inconstitucional.<sup>23</sup> No cabe, pues, frente a reglamentos.<sup>24</sup>

B) La norma legal ha de ser aplicable al caso, pues es la exigencia concreta de administrar justicia lo que se persigue y no el “saciar” la curiosidad dogmática del juez o dar cauce a su voluntad de depurar en general el ordenamiento jurídico de normas legales espurias. Desde luego, le corresponde al juez la selección de la norma aplicable al caso. Ahora bien, ese juicio de aplicabilidad puede ser revisado por el Tribunal Constitucional en aquellos supuestos en que de forma manifiesta la norma legal no resulte de aplicación al caso concreto (lo que conducirá a la inadmisión de la cuestión).

C) El fallo debe depender de la validez de la ley aplicable al caso. De esta manera, no cabe el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad frente a preceptos legales de cuya validez no dependa directamente el fallo, pese a que puedan presentar algún tipo de relación, incidencia o conexión con el objeto de la litis. Acerca de esta condición, deben subrayarse dos aspectos: el denominado “juicio de relevancia” y el alcance de la expresión “fallo” (artículo 163 CE).

En primer lugar, este requisito debe ser cumplimentado con rigor por el juez, de manera que debe proceder al juicio de relevancia; esto es, ha de exponer ante el Tribunal Constitucional el esquema argumental en razón del cual el contenido del fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. En ese juicio, debe argumentar de forma expresa y suficientemente consistente esa dependencia entre el fallo del proceso y la validez de la ley aplicable al

---

23 Según el artículo 27.2 LOTC: “Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas; b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución; c) Los Tratados Internacionales; d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa; y f) Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”.

24 Debe destacarse que la ley puede ser objeto de control de constitucionalidad a través de este instrumento mientras esté vigente, a diferencia de lo que sucede con el recurso de inconstitucionalidad, que deberá interponerse por los órganos legitimados dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley (artículo 33, LOTC). Al respecto, véase el apartado 3.4 del presente tema.

caso. Si falta el juicio de relevancia, o este se encuentra desprovisto de una argumentación consistente, el Tribunal Constitucional inadmitirá la cuestión.

En segundo lugar, acerca del alcance del término “fallo”, la jurisprudencia constitucional ha llegado a un entendimiento amplio del mismo, que alberga cualquier decisión judicial que finalice un procedimiento (aunque sea de tipo incidental), sea en forma de sentencia o de auto, resolutoria en materia de fondo o de materia procesal, y sin excluir las resoluciones dictadas para ejecutar decisiones judiciales.

D) El órgano judicial ha de albergar fundadas dudas sobre la constitucionalidad de la ley que debe aplicar para resolver el caso. Esa duda ha de ser propia del juez, así como activa y razonada; esto es, debe justificar el planteamiento de la cuestión a través de una motivación y razonamiento jurídico convincente acerca de la eventual lesión constitucional, sin que pueda limitarse a trasladar las dudas o las impugnaciones de las partes o simplemente a realizar un mero cuestionamiento de la constitucionalidad.<sup>25</sup> El Tribunal Constitucional puede inadmitir la cuestión si no se dan esos requisitos. Como es sabido, no cabe el planteamiento de la cuestión cuando el juez considera que la ley debatida es claramente constitucional, o cuando por vía interpretativa es posible su acomodación al ordenamiento constitucional (artículo 5.3, LOPJ).<sup>26</sup>

### **3.4. INTERPOSICIÓN Y EFECTOS**

Según el artículo 35.2 LOTC, el órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento<sup>27</sup> y dentro del plazo para

---

25 La colaboración del órgano judicial en la decisión sobre la constitucionalidad de la ley puede llegar a ser más intensa si la fundamentación jurídica de la cuestión ofrece elementos argumentales tan convincentes que el Tribunal Constitucional pueda darles favorable acogida en su sentencia. En tal caso, podría sostenerse que el órgano judicial promotor de la cuestión en cierto modo ha coadyuvado directamente en esa decisión constitucional.

26 Al respecto, ver el apartado II.2 de este tema.

27 Se trata de la exigencia de agotar el procedimiento. Posiblemente, se pretende con ello evitar el planteamiento de cuestiones infundadas y prematuras. En efecto, una vez concluido o finalizado el procedimiento, el Juez, tras haber examinado las alegaciones de las partes, puede haber alcanzado un alto grado de convicción sobre los juicios de relevancia y de constitucionalidad. Además, se frenan las maniobras dilatorias de las partes (que, seguramente, se darían de forma constante antes del agotamiento del procedimiento).

dictar sentencia.<sup>28</sup> Antes de adoptar, mediante auto, su decisión definitiva de plantear la cuestión, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal, para que aleguen lo que deseen acerca de la pertinencia de tal planteamiento.<sup>29</sup> En el auto de planteamiento de la cuestión, el juez debe concretar la ley cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se supone infringido; así como, especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión (el juicio de relevancia).<sup>30</sup> Ya se ha expuesto que dicho auto no es susceptible de recurso de ninguna clase,<sup>31</sup> si bien la cuestión podrá intentarse de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme.

En general, esa interposición no genera efectos sobre la validez de la ley impugnada, que permanece vigente y aplicable, mientras el Tribunal Constitucional no declare su inconstitucionalidad. En concreto, el proceso judicial se suspende hasta conocerse la decisión del Tribunal Constitucional.

### **3.5. SUSTANCIACIÓN Y SENTENCIA EN SEDE DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. REFERENCIA A LA AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Promovida la cuestión de inconstitucionalidad, a la que se acompaña del testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, si las hubiere (artículo 36 LOTC), el Tribunal Constitucional debe pronunciarse acerca de la admisión a trámite de la misma. En esta fase, el Tribunal puede rechazar la cuestión mediante

---

28 Término, el de "sentencia", de alcance más restrictivo que la expresión "fallo" del artículo 163 CE. Sin embargo, al respecto véase lo manifestado en el apartado III.3.C) de ese tema.

29 De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en esa providencia de audiencia, el Juez debe identificar de forma clara el precepto legal cuestionado y ha de exponer sucintamente sus dudas de constitucionalidad, de forma que dé a conocer con un mínimo de rigor el debate constitucional suscitado. Pero no es preciso que en este trámite de audiencia proceda al juicio de relevancia, ni a la cita del precepto constitucional.

30 En lo que afecta a la identificación del precepto legal cuestionado y a las dudas de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional exige una identidad en lo sustancial entre la providencia de audiencia a las partes y el auto de planteamiento de la cuestión.

31 La inadmisión de la cuestión por algún defecto, como ha expresado el Tribunal Constitucional, no impide la posibilidad de que nuevamente se plantee la cuestión una vez se haya subsanado el defecto.



auto motivado, con la sola audiencia del Fiscal General del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada (artículo 37.1 LOTC). Pero si el Tribunal Constitucional decide admitir a trámite la cuestión, dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno; y, en caso de afectar a una ley dictada por una Comunidad Autónoma, al Parlamento y Gobierno de la misma, para que puedan personarse y formular alegaciones (artículo 37.2, LOTC).

Una vez recaída la sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso, el cual notificará -a su vez- la sentencia constitucional a las partes (artículo 38.3 LOTC). El juez o tribunal deberá resolver conforme al fallo contenido en la sentencia constitucional.

Finalmente, una referencia puede hacerse a la denominada autocuestión de inconstitucionalidad, que se regula en el artículo 55.2 de la LOTC, a tenor del cual:

“En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”.<sup>32</sup>

En estos casos, con ocasión del conocimiento por la Sala o la Sección de un amparo se eleva al Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad, para que este se pronuncie sobre la constitucionalidad de esa ley, de cuya aplicación se deriva la violación del derecho.<sup>33</sup>

---

32 En el marco del “Título III. Del recurso de amparo constitucional”, “Capítulo III. De la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos”.

33 Las Salas y Secciones de las que se compone el Tribunal Constitucional no son competentes para conocer de los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que se atribuyen al Pleno; consiguientemente, no pueden expulsar del ordenamiento jurídico las leyes inconstitucionales.



# **CAPÍTULO VII**

## **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DEFENSA, CONTRADICCIÓN Y AUDIENCIA EN EL PROCESO CIVIL**

**Édynson Alarcón Polanco**



# CAPÍTULO VII

## LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DEFENSA, CONTRADICCIÓN Y AUDIENCIA EN EL PROCESO CIVIL

Édynson Alarcón Polanco

### INTRODUCCIÓN

#### CATEGORÍAS DE ALCANCE GENERAL ORIENTADAS AL TEMA

Desde la primera Constitución que registra nuestra historia republicana, la de 1844, el legislador ha reconocido de modo sostenido, implícita o explícitamente, la defensa, la contradicción y la audiencia (derecho a ser oído) entre las prerrogativas fundamentales relativas al proceso, por influencia de John Locke y los enciclopedistas franceses del siglo XVIII. El antecedente más concreto en Occidente, en lo atinente a la salvaguarda, como garantía fundamental del derecho de defensa, parece estar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, recogida en las constituciones burguesas adoptadas por Francia entre 1791 y 1793, las cuales bebieron a su vez del “Contrato social” y demás corrientes liberales del llamado “siglo de las luces”. El “debido proceso” de su lado, como instituto jurídico, no es en rigor de origen francés, sino inglés, y tiene su más lejano precedente en la Carta Magna de Juan Sin Tierra del 1215.

La Constitución del 6 de noviembre de 1844 sanciona un debido proceso de ley y lo hace en su artículo 19 al ordenar que nadie podría ser sentenciado más que por un tribunal competente, en virtud de las leyes en vigencia antes de la ocurrencia del hecho punido. Por su lado, el derecho de defensa, indudablemente comprendido en la norma anterior, no tiene una mención expresa, sino que aparece trasunto en más de una disposición bajo el título de “Derecho público de los dominicanos”, por ejemplo en aquella que suprime las limitaciones propias de la esclavitud (artículo 14), la que prohíbe obligar a alguien a hacer lo que la ley no manda y la que impide que haga lo que la ley no priva (artículo 27).

No debemos olvidar que las tensiones políticas y el Estado de guerra que sirvieron de marco a la redacción y posterior promulgación de la

llamada “Constitución de San Cristóbal”, no fueron las más idóneas para que el texto se explayara detalladamente en una exposición precisa de libertades y cánones con vocación individualista. Recordemos en ese orden el tristemente célebre artículo 210, impuesto a boca de fusil, por el general Pedro Santana y las contradicciones y excesos a los que más tarde conduciría.

Considerados tradicionalmente como los principios por excelencia en que se apoyan las estructuras procesales -prácticamente en todas las materias-, la defensa, la igualdad y la contradicción son los pilares que sostienen la noción del “debido proceso de ley” en su versión más estricta y rigurosa. No se concibe, hoy por hoy, desde el punto de vista ético-racional un solo esquema de procedimiento cuyas políticas más rudimentarias no den por descontada esa mancomunidad o que no la tenga como un insumo vital para medir, si ello fuera posible, la legitimidad de todo proceso (el civil incluido).

En efecto, los contenidos mínimos que informan el debido proceso son la igualdad, la contradicción y la defensa: la igualdad, porque equipara a las partes ante los ojos del juzgador, tanto en armas u oportunidades como en dignidad; la contradicción, porque -como decía el venerable maestro Couture- es la consecuencia más natural de la bilateralidad estructural de todo proceso (Couture, 1945, 88); y la defensa, porque no puede haber contradicción ni igualdad, sin otro destino que no sea precisamente prevenir el estado de indefensión.

El derecho de defensa, con su amplia gama de manifestaciones y temperamentos, en tanto que derecho fundamental asumido como tal en la Constitución del Estado (artículo 69, incisos 2 y 4), constituye la substancia intrínseca del derecho procesal y se consolida ante la necesidad de que los Poderes Públicos, en especial los estamentos del Estado encargados de la función legislativa y los responsables de la aplicación e interpretación de la ley, sean capaces de afianzar un marco previo que haga realidad una defensa efectiva y objetivamente digna, al margen del resultado final del conflicto.

Para el Tribunal Constitucional español la indefensión se produce cuando una de las partes se ve privada de la posibilidad de emplear los medios legales pertinentes y suficientes para su defensa, situándose entonces involuntariamente en una posición de desigualdad o viendo impedida la aplicación eficaz del principio de contradicción mediante el

adecuado desarrollo del debate procesal.<sup>1</sup> Pero ha dicho además que no puede alegarse indefensión cuando esta tiene su origen no en la decisión de quien juzga, sino en causas imputables a quien dice haberla sufrido por su inactividad, desinterés, impericia o negligencia, o la de los profesionales que le defienden o representan, así como por la técnica o estrategia procesal empleada.<sup>2</sup>

Esto, por supuesto, conlleva la concurrencia tácita de otras categorías subyacentes, tales como: la publicidad, la gratuidad, el acceso a la justicia, la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, etcétera; y precisa, asimismo, como se ha indicado, un armazón conceptual en que opere todo el conjunto: el *due process*.

En lo que hace a la igualdad, íntimamente ligada, como se ha dicho, a la defensa y a la contradicción, implica que todas las partes tengan el mismo nivel de oportunidades. El Tribunal, por ende, debe tratar situaciones similares de forma también parecida, y adoptar medidas distintas solo si las circunstancias llegan a imponerlo o a justificarlo; de suerte que el juez no deniegue a una parte aquello que ha concedido a la otra y que no conceda a la primera aquello que ha denegado a la segunda. Durante todo el *iter* del litigio este principio afectará toda una gama de aspectos procesales, tales como: el manejo de la audiencia y la administración de los medios de prueba.

El debido proceso se erige, en síntesis, en la expresión grupal y regulada de las diferentes variables técnicas sancionadas por el legislador, conducentes a que los instanciados sobrelleven su contestación en absoluta igualdad de condiciones, con respeto a sus derechos más elementales y en la expectativa de un fallo razonado, ponderado y justo.

## 1. DERECHO DE DEFENSA E IGUALDAD DE ARMAS

Cuando se alude al proceso se parte de su concepción, como un instrumento tutelar por cuyo órgano se cumple la función jurisdiccional del Estado; y, al mismo tiempo, los ciudadanos obtienen la salvaguarda de sus legítimos derechos e intereses. Como diría Guasp Delgado: “En todo proceso las partes se hallan situadas en una posición jurídica doble, igual y contradictoria” (Guasp, 1968, 171).

1 STCE 245/88, 19 de diciembre.

2 SSTCE 73/85, 14 de junio; 84/87, 29 de mayo; 198/87, 14 de diciembre; 114/88, 10 de junio; 29/90, 26 de febrero; 52/91, 11 de marzo, entre otras.

Por tanto, se trata de un “*actus trium personarum*” que plantea dos posturas contrapuestas y, en medio, la de un tercero imparcial con la misión de equilibrar y garantizar igualdad de derechos, cargas y obligaciones. De ahí que la imparcialidad e independencia del juez asuma un rol protagónico en toda esta dinámica, a tono con la necesidad de impartir una justicia eficiente y de calidad.

El constituyente dominicano, celoso de esa realidad y plenamente consciente de que de ello depende en gran medida la pervivencia del Estado de derecho y la paz social, asocia de modo estratégico en el artículo 69 del Pacto Fundamental las nociones de tutela judicial efectiva y el debido proceso, y delinea en los apartados 2 y 4 del mismo texto los componentes esenciales de este último:

Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación... 2) el derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley... 4) el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa....

Como puede apreciarse tanto la igualdad, como la defensa, se encuadran en la parte *in fine* del ordinal 4.º: “En plena igualdad y con respeto al derecho de defensa”. Naturalmente, como queda explicado más arriba, son alas de un mismo pájaro porque no se concibe el ejercicio efectivo de la defensa en ausencia de un plano referencial de igualdad. A esto se incorpora, también, el principio de contradicción como catalizador natural para lograr la igualdad y prevenir el estado de indefensión.

Si por algo se insiste en que nadie pueda ser juzgado válidamente sin tener la oportunidad de defenderse, sin ser escuchado o sin que se le haya citado, es en el ánimo, justamente, de propiciar la contradicción y el enriquecimiento del debate, a fin de que la autoridad judicial esté en las mejores condiciones de dictar un fallo equilibrado o, que al menos, para el caso de que alguien no se presente, la litis sea decidida previo establecimiento de que la citación correspondiente se llevó a cabo y de que, por ende, el derecho de defensa fue preservado. En definitiva, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa exige, como presupuesto obligado, la correcta citación de la parte contraria. Ya lo advertía Couture: “La falta de citación en un caso concreto, apartándose de lo



preceptuado por la ley, apareja nulidad según criterio dominante en el derecho procesal comparado” (Couture, 1946, 125).

Queda, entonces, entendido que el pronunciamiento del defecto -como sanción procesal ante la no comparecencia de alguna de las partes- está supeditada a que se acredite, fuera de toda duda, la notificación del llamamiento a audiencia, pues de lo contrario, de llegar a constatarse que la sentencia se dictó sin cerciorarse el juez de que la cita fuera hecha y de que, más aún, se hiciera de manera correcta, dicho fallo estaría irremisiblemente viciado y sería nulo de pleno derecho.

El culto al derecho de defensa impone al juez el compromiso de asegurarse de que el acto introductivo de demanda, llámese citación o emplazamiento, sea tramitado como corresponde en los lugares indicados por la ley y haciendo mención de la información necesaria para viabilizar la defensa y propiciar una auténtica contradicción. Allí donde falle el principio de contradicción, sucumbe la sagrada aspiración de que el proceso sea legítimo.

Cualquier deficiencia en la citación, vista en sentido amplio como actuación procesal que da apertura al proceso, traducible en una infracción al derecho de defensa, comporta, sin mucho que discurrir, la nulidad e inoperancia de la sentencia. Igual aplica para aquellos casos en que los problemas de credibilidad afecten ya no al acto de demanda, sino a la convocatoria a audiencia por vía de “avenir” o acto recordatorio.

Huelga la acotación de que en materia civil ordinaria la notificación de la demanda inicial no contiene necesariamente el llamamiento a una audiencia previamente perseguida por el demandante, sino que se hace más tarde a requerimiento de la parte más diligente mediante “avenir” en los términos de la Ley 362, del 16 de septiembre de 1932; es decir, después de que el demandado formaliza su constitución de abogado, puesto que, como se sabe, la asistencia letrada es obligatoria.

El derecho de defensa trae evidentemente aparejada la inmutabilidad del proceso en cuanto a su causa y objeto. Su influjo también se extiende al derecho a la prueba con sus consabidos corolarios, mismo que “no solo comprende la oportunidad de todo procesado de acceder oportunamente a todos los modos de prueba permitidos, en igualdad de condiciones con el adversario, sino, además, el derecho a la exclusión de toda prueba obtenida en violación a la ley... derecho que, con independencia de la distinción doctrinal entre prueba ilegal y

prueba ilícita, permite descartar toda prueba obtenida en violación a las formas procesales establecidas por la ley o de manera viciada, como la obtenida mediante la manipulación de la voluntad del deponente...” (Gil, 2011, 162).

El Tribunal Constitucional español se ha referido en algún momento al derecho de defensa como un todo omnicompreensivo, esto es como “una cláusula genérica y residual en la que no solo cabrían infracciones procesales especialmente graves no amparables en otros derechos mencionados en el artículo 24 CE, sino que incluso la idea de indefensión abarcaría todas las garantías establecidas en el artículo 24 CE”.<sup>3</sup> Pero también, en otros episodios jurisprudenciales, ha deseado perfilar un significado más concreto en torno al principio de defensa, señalando que este “implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuando estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis. Por ello, una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera de las normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella”.<sup>4</sup>

De manera más reciente, a partir de la primera década del presente siglo,<sup>5</sup> la misma Alta Corte se ha ido tomando más en serio la imposición de delimitaciones específicas, a fin de fijar el alcance real del derecho de defensa y ha declarado, en esa tesitura, que si bien no se discute que para valorar y justipreciar la existencia de un estado de indefensión es inevitable que, en efecto, se registre la vulneración de una norma procesal, esto por sí solo no es suficiente; que es además necesario que confluyan otros dos requisitos, entre los cuales se identifican:

- a) La indefensión ha de ser efectiva y no meramente formal, lo que se traduce en que el defecto procesal suponga un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de la parte; y
- b) Es igualmente importante que la indefensión padecida no sea el resultado de la falta de diligencia del propio sujeto que la sufre, ya

---

3 STCE 48/1984.

4 STCE 48/1986.

5 STCE 7/2003.

que al final nadie puede prevalerse de su falta ni ir contra sus propios actos.

Por otro lado, la situación de los terceros y la tutela de sus derechos de cara al proceso -un proceso del que ellos no han sido parte- es cosa que desde siempre ha ocupado la atención del legislador. No sería justo, mucho menos bajo el actual esquema constitucional, procurar imponerles las consecuencias de un fallo rendido a sus espaldas. De esa sentida inquietud resultan instituciones tan fuertes y arraigadas entre nosotros, como la relatividad de la cosa juzgada y la disponibilidad de una acción judicial única en su clase reservada en su provecho, dentro de los 20 años que sigan al pronunciamiento de la sentencia: la tercera u oposición de terceros.

El artículo 69.2 de la Constitución se refiere, además, en abono del debido proceso y, en particular, de los principios de defensa e igualdad al derecho que asiste al justiciable de comparecer ante una autoridad judicial “independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley”. Si el juez no es imparcial e independiente no habrá tampoco una defensa real, mucho menos igualdad con ocasión de la instrucción y posterior resolución del conflicto; es una verdad de Perogrullo. Tanto la imparcialidad, como la independencia del juzgador, son derivaciones impostergables del debido proceso que impactan en el sano ejercicio de la defensa y en el principio de igualdad; lo mismo ocurre con el principio del juez natural.

En salvaguarda de los valores de imparcialidad e independencia nuestro sistema procesal civil articula dos incidentes relativos a la instancia, muy bien sincronizados y armonizados: la inhibición y la recusación. El objetivo es el mismo aunque varían los caminos para alcanzarlo. En la inhibición será el juez quien plantee por voluntad propia ser apartado del caso; mientras que, en la recusación son las partes quienes ejercen su derecho a proponer la exclusión de aquel, bajo legítima sospecha de parcialidad.

Ciertamente el tercero neutral que imparte justicia ha de ser imparcial, también independiente. No puede, en consecuencia, ser al mismo tiempo juez y parte en la controversia sometida a su escrutinio. Otra verdad de Perogrullo que en principio no tendría que estar plasmada en la Constitución, para que cualquier observador razonable la validara y la diera por sentada. Sin embargo, pese a su innegable carga de subjetividad, la Carta Magna, en su artículo 69.2, la “objetiviza” junto al

principio del juez natural, circunstancia que de acuerdo con Montero Aroca no atiende a descubrir en cada caso el ánimo del magistrado, lo cual sería imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas, manifiestamente constatables, de suerte que si el juzgador se encuentra en alguna de ellas debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser separado del mismo (Montero Aroca, 2002, 98).

El viejo postulado de la independencia judicial tiene carácter instrumental y su propósito es, ni más ni menos, asegurar la imparcialidad del juicio. Esto supone una libertad de criterio en el tribunal, para resolver los conflictos públicos o privados llevados a su consideración sin ataduras, compromisos o interferencias extrañas, bajo la sola sumisión a la ley y a su conciencia. Ese estado de independencia y desvinculación no solo es una reivindicación personal del juez o un privilegio, constituye, más aún: es un derecho fundamental del usuario, del ciudadano.

## **2. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, ORIENTADO AL PROCESO CIVIL**

El principio de contradicción surge en respuesta a la realidad bilateral que entraña todo proceso y es en nuestro ordenamiento el principal canal para el ejercicio de la defensa. De hecho, entre las normas rectoras del debate es la que tiene un nexo más estrecho e inmediato con la defensa.

Explícita o implícitamente la contradicción va de la mano con otro principio que aún en nuestro sistema no ha tenido un asentamiento formal: la lealtad de los debates, lo cual se justifica sin mucho esfuerzo porque su razón de ser -la del principio de contradicción- consiste en la resolución del conflicto con base en alegaciones y pruebas producidas. De este modo, el litigante a quien se opongan podrá refutarlas oportunamente, en condiciones razonables de igualdad, legalidad y pertinencia.

Por tanto, la contradicción se contrae, en síntesis: “Al conocimiento por cada parte de los diferentes elementos, de hecho y de derecho, utilizados por el adversario en apoyo de sus pretensiones”.<sup>6</sup> Vale, entonces, acudir al rancio apotegma “audi alteram partem”: oír a la otra parte, piedra

---

6 Ver en *Juris-Classeur de Proc. Civil*, tomo V. Fascículo 622, (1), 2.

angular del principio de audiencia y sin el cual, evidentemente, no habría justicia ni un debido proceso. No por casualidad autores, como Montero Aroca, han sido coherentes y consistentes defendiendo la tesis de que la audiencia y la contradicción conforman un único principio (Montero Aroca, 1976, 240 y ss.) y de que es ilógico e inconsecuente verlos o pretender analizarlos por separado.

En fin, prescindiendo por ahora de estas disquisiciones teóricas -acaso no tan vitales-, importa destacar que ningún documento u otro factor de convicción dirigido a definir en un sentido u otro la suerte del pleito, surtirá los efectos deseados si no ha sido sometido al crisol de la contradicción, llevado al conocimiento de la tribuna adversa. En palabras del jurisprudente francés: “El juez que debe en todas las circunstancias hacer observar el principio de contradicción, solo puede retener en su decisión las explicaciones que ha recibido contradictoriamente y puede descartar del debate los documentos que no han sido comunicados en tiempo hábil”.<sup>7</sup>

Es tanta la trascendencia del valor de la contradicción al remitir el ejercicio del derecho de defensa que, entre los franceses, se le reconoce unánimemente como un principio fundamental del procedimiento civil; en ese sentido, la Cour de Cassation lo integra a la categoría de los derechos naturales. Poco importa, pues, que el juez tenga a mano en tiempo oportuno la documentación aportada por un determinado litigante, lo que en verdad cuenta es que su producción, si se hizo fuera de los plazos establecidos, haya sido notificada al contrario, toda vez que el principio de contradicción, como afirma acertadamente Germán: “Es una garantía del ejercicio del derecho de defensa de las partes, no de los jueces” (Germán, 1996, 234-242). Además, expresa: “Tanto es así que la jurisprudencia, con el apoyo de la Doctrina, sanciona de manera constante y firme, con la revocación o la casación, según sea el caso, las sentencias pronunciadas en base (sic) a documentos y escritos depositados ante los jueces sin respetar el principio de contradicción” (Germán, 1996, 234-242).

De su lado, el artículo 49 de la Ley N.º 834, del 15 de julio de 1978, dice al principio que “la parte que hace uso de un documento se obliga a comunicarlo a toda otra parte en la instancia”. Como antes de 1978 la comunicación de documentos se canalizaba a través de una excepción de procedimiento anclada en una determinada etapa del debate, el

---

7 Ver en *Gazette du Palais* (1977-1979). Tabla Alfabética. Tomo II.

replanteamiento al que condujo la reforma del referido año obliga a asumirla, hoy por hoy, no como una simple medida de instrucción, sino como una obligación legal del más alto nivel a la que deben obtemperar jueces y partes en todo estado de causa y hasta de oficio, de ser preciso. Después de una lenta evolución, la comunicación de piezas es en la actualidad la vía más franca hacia la efectividad del principio de contradicción y, por consiguiente, un atributo incuestionable del derecho de defensa.

Por tanto, urge reparar en la cuota de incidencia que se admite, tanto en doctrina como en jurisprudencia, al principio de contradicción en las diferentes etapas que es posible identificar en el curso normal de la instancia: desde su origen, que no es otro más que el de la notificación de la demanda introductiva, hasta el dictado de la sentencia, que decide el fondo y desapodera al juez. La contradicción como realidad ubicua del proceso tendría que estar presente de principio a fin, aún después del cierre de los debates.

En la fase inicial, antes de que se fije la audiencia y sea necesario acudir ante el juez, el tribunal, conforme al modelo de apoderamiento extrajudicial vigente, permanece ajeno a la existencia del diferendo. Sin embargo, desde este primer trayecto, extrajudicial e inquisitorial en cierto modo, el legislador toma las medidas oportunas para equilibrar el litigio en ciernes y rodearlo de ciertas garantías, especialmente para la parte demandada. Solo la citación previa, llámese propiamente citación o emplazamiento, según corresponda, instrumentada en observancia de las formalidades instituidas a pena de nulidad, asegura la efectiva contradicción entre los sujetos implicados y los pone en capacidad real de discutir los términos del apoderamiento.

El vínculo de la instancia no solo propicia un ligamento de orden técnico referido a la disputa *per se*, también da lugar, y quizás esto sea lo más importante, a un deber constitucional de información frente al adversario, a quien será menester permitirle el beneficio de una defensa honrosa. De aquí resulta que el accionante está obligado a notificar la demanda en el domicilio o en la propia persona de su contraparte, y expresarle con claridad a qué tribunal tendría que comparecer y dentro de qué plazo o en qué fecha exacta se presentaría ante la autoridad judicial, sea por una litis en el Tribunal de Primera Instancia o por una en un Juzgado de Paz. Asimismo, deben estar especificados los motivos, el objeto de la reclamación y la designación del abogado que defenderá (por él o por ella), con indicación de la localización geográfica de su

estudio profesional o *ad hoc* en la ciudad o población correspondiente al tribunal llamado a conocer el asunto. Lo ideal sería, inclusive, que fueran comunicados en cabeza de acto todos los documentos que sirvan de sustentación.

El objetivo, en resumen, es que la demanda llegue a manos de quien tenga que llegar, de que medie un tiempo prudente para que el demandado haga lo que tenga que hacer y de que los diferentes aspectos y pormenores de la reclamación sean notificados meridianamente. Queda por descontado que el plazo entre la notificación de la demanda y la comparecencia del demandado variará de acuerdo con la naturaleza del pleito y la identificación del tribunal que haya sido apoderado.

El proceso, argumenta el profesor Germán:

Implica una relación de fidelidad recíproca de las partes, en la cual no haya sorpresas que menoscaben el derecho de defensa. Y esa fidelidad desaparece cuando el demandante, a sabiendas del lugar donde debe notificar a su contraparte, de manera dolosa y para impedir que el demandado se defienda, hace notificar la demanda en un domicilio que no corresponde a la verdad; cuando el abogado, a sabiendas de quién es el abogado constituido de su contraparte, omite dar averir a este último, obteniendo de esta manera una decisión en defecto; cuando la parte no notifica con tiempo suficiente al demandado; cuando la parte, valiéndose de un alguacil inescrupuloso, hace consignar haber notificado al demandado, cuando en realidad no lo ha hecho.

Y agrega: “Las maniobras procesales que destruyen la fidelidad y la contradictoriedad (sic) de los debates, normalmente, son de las partes o de sus representantes, o de los auxiliares ministeriales que son requeridos por estos, pero el juez, como guardián de la regularidad y legalidad del proceso, puede si no hacerlas desaparecer del todo, por lo menos minimizarlas” (Germán Mejía, 1996, 142-148).

A propósito de esto último, se exige del juez un deber de vigilancia permanente. A este le corresponde, pues, velar como el que más por que sean respetadas las formalidades adjetivas previstas en beneficio de la contradicción real del proceso.

Durante el curso del litigio se mantienen y afianzan los controles tendentes al fortalecimiento del principio de contradicción. Incumbe

al juez, en esa inteligencia, tutelar a los litigantes contra todo factor o iniciativa que menoscabe el ejercicio de sus legítimos derechos. Al respecto, señala el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil francés:

El juez debe, en todas las circunstancias, hacer observar y observar él mismo el principio de contradicción. Él no puede retener, en su decisión, los medios, las explicaciones y los documentos invocados o producidos por las partes, a menos que hayan sido debatidos contradictoriamente. Él no puede fundamentar su decisión sobre los medios de derecho que él haya aplicado de oficio sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones.

Las partes, por vía de consecuencia, deben diligenciar sus notificaciones al dar tiempo suficiente para que su adversario pueda organizar defensas sobre estas; y el tribunal, a su turno, asegurarse de que se respete el deber general de información que incumbe a todas las tribunas en causa.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, fungiendo como Corte de Casación, ha sido reiterativa sobre este particular. Ha dicho que hay lesión del derecho de defensa a causa de notorias deficiencias traducidas al principio de contradicción: “Cuando el juez toma en consideración cualquier escrito o documento que no ha sido comunicado a la parte a quien se le opone”; o “Cuando se celebra un informativo testimonial en ausencia de una de las partes y sin citación de esta”; o “Cuando una parte ha sido citada para una medida de instrucción y luego se presentan las conclusiones al fondo, sin haber notificado a la parte en defecto para tales conclusiones”; o “Cuando se rechaza una medida solicitada y no se da oportunidad a una parte de concluir al fondo”.<sup>8</sup>

Cerrados los debates es de principio que estos, con vistas a una potencial reapertura, entren en una etapa muy privativa del juez, pero esto solo sería posible ante el surgimiento de hechos o documentos nuevos capaces de incidir, por su importancia, en el desenlace del caso. De manera que, por aplicación del principio de contradicción, la parte que, después de cerrados los debates, desee hacer valer una pieza nueva, tendría que pedir la reapertura y dar traslado a su(s) oponente(s), tanto del requerimiento mismo por escrito como de los documentos que le avalen. Obviamente, el tribunal no podrá conocer de la moción

---

<sup>8</sup> Cas. 23 de mayo de 1973, B. J. 750, página 1368; Cas. 29 de octubre de 1976, B. J. 791, página 1824; Cas. 22 de febrero de 1980, B. J. 831, página 322; Cas. 21 de mayo de 1980, B. J. 832, página 596.



hasta tanto se le acredite que el pedimento fue hecho contradictorio por órgano de la notificación respectiva.

Ante una posible falta de escrúpulos y la eventual notificación irregular de la demanda, y tratándose del procedimiento contencioso en defecto, se espera mayor celo y vigilancia de la autoridad judicial en todo lo relativo al principio de contradicción. El pronunciamiento del defecto, por ende, solo debe producirse luego de comprobarse fehacientemente que el defectante haya sido citado en cumplimiento de los preceptos constitucionales. Si bien se encomienda al juez la supervisión de la certeza e idoneidad de la notificación, también se le requiere el control sobre el plazo de ley y las menciones propias del acto de demanda en cualquiera de sus versiones. En todo caso, la acogida de las conclusiones de la parte que se sirve del defecto viene condicionada, bajo el régimen del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, a que las mismas sean justas y reposen en prueba legal.

### **3. EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA**

La audiencia, como canon fundamental del sistema de administración de justicia y de la tutela judicial efectiva, tiene consagración expresa en el artículo 69.2 de la Constitución, al consignarse en ese texto a favor de toda persona “el derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable”, lo cual es una manifestación concreta del libre acceso a los tribunales e implica en la práctica la posibilidad real de ejercer la defensa y la contradicción. Esto es -palabras más, palabras menos- el derecho a ser oído de forma directa o por ministerio de abogado por ante un tribunal imparcial previamente identificado por la ley.

La audiencia, que en su estado puro no solo alude a la reunión pública o en Cámara de Consejo convocada para debatir los pormenores de la contestación, sino a una prerrogativa subjetiva de rango fundamental, se erige en un elemento consubstancial del debido proceso y forma parte del “mínimo” a ser tomado en cuenta en aras de la necesaria legitimación de la función jurisdiccional del Estado.

El reconocimiento formal del derecho de audiencia en cualquier sistema jurídico revela la eficacia y la atemporalidad de los antiguos brocardos latinos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*: nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Algún autor español ha planteado que “el principio de audiencia no es un postulado teórico ni

su formulación clásica constituye una proclamación meramente retórica. Es un criterio operativo del que se deducen conclusiones legislativas y jurisprudenciales, plasmadas incluso en auténticas instituciones jurídicas procesales” (De la Oliva Santos, 1999, 50-51). Esto convierte al principio, como alguna vez lo destacara Calamandrei, en una genuina guía, en un instrumento técnico para afianzar, en lo que él llama el “drama procesal”, la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del tribunal (Calamandrei, 1960, 147 y ss.).

Esta necesidad suprema de que las partes sean “oídas” abarca la facilitación de todo el material de hecho y de derecho suplido para construir la religión del juez, no importa su procedencia, especialmente citaciones, emplazamientos, llamados a vistas públicas (actos recordatorios) o la celebración de medidas de instrucción en Cámara de Consejo. Ergo, solo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable, puede justificar un fallo *inaudita parte*.

En México ha sido juzgado que “la garantía de audiencia reconocida por el artículo 14 de la Constitución... no se contrae a una simple comunicación a la parte afectada para que tenga conocimiento de un acto de autoridad que pueda perjudicarlo, sino que implica el derecho de poder comparecer ante la autoridad a oponerse a los actos que afecten sus propiedades, posesiones o derechos y a exponer las defensas legales que pudiere tener, para lo cual, obviamente, es necesaria la existencia de un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento...” (México: Tribunal Colegiado del 8.º Circuito, 3 de octubre de 1975).

Pero no solo debe entenderse como parte del derecho a ser oído la existencia de normas sobre los actos de procedimiento que llamen a audiencia, sino también la disponibilidad de medios jurídicos (excepciones) que permitan declarar la nulidad de lo actuado ante la falta de notificación o en presencia de una notificación irregular, amañada o espuria. Por igual, es imprescindible delimitar dos probables escenarios: el defecto (llamado rebeldía en algunos ordenamientos) y la incomparecencia; no es lo mismo no haber tenido jamás conocimiento del proceso que haberlo tenido, pero haberse quedado fuera voluntariamente. El distingo es importante porque el principio de audiencia se da por satisfecho cuando, a través de un emplazamiento o de una citación efectiva, se ofrece la oportunidad a la parte contraria de ser oída, poco importa que esta decida abstenerse.

En materia civil, en que casi siempre se reivindica un derecho subjetivo traducible en dinero y en que el proceso se rige por el principio dispositivo, la publicidad de la audiencia destinada a “oír” a las partes se pone de manifiesto a partir del momento en que estas acuden a la vista pública de su caso, antes no. Durante los días que preceden a la celebración de este juicio a puertas abiertas, salvo que se tratara de materias como el divorcio en que la ley dispone lo contrario, asistimos a una fase extrajudicial, reservada si se quiere, en que ni el juez está enterado de la existencia de la disputa. La litis, como tal, tanto en su realidad como en su contenido, es en esta etapa información privilegiada de la que solo las partes tienen conocimiento. No en balde se ha dicho que el proceso civil es un péndulo que oscila entre lo inquisitorial y la publicidad abierta de los debates. Más todavía: después de celebrada la audiencia en que los abogados leen sus conclusiones, se acostumbra a presentar por escrito comentarios y observaciones al tribunal, sin que necesariamente el contenido de los mismos trascienda al público.

Como quiera que sea y sin que mucho importe en qué momento de la instancia las partes comparezcan “vis a vis” ante la presencia del juez, cualquier ley que las prive del derecho a una audiencia del tipo que fuere, sostiene Couture, es violatoria de la tutela constitucional del proceso. En su opinión la máxima que da fe de que “nadie puede ser condenado sin ser escuchado” ha pasado del lenguaje de la ciencia jurídica al lenguaje popular.

En el caso particular de la República Dominicana, como si no bastaran las providencias de orden constitucional que hacen del principio de audiencia una realidad indisoluble e insoslayable de la tutela judicial efectiva, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo la rúbrica “Garantías judiciales”, 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”. No es ocioso recordar que nuestra Constitución, en su artículo 26.1, reconoce y viabiliza la aplicación de las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado. Y añade más adelante, en el inciso 2 del mismo artículo 26, que los convenios internacionales, debidamente refrendados, “regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial”. De manera que la indicada convención internacional, ratificada por el Estado dominicano el 25 de diciembre de 1977, se considera parte de nuestro derecho positivo y opera en todo el territorio nacional.



# **CAPÍTULO VIII**

## **EL DERECHO A LA PRUEBA**

### **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA**

### **LA VALORACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA**

### **LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ**

**Hermógenes Acosta de los Santos**



# CAPÍTULO VIII

## EL DERECHO A LA PRUEBA

### LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA

#### LA VALORACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA

#### LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

Hermógenes Acosta de los Santos

## INTRODUCCIÓN

Con evidente razón, se afirma que no basta tener un derecho, sino que es necesario probarlo. Además, se sostiene que lo que no se prueba carece de existencia procesal, y en modo alguno puede ser tomado en cuenta en la decisión que resuelva el conflicto. Estas afirmaciones sencillas, y al mismo tiempo muy significativas, reflejan la importancia de la prueba en el proceso, tanto para el juez como para las partes.

El derecho a la prueba está regido por diferentes reglas, destacándose aquella que se consagra en el artículo 1315 del Código Civil dominicano, según la cual: “El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”. Conforme a la regla expuesta, la parte que reclama la ejecución de una prestación o alega un hecho, tiene la carga de la prueba; mientras que la otra parte, en principio, puede asumir una actitud pasiva. Pero, la referida regla comporta determinadas excepciones, pues hay hechos alegados por una de las partes que no tienen que ser probados.

## 1. LAS REGLAS Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA PROBATORIO

La actividad probatoria está regida por reglas y principios referidos en los párrafos siguientes:

## 1.1. EL OBJETO DE LA PRUEBA

Generalmente se admite que los hechos constituyen el objeto de la prueba, aunque hay quienes afirman que tienen existencia propia y que lo que se debe probar son las afirmaciones referidas a estos.

Nosotros consideramos, siguiendo al profesor colombiano Parra Quijano, que la tesis anterior no es correcta, porque en materia de prueba las partes no le plantean sus dudas al juez, sino que hacen afirmaciones respecto a la existencia de determinados hechos que sirven de sustentos a sus pretensiones, los cuales constituyen el objeto de las pruebas.<sup>1</sup>

Sin embargo, las partes están exoneradas de probar la existencia del derecho, los hechos no controvertidos, los hechos notorios, los hechos evidentes, las presunciones legales y las negaciones indefinidas, por las razones explicadas a continuación.

### 1.1.1. No hay necesidad de probar el derecho

Las partes no tienen que probar la existencia de las normas jurídicas que le sirven de base a sus pretensiones, porque el derecho se presume conocido desde el momento en que se cumple con los requisitos de publicidad contemplados en la Constitución y en la ley.

Cabe recordar la conocida máxima, según la cual nadie puede alegar el desconocimiento de la ley. En este sentido, en el ordenamiento jurídico dominicano la ley es obligatoria, según el artículo 109 de la Constitución que reza: “(...) una vez transcurridos los plazos para que se reputen conocidas en todo el territorio nacional”. Los plazos a los que alude el constituyente están previstos en el artículo 1 del Código Civil, en el cual se establece que la ley se reputa conocida en el Distrito Nacional un día después de publicada, y en las demás provincias del país dos días después.

Cabe destacar que hay sistemas, como el colombiano, que solo eximen de la prueba de la legislación que tiene alcance nacional.<sup>2</sup> Es de

---

1 Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones Profesionales, p.122. La tesis planteada por el profesor Parra Quijano es una respuesta a la afirmación hecha por el profesor colombiano Sentis Melendo, Santiago, quien plantea en su obra “Los grandes temas del derecho probatorio”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 12, que los hechos no hay que probarlos, sino que lo que se prueba son las afirmaciones que se hacen sobre estos.

2 Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones Profesionales.



suponerse que la prueba de la existencia de la legislación local habría que acreditarla cuando se litigue fuera de la jurisdicción del municipio donde rige la norma que se invoque. Sin embargo, cuando una parte niega la existencia del derecho, quien lo invoca debe aportar la prueba, porque en esta hipótesis se produce: “una interferencia entre el campo del hecho y el del derecho”.<sup>3</sup>

En lo que concierne a la costumbre, es necesario probar su existencia, aunque esta tiene valor de norma jurídica, particularmente en materia laboral y en materia comercial.<sup>4</sup> Pero, si bien es verdad que debe aportarse esta prueba, también es verdad, según lo afirma Geny, citado por Couture, que se admite que “el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios”.<sup>5</sup>

Por último, la parte que invoca una disposición legal de un sistema jurídico extranjero tiene que probar su existencia, ya que ni a la parte adversa ni al juez puede exigírsele que conozca dicha disposición.<sup>6</sup> Respecto de esta regla hay que hacer una distinción en lo que concierne a las leyes de los países signatarios de la Convención Internacional de Derecho Privado de la Habana, de 1928 (Código de Bustamante), las cuales pueden ser aplicada de oficio por el juez e invocadas en los demás países signatarios.<sup>7</sup>

En este orden, la parte interesada puede, según el artículo 409 y siguientes de dicho código, justificar la existencia de la ley extranjera, mediante la certificación emitida por dos abogados en ejercicio del país extranjero. En ausencia de esta justificación, el tribunal podrá solicitar, por la vía diplomática, la información necesaria respecto del texto de ley.<sup>8</sup>

---

3 Couture, E. (2005). *Fundamento de derecho procesal civil*. Editorial B de F.

4 Tavárez, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen II*. (Primera reimpression de la 8.ª ed., revisada y puesta al día por Tavárez, F., J.R., y Tavárez, A.). Editorial Tiempo.

5 Couture, E. (2005). *Fundamento de derecho procesal civil*. Editorial B de F.

6 Véase Cas. 29 de mayo, de 1935, B.J. 298, p. 168; Cas. 23 de enero de 1941, B.J. 366, p. 7. Citadas por Tavárez, F. hijo, ob., cit., p. 221.

7 Tavárez, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen II*. (Primera reimpression de la 8.ª ed., revisada y puesta al día por Tavárez, F., J.R., y Tavárez, A.). Editorial Tiempo.

8 Íd.

### 1.1.2. No hay que probar los hechos no controvertidos

La lógica indica que en la materia que nos ocupa no hay necesidad de probar hechos que no han sido discutidos por la parte a la cual se le oponen. La intervención del tribunal y la propia actividad probatoria tiene razón de ser respecto de las cuestiones del proceso que no han sido contestadas.

Entre los principios que rigen el proceso se encuentra el de la economía procesal, del cual se desprende el interés del legislador en que el proceso sea agotado realizando el menor número de actos procesales. Tal principio, a juicio de la doctrina, se viola, cuando se desarrolla una actividad probatoria, con la finalidad de probar hechos no controvertidos por la parte a la que se le oponen.<sup>9</sup>

De igual forma, la exoneración de la carga de la prueba de los hechos no controvertidos se sustenta en el principio dispositivo que gobierna el proceso civil. Conforme a este principio y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden disponer de sus pretensiones y de los fundamentos de esta, tanto en lo jurídico como en lo fáctico. En consecuencia, exigir la prueba de los referidos hechos implicaría desconocer la autonomía de la voluntad de las partes.<sup>10</sup>

## 1.2. NO HAY QUE PROBAR LOS HECHOS NOTORIOS

En principio, los hechos notorios no tienen que ser probados. Los hechos se consideran notorios cuando: “(...) entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar, a un círculo social y a un momento determinado en que ocurre la decisión”.<sup>11</sup> En esta línea de pensamiento se afirma que los términos notorios y en su generalidad no son sinónimos, en razón de que un hecho puede ser notorio sin que sea conocido por todos;<sup>12</sup> en la medida que “hecho notorio” no significa conocimiento absoluto, sino conocimiento relativo,<sup>13</sup> tampoco significa conocimiento efectivo, es decir, conocimiento real.<sup>14</sup>

9 Couture, E. (2005). *Fundamento de derecho procesal civil*. Editorial B de F.

10 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.

11 Couture, E. (2005). *Fundamento de derecho procesal civil*. Editorial B de F.

12 Íd.

13 Íd.

14 Íd.

En torno a la relatividad de los hechos notorios, se indica que los hechos conocidos por los habitantes de una ciudad no necesariamente tienen que ser conocidos por los de otra ciudad; y, además, que lo que todos sabemos hoy puede que lo olvidemos dentro de un año o dentro de algunos meses. A partir de la relatividad de dichos hechos, algunos autores sostienen que los mismos no deben ser excluidos de la prueba.<sup>15</sup>

Si bien es cierto que los hechos notorios no tienen que ser probados, la notoriedad también debe ser probada; de manera tal, el juez tiene la obligación de determinar en cada caso si la alegada notoriedad existe. Entonces, es a raíz de las tesis indicadas que en el párrafo 291 de la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) se establece que “no necesitan de ninguna prueba los hechos que son notorios para el tribunal”.<sup>16</sup>

De igual modo, quien alega que un hecho es notorio y que en consecuencia no tiene que probarlo, tiene la carga de aportar la contraprueba cuando el adversario cuestiona la notoriedad.<sup>17</sup> La ausencia de alegación respecto del carácter notorio del hecho que se invoca impediría que la otra parte ejerza su derecho de defensa, de manera que el juez no podría tomar en cuenta dicho hecho si no ha sido acreditado su carácter notorio.<sup>18</sup>

Ciertamente, una cosa es que no haya que probar los hechos que son notorios y otra cosa muy distinta es la obligación que tiene la parte que lo invoca de demostrar que el hecho exento de prueba reúne las características propias de la notoriedad.

### **1.2.1. No hay que probar los hechos evidentes**

Cuando los hechos son evidentes no hay necesidad de probarlos, porque se entiende que forman parte del saber privado del juez.<sup>19</sup>

Los hechos normales también se asimilan a los hechos evidentes, los cuales tampoco tienen que ser probados. Se parte de la lógica de

---

15 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2ª edición). Editorial PPU.

16 Íd.

17 Íd.

18 Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones Profesionales.

19 Couture, E. (2005). *Fundamento de derecho procesal civil*. Editorial B de F.

que en la generalidad de los casos los hechos ocurren como sucede naturalmente en la vida y no de forma extravagante y excepcional.<sup>20</sup>

### 1.2.2. No hay que probar los hechos presumidos por la ley

La finalidad de la actividad probatoria es la búsqueda de la verdad de los hechos alegados y controvertidos, pero cuando existe una norma jurídica en la que el legislador presume la verdad del hecho, la actividad probatoria pierde su utilidad y razón de ser.

Es por esto que en doctrina y jurisprudencia se afirma que los hechos presumidos por la ley no tienen que ser probados. Una presunción comprende: “(...) un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad...”.<sup>21</sup> De estos aspectos se exonera de pruebas lo relativo al hecho desconocido y a la relación de causalidad.<sup>22</sup>

En el ordenamiento dominicano las presunciones no tienen que ser probadas por mandato expreso del legislador.<sup>23</sup> Por otra parte, las presunciones se clasifican, dependiendo de si admiten o no prueba en contrario, en *jure et de jure*, la cual no admite prueba en contrario; y la *juris tantum*, que sí admite prueba en contrario.<sup>24</sup> Igualmente, las presunciones se clasifican, atendiendo a si producen efectos solo entre las partes o si producen efectos *erga omne*: las primeras se denominan relativas, y las segundas absolutas.<sup>25</sup> En este sentido, por ejemplo, la autoridad de la cosa juzgada tiene efectos relativos en materia civil, pero *erga omne* en materia penal.<sup>26</sup>

### 1.2.3. No hay que probar las negaciones o afirmaciones indefinidas

Esta exoneración de la prueba está regulada en algunas legislaciones, como es el caso de la colombiana. En efecto, el inciso 2 del 177 del Código de Procedimiento Civil libera de la carga de la prueba a la parte

---

20 Íd.

21 Íd.

22 Íd.

23 Según el artículo 1352 del Código Civil: “La presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en provecho del cual existe”.

24 Tavárez, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen II*. (Primera reimpression de la 8.ª ed., revisada y puesta al día por Tavárez, F., J.R., y Tavárez, A.). Editorial Tiempo.

25 Íd.

26 Íd.

que hace una afirmación o negación indefinida.<sup>27</sup> Respecto de esta liberación de la carga de la prueba, la Suprema Corte de Justicia de Colombia ha hecho un desarrollo interesante, al cual nos referimos a continuación.

La Corte precisa que liberación de la carga de la prueba es solo respecto de las que son indefinidas, de manera que las definidas deben probarse.<sup>28</sup> En esta línea de pensamientos ha sostenido que cuando se afirma que la mercancía recibida no es de calidad, al mismo tiempo se está afirmando que la mercancía es de mala calidad. Esta negación no es indefinida porque implica la aseveración de otro hecho.<sup>29</sup>

La negación también es definida cuando se niega haber estado en el lugar del hecho el día que este ocurrió. En este ejemplo quien hizo la afirmación negativa debe aportar la prueba sobre el lugar preciso en que se encontraba en la fecha en que ocurrió el hecho que se le imputa.<sup>30</sup> En cambio, la negación es indefinida, cuando el demandado en cobro de sumas de dinero responde a la demanda, indicándole al demandante que no debe la suma reclamada, pues en este caso dicha aseveración puede significar muchas cosas, entre las cuales se encuentran: que la deuda no se contrajo, que está prescrita o que ya fue saldada.

### **1.3. LA CARGA DE LA PRUEBA**

En materia de prueba constituye una regla general que la carga de la prueba recae sobre aquel que alega un hecho, sin importar que sea demandante o demandado original. Dicha regla está prevista en el artículo 1315 del Código Civil dominicano, texto que consagra que el que reclama la ejecución de una obligación debe probarla y quien alega haber cumplido debe aportar la prueba de la liberación. Como es evidente, se trata de un texto previsto para la materia de las obligaciones, pero que conforme a la doctrina y la jurisprudencia es de aplicación general. Por tanto, la carga de la prueba no necesariamente pesa sobre el demandante original.

---

27 Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones Profesionales.

28 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de enero 1975, C.J., T. CLI. XI,1.a Parte, núm. 2392. Citada por Parra Qujano, J., ob., cit., pp. 139-140.

29 Íd.

30 Tavárez, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen II*. (Primera reimpression de la 8.ª ed., revisada y puesta al día por Tavárez, F., J.R., y Tavárez, A.). Editorial Tiempo.

Conviene precisar que sobre el demandado solo pesa la carga de las pruebas de las alegaciones que forman parte de su demanda. En cambio, le corresponde al demandado probar los hechos alegados en ocasión de la respuesta que da a las pretensiones de la parte que lo adversa. De ahí que, por ejemplo, se afirme que corresponde al demandado probar las excepciones que promueva, ya que respecto de las mismas se encuentra en las mismas condiciones que el actor original.<sup>31</sup> Cabe destacar que, aunque en el procedimiento civil rige el principio dispositivo, en lo que se refiere a las reglas de la carga de la prueba, dicho principio comporta limitaciones.

A partir de la tesis anterior, se sostiene que no es válida la convención mediante la cual el demandado se obliga a probar hechos que le corresponde probar al demandante.<sup>32</sup> Pero la carencia de validez de la referida convención se fundamenta no en el orden público, sino en el hecho de que se trata de una materia ajena a las partes y propia del juez; y, solamente si una ley lo establece de manera expresa, las partes pueden decidirlo.<sup>33</sup>

#### 1.4. LA JERARQUÍA DE LA PRUEBA

En la materia civil, contrario a lo que ocurre en materia comercial, laboral y penal, no rige la libertad de prueba, sino la jerarquía de la prueba. En esta materia la prueba por excelencia y prevaleciente es la literal. La superioridad de la referida prueba está consagrada en el artículo 1341 del Código Civil dominicano, en el cual se establece que “debe extenderse acta ante notario o bajo firma privada, de todas las cosas cuya suma o valor exceda de treinta pesos, aún por deposito voluntario; y no se recibirá prueba alguna de testigos en contra o fuera de los contenidos en las actas, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, en o después de aquella, aunque se trate de una suma o valor menor de treinta pesos. Todo esto, sin perjuicio de lo que se prescribe en las leyes relativas al comercio”.

Es evidente que la suma de 30 pesos resulta en la actualidad insignificante, lo que se explica porque se trata de un texto que fue

---

31 Chioyenda, G. (2000). *Principios de derecho procesal civil. Volumen I y II*. Editorial Reus.

32 Íd.

33 Íd.

redactado hace más de dos siglos.<sup>34</sup> De manera que es de rigor y perentorio que el referido texto sea reformado para que la suma de 30 pesos sea aumentada y, sobre todo, para que se exprese en salarios mínimos, de manera que el paso del tiempo no la convierta de nuevo en insignificante.<sup>35</sup>

Como toda regla, la que nos ocupa comporta algunas excepciones. En este sentido, se admite la prueba testimonial, aunque la suma envuelta en el negocio jurídico sea mayor de 30 pesos, cuando exista un principio de prueba por escrito, es decir, un documento emanado de aquel contra quien se hace la demanda o de su representante, y del cual se desprenda la verosimilitud del hecho alegado.<sup>36</sup>

De igual forma, tampoco se aplica la regla cuando el demandante demuestre la imposibilidad de procurarse una prueba literal en relación a la obligación que se ha contraído respecto a él.<sup>37</sup> En lo que se refiere a este aspecto, es decir, a la jerarquía de la prueba, es preciso resaltar que la prueba literal excluye las demás pruebas, en el ámbito de las declaraciones de voluntades o de conocimientos, cuyo valor supere la suma de 30 pesos. Pero cuando se trate de probar hechos, rige la libertad de prueba, como ocurre en las demás materias.

En este sentido, en una demanda en cobro de sumas de dinero, independientemente de la suma envuelta, puede proceder la audición de testigo, si la causa de la deuda no es un préstamo, sino, por ejemplo, la prestación de servicios en ausencia de subordinación jurídica. En tal caso, nada impide que la parte demandada en ejecución de contrato y en cobro de una suma de dinero, pruebe mediante testigo que el contrato no fue ejecutado en la forma prevista.

## **1.5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

Así como a las partes le corresponde la tarea de impulsar la actividad probatoria, al juez apoderado del litigio le corresponde, en una primera fase, interpretar y valorar las pruebas que les son sometidas; y en una segunda fase, fundamentar su decisión en las pruebas aportadas por las

---

34 El Código Civil francés fue promulgado el 21 de marzo de 1804. Este fue adoptado por nuestro país en el 1884.

35 El artículo 1341 del Proyecto de Código Civil, pendiente de aprobación en el Congreso, aumenta la suma de RD\$30 a RD\$5,000.

36 Código Civil de la República Dominicana, artículo 1347.

37 *Ibíd.*, 1348.

partes y admitidas por él. Es importante destacar que el cumplimiento de esta última obligación constituye una condición de legitimidad de la decisión.

La apreciación o valoración de la prueba es definida por la doctrina, como la operación intelectual, bajo la cual el juez se declara convencido o no de la existencia de los hechos alegados por las partes. En este sentido, en el desarrollo de la referida operación el juez debe establecer si los hechos que una de las partes o las partes alegaron durante el proceso fueron o no probados a través de los procedimientos de prueba previstos por la ley.

La operación mediante la cual el juez verifica el valor de la prueba no debe confundirse con otra operación jurídica, muy próxima a esta y que le precede, como lo es la interpretación de la prueba. Con la finalidad de diferenciar las dos nociones de referencia, se sostiene que interpretar un documento o la declaración de un testigo significa determinar lo que se dice en el documento o lo que dijo el testigo; mientras que la apreciación implica determinar si el contenido del documento o la declaración del testigo es cierta, dudosa o falsa, parcial o totalmente.<sup>38</sup>

La diferenciación de las indicadas nociones tiene un gran interés, esto así, porque la apreciación de la prueba está abandonada a la soberana apreciación del juez, no así la interpretación de la misma. A partir de lo expuesto en el párrafo anterior, la Corte de Casación no puede controlar la labor de apreciación de la prueba hecha por el juez; en cambio, sí puede controlar su labor de interpretación, particularmente para determinar si la misma responde al verdadero contenido de la prueba interpretada, o si por el contrario la misma fue desnaturalizada.<sup>39</sup>

## 1.6. LOS SISTEMAS DE PRUEBAS

Existen, en general, dos sistemas de pruebas: el sistema de libre apreciación de la prueba y el sistema de la prueba legal o tasada. A ambos sistemas hacen alusión los siguientes párrafos:

38 Calamandrei (citado en De la Oliva, A., y Fernández, M. A., 1984).

39 Dalloz (Ed.). Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil (1999) (N.º 468, Tome VIII, p. 47). En materia de apreciación de la prueba rigen dos sistemas: la apreciación libre y la prueba tasada.



### **1.6.1. Sistema de prueba legal o tasada**

Este sistema impera en los casos en que la establezca de manera expresa el valor que debe dar el juez a una determinada actividad probatoria. En tal caso, se afirma que el juez no exterioriza el resultado de un proceso interior para la adquisición de certeza; lo que exterioriza es la voluntad de la ley, ante unos hechos concretos, que son, en estos casos, las concretas actividades probatorias que se hayan llevado a cabo.<sup>40</sup>

En el Código Civil aparecen numerosos textos que prevén la fuerza probatoria de ciertos procesos de pruebas. A modo de ejemplo, podemos citar los artículos 1319-1320, los cuales determinan el valor probatorio de los actos auténticos, o el artículo 1322 que determina el valor probatorio de los actos bajo firma privada. Cuando la ley establece que un procedimiento de prueba hace fe bajo ciertas condiciones, el poder del juez se limita a verificar el cumplimiento de dicha condición. De esta manera, el juez, independientemente de sus profundas convicciones, no puede negar la existencia de un hecho que la ley reputa establecido.<sup>41</sup>

Este sistema tiene mucha importancia en materia civil, pero la doctrina le imputa serios defectos o desventajas. Por ejemplo, se considera que se trata de un sistema que le da al funcionario de mala fe mayores oportunidades de delinquir; igualmente, el sistema relega al juez en las pruebas personales. Y, por último, se trata de un sistema al cual se acomoda fácilmente el juez negligente, ya que mientras en el sistema de la libre convicción el juez tiene que estudiar las disciplinas afines al derecho, en el sistema de la prueba tasada el juez solo tiene que estudiar el derecho.<sup>42</sup>

El sistema de la prueba tasada puede promover comportamientos por parte del juez que no se compadecen con el rigor que exige la administración de justicia, en razón de que al encuadrarse la valoración de la prueba en una serie de reglas, como ocurre en materia civil, el juez puede llegar a pensar que desempeñará su labor aplicando dichas reglas de manera mecánica y sin necesidad de escarbar y analizar las pruebas aportadas de manera rigurosa.

---

40 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.

41 Dalloz (Ed.). *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil* (1999) (N.º 473, Tome VIII, p. 48).

42 Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones Profesionales.

### 1.6.2. El sistema de libre apreciación de la prueba

Este sistema constituye la regla general, ya que, salvo que exista una norma jurídica en la cual se exprese o especifique el valor exacto de una determinada prueba (prueba tasada), el juez está en la libertad de actuar como un fedatario o testigo cualificado.<sup>43</sup>

Este sistema ofrece varias ventajas,<sup>44</sup> indicadas a continuación:

- a) El juez debe criticar razonadamente, porque lo que se pretende con este sistema no es consagrar la arbitrariedad, sino promover el empleo de la experiencia, de la lógica, de la historia, de la sociología y de la imaginación, con la finalidad de que en cada proceso se administre justicia con más acierto, valorando la prueba de acuerdo con lo dicho y para el caso concreto;<sup>45</sup>
- b) El juez debe explicar en la motivación los razonamientos que hace sobre la prueba para cumplir con el principio de contradicción y de la debida defensa;<sup>46</sup>
- c) El juez que aplica este sistema adquiere toda la dimensión que debe tener el juzgador cuando tiene un respaldo intelectual y moral que le permite sentir, esto es, dictar sentencia de acuerdo con lo probado en el proceso.<sup>47</sup>

Compartimos lo expuesto anteriormente, porque en el sistema de pruebas tasadas el juez no puede prescindir de hacer las valoraciones que requiere la prueba de que se trate. En esta valoración debe auxiliarse de la técnica y las disciplinas que sirven de complemento al derecho, tales como: la sicología, la historia y la lógica.

En el derecho procesal civil dominicano se adoptan los dos sistemas. En efecto, en lo que concierne a la fuerza probatoria de los actos auténticos, los actos bajo firma privada y la confesión: "(...) el juez no tiene facultad de libre apreciación; desde que uno de ellos es producido

---

43 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.

44 Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones Profesionales.

45 Íd.

46 Íd.

47 Íd.

en el proceso, tiene que decidir conforme a la prueba administrada, aunque su convicción se haya formado en sentido contrario”.<sup>48</sup>

Respecto del testimonio, el peritaje y las presunciones de hecho, el juez no ha fijado su valor probatorio, por lo cual puede decidir según su íntima convicción, independientemente de los resultados obtenidos con la administración de la prueba.<sup>49</sup> Cuando se valora la prueba documental en nuestro sistema, el juez no dispone de amplias libertades, como se ha indicado anteriormente, lo que en modo alguno implica que dichos documentos no requieran de un examen riguroso, pues el valor que le asigna el legislador está condicionado a que se cumpla con una serie de requisitos formales y de fondo.

En torno a la valoración de la prueba testimonial y del peritaje, si bien el juez dispone de una amplia libertad de apreciación, esto no lo libera de realizar su actividad de manera objetiva y, sobre todo, no lo libera de respaldar la valoración de la prueba en una argumentación sólida.

## **2. LOS TIPOS DE PRUEBAS Y LOS MEDIOS PROBATORIOS**

En este capítulo nos referiremos a los tipos de pruebas; así como a los mecanismos mediante los cuales las pruebas se presentan ante el tribunal.

Obviamos referirnos a la inspección de lugares y a la confesión, en razón de que su uso no es frecuente en el proceso civil.

### **2.1. LA PRUEBA LITERAL Y LA COMUNICACIÓN DE DOCUMENTOS**

#### **2.1.1. La prueba literal**

La prueba escrita es la más importante en materia civil, en razón de que impera el principio de jerarquía de la prueba. Hay que destacar que este tipo de prueba trasciende a la materia civil.

---

48 Tavárez, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen II*. (Primera reimpression de la 8.ª ed., revisada y puesta al día por Tavárez, F., J.R., y Tavárez, A.). Editorial Tiempo.

49 Véase Cas. 24 de junio de 1952, B.J. 503, p. 1168. Citada por Tavárez, F., hijo, ob., cit., p. 230 .

En efecto, el hecho de que en determinadas materias exista libertad de prueba, no significa que la prueba escrita esté devaluada, sino, que la existencia de esta no impide la presentación de otros tipos de pruebas como, por ejemplo, la testimonial. En cualquier caso, la prueba escrita es más fiable, más segura y puede ser administrada con mayor facilidad en justicia.

Cuando hablamos de prueba literal nos estamos refiriendo a las declaraciones de voluntad o a las declaraciones de conocimientos que constan en un documento. Los documentos en los cuales constan dichas declaraciones se denominan auténticos, cuando son redactados por una persona a la cual la ley le reconoce fe pública; mientras que aquellos que son redactados por las partes son denominados actos bajo firma privada. Además de los dos tipos clásicos de documentos, la doctrina reconoce un tercer tipo de documentos, se trata del denominado documento oficial, que es aquel que emite un organismo público, al cual no se le reconoce fe pública.<sup>50</sup>

El interés de la clasificación que precede radica en el valor probatorio; ya que, los actos auténticos tienen una fuerza probatoria mayor que la de los actos bajo firma privada. La superioridad probatoria del acto auténtico estriba en que es instrumentado por una persona que, además de ser ajena a los intereses que se desprenden del contenido del acto en cuestión, es decir, un tercero, es un oficial público al cual la ley le reconoce fe pública; contrario a lo que ocurre con el acto bajo firma privada, en el cual solo intervienen las partes interesadas.

Como una forma de reconocer la superioridad probatoria del acto auténtico, el legislador establece que el mismo hace plena fe de lo convenido entre las partes.<sup>51</sup> Dicho contenido solo puede ser cuestionado mediante la inscripción en falsedad.<sup>52</sup>

El acto bajo firma privada admite la prueba en contrario, por lo cual no es necesario iniciar un procedimiento de inscripción en falsedad para cuestionarlo.

---

50 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.

51 Código Civil de la República Dominicana, artículo 1319.

52 Íd.

Otro elemento que evidencia la superioridad del acto autentico concierne al hecho de que, contrario a lo que ocurre con el acto bajo firma privada, no requiere de registro para adquirir fecha cierta.<sup>53</sup>

### **2.1.2. La comunicación de documentos**

La comunicación de documentos es un medio de prueba mediante el cual las partes pueden hacer valer los documentos en los cuales fundamentan sus pretensiones. Las reglas que deben seguirse en la implementación de la comunicación de documentos están previstas en los artículos 49 y siguientes de la Ley núm. 834-78.

En principio, las partes deben comunicarse espontáneamente con los documentos que pretenden hacer valer en apoyo de sus pretensiones. En este sentido, le corresponde a la parte actora acompañar la demanda de los documentos en los cuales sustenta sus pretensiones. De igual forma, la parte adversa está en la obligación de comunicarle a la parte actora los documentos en los cuales apoya su defensa. En ausencia de comunicación espontánea de los documentos, la parte interesada requerirá la comunicación de los mismos, mediante solicitud formal hecha en audiencia, solicitud que evalúa el juez, pudiendo rechazarla o acogerla.

Lo que se pretende con la comunicación de documentos es permitirles a las partes desarrollar adecuadamente la actividad probatoria; actividad que debe desarrollarse respetando los principios constitucionales del proceso, particularmente, el de igualdad y el de contradicción, a los cuales nos referiremos más adelante. Otro aspecto de interés lo constituye la facultad que tiene el juez para constreñir a una de las partes, mediante astreinte, a depositar ante el tribunal documentos que tenga en su poder y no haya comunicado voluntariamente.<sup>54</sup> Esto es lo que se conoce como la comunicación forzosa de documentos.

La ocasión es oportuna para llamar la atención en el sentido de que con frecuencia la comunicación de documentos es desnaturalizada, ya que, en lugar de ser utilizada para garantizar la actividad probatoria y el derecho de defensa, se utiliza para entorpecer y retardar el proceso. En ocasión se abusa de la denominada “prórroga de comunicación de documentos” a la cual se recurre, generalmente para cubrir negligencias y en otros casos para retardar de manera deliberada el proceso.

---

53 Íd.

54 Ley N.º 834, artículos 53 y 54.

Así que, corresponde al abogado litigante tener presente su condición de auxiliar de la justicia, y al juez la obligación de impedir que la medida que nos ocupa sea desnaturalizada y utilizada para fines contrarios a la buena administración de justicia.

## 2.2. LA PRUEBA TESTIMONIAL Y EL INFORMATIVO

### 2.2.1. La prueba testimonial

Como ya lo hemos indicado, en la materia civil la prueba por excelencia es la literal. No obstante, cuando de lo que se trata es de probar hechos, no declaraciones de acuerdos de voluntad o de conocimientos, la prueba testimonial es útil. En tal sentido, toda persona que haya visto u oído un hecho relevante para la causa puede, en principio, ser oída como testigo, sea a requerimiento del juez o de la parte interesada.

En lo que se refiere a las personas que pueden ser testigos, según el artículo 74 de la Ley 834-78, las únicas excluidas son las afectadas por una incapacidad; por ejemplo, las personas condenadas a la degradación cívica (artículo 32 del Código Penal) y las privadas por sentencia a deponer en juicio (artículo 42 del Código Penal).<sup>55</sup> Sin embargo, el mismo texto indica que los afectados por una incapacidad pueden ser oídas, pero sin prestar juramento, a excepción de los descendientes, quienes jamás podrán ser oídos respecto de los agravios, invocados por los esposos en apoyo de una demanda de divorcio.

En este sentido, puede afirmarse que en nuestro sistema la tacha de testigo ha desaparecido, pues solo los descendientes quedan realmente excluidos en la materia anteriormente indicada.<sup>56</sup> El hecho de ser asalariado o pariente de una de las partes, por ejemplo, no impide que una persona sea testigo en un proceso, pero estas declaraciones no tienen el mismo valor que las hechas por una persona que no tiene vínculos con las partes. Es por esto que, con razón, se afirma que dichas personas no pueden considerarse testigos calificados.<sup>57</sup> Realmente, es muy difícil, por no decir imposible, que una persona

---

55 Tavárez, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen II*. (Primera reimpression de la 8.ª ed., revisada y puesta al día por Tavárez, F., J. R., y Tavárez, A.). Editorial Tiempo.

56 Pérez, A. (2002). *Procedimiento civil. Tomo II. Volumen I* (5.ª edición). Amigo del Hogar.

57 Íd.

vinculada a una de las partes pueda producir declaraciones objetivas e imparciales.

En este mismo orden, nos parece conveniente que en el Código Procesal Civil se contemplen las mismas causales procesales de tachas que existían antes de la modificación del 1978, pero no para impedir que una persona que incurra en una de dichas causales sea testigo, sino para que el juez la tome en cuenta al momento de valorar sus declaraciones. Este es, por ejemplo, el sistema adoptado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es el equivalente a un Código de Procedimiento Civil dominicano.<sup>58</sup>

En otro orden, es importante tener en cuenta la fragilidad e inseguridad propia de la prueba por testigo, derivada de los fallos de las facultades de percepción sensorial, más que de los fallos de la memoria.<sup>59</sup> Esta fragilidad queda evidenciada en el hecho de que, si analizamos las declaraciones de dos verdaderos testigos presenciales, advertiremos que difieren en pequeños detalles y puntos esenciales.<sup>60</sup> Sin embargo, aunque se admite la inseguridad de la prueba por testigo, se reivindica su utilidad y se sugiere no descuidar su práctica; así como, que sea practicada y apreciada con el mayor esmero, ya que, en muchos casos, es la única prueba que existe.<sup>61</sup>

### **2.2.2. El informativo**

El informativo testimonial es el procedimiento o mecanismo mediante el cual se administra la prueba por testigo. Está reglamentado en los artículos del 73 al 100 de la Ley núm. 834-78. Se trata de un mecanismo de administración de la prueba que está a la disposición de todos aquellos que son partes en el proceso, de ahí que cuando una parte hace uso del mismo, de pleno derecho se le concede a la otra parte el derecho a hacer uso del contrainformativo.<sup>62</sup>

El valor del testimonio dependerá en gran medida de la objetividad del testigo. Esto es porque, en caso de que haya varios testigos, estos

---

58 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.

59 Íd.

60 Íd.

61 Íd.

62 Ley N.º 834, artículo 73.

son oídos de manera separada, para evitar la comunicación; y con ello, impedir que se pongan de acuerdo y presenten al tribunal declaraciones arregladas y acordadas.<sup>63</sup>

Los indicados textos jurídicos contemplan dos tipos de informativo: el ordinario y el inmediato. El primero es ordenado de oficio o a requerimiento de parte y no se celebra en la misma audiencia en la cual se dispone, sino en otra audiencia que es fijada por el juez en la decisión que lo ordena.<sup>64</sup> Mientras que, el inmediato se conoce en la misma audiencia que se ordena y puede ser, también, a requerimiento de parte o de oficio.<sup>65</sup>

## 2.3. LA PRUEBA POR PERITO Y EL PERITAJE

### 2.3.1. La prueba por perito

Mediante este tipo de prueba, personas con conocimiento en un área de la ciencia o el arte y aún en un oficio, suministran al juez conocimientos y apreciaciones de hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso.<sup>66</sup> Aunque las informaciones que suministran los peritos se refieren a áreas no jurídicas y, en consecuencia, generalmente no conocidas a profundidad por el juez, dichas informaciones no se les imponen.<sup>67</sup>

De igual forma, si el juez encontrara que el informe pericial no contiene los elementos importantes para darle solución al conflicto, pueden ordenar un nuevo peritaje, a cargo de uno o varios expertos.<sup>68</sup>

Con la finalidad de justificar la facultad que tiene el juez para valorar libremente el informe pericial, se afirma que además de la formación jurídica que se le atribuye, también se le atribuye una personalidad humana madura, capaz de valorar con prudencia y sentido crítico los pareceres del perito o de los peritos.<sup>69</sup> Sin embargo, el hecho de que

---

63 Ibid., 77.

64 Ibid., 94 y ss.

65 Ibid., 100.

66 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.

67 Código Civil de Procedimiento Civil de la República Dominicana, artículo 323.

68 Ibid., 322.

69 De la Oliva, A., y Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal*. (Reimpresión de la 2.ª edición). Editorial PPU.



al juez se le reconozcan los atributos indicados, no debe conducirlo a despreciar de manera incesante un dictamen bien fundado.<sup>70</sup>

### **2.3.2. El peritaje**

La administración de la prueba por perito se desarrolla en dos fases. En la primera de las fases el perito o los peritos, según sea el caso, realizan el peritaje, es decir, la labor científica, técnica o artística; mientras que, en la segunda fase presentan al tribunal los resultados de su trabajo, mediante un solo informe, aunque se trate de más de un perito. La presentación del peritaje al tribunal permite al juez y a las partes conocerlo y cuestionarlo.

Además de la obligación de depositar el informe pericial en la Secretaría del tribunal, los peritos deben presentarse ante el tribunal a ofrecer las declaraciones que requieran tanto las partes como el juez, pero esto no ocurre en todos los casos, sino cuando el tribunal lo considere útil y pertinente.

## **3. LA ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

En este capítulo destacamos el vínculo estrecho que existe entre la administración de la prueba y el derecho de acceso a la justicia. Igualmente, resaltamos la importancia que tienen los principios de igualdad y de contradicción en el proceso probatorio.

### **3.1. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA**

En esta ocasión nos limitamos a exponer algunas ideas en lo que concierne al vínculo que existe entre la administración de la prueba y el derecho de acceso a la justicia. El acceso a la justicia es un derecho amplísimo, que incluye otros derechos, como contar con tribunales y jueces preestablecidos y no creados a propósito de un caso particular; derecho a asesoría legal eficaz; así como derecho a probar los hechos alegados. De todos los derechos que conforman el acceso a la justicia, nos interesa retener el relativo al derecho a la administración de la prueba.

---

70 Íd.

Cuando se acude a un tribunal se hace con la finalidad de exigir la protección de un derecho conculcado o para defenderse de imputaciones que le son formuladas. Pero si el Estado en el cumplimiento de la actividad jurisdiccional se limitara a permitir que el ciudadano acudiera al tribunal, sin crear los mecanismos mediante los cuales dicho ciudadano pueda demostrar la existencia de los derechos reclamados o de aportar las pruebas en las cuales fundamenten su defensa, el acceso a la justicia carecería de valor.

De manera que el derecho de acceso a la justicia adquiere significado en la medida en que las partes del proceso cuentan con los mecanismos adecuados para probar los hechos alegados y defenderse de las imputaciones que les son formuladas.

### **3.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA**

El principio de igualdad debe ser respetado por el legislador al momento de elaborar la ley, y por el juez al momento de aplicarla. Las leyes procesales relativas a la administración de la prueba, así como las demás leyes no pueden crear privilegios en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra.<sup>71</sup>

Precisamente, es para respetar el principio de igualdad que en la administración de la prueba literal todas las partes, y no una sola, puede hacer valer documentos en apoyo de sus pretensiones. Esta exigencia es válida en el ámbito de la administración de las demás pruebas. En lo que respecta al informativo, para respetar el referido principio de igualdad, el legislador le reconoce el derecho a la parte contra la cual declara un testigo, de presentar testigos favorables a su causa, mediante el mecanismo denominado contrainformativo.

### **3.3. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PRUEBA**

Para que pueda existir el debido proceso es necesario que la actividad probatoria se desarrolle con estricta observancia del principio de contradicción. Este principio se cumple en la medida en que ambas partes tienen la oportunidad de hacer valer sus pretensiones.

---

71 Constitución dominicana, artículo 69.4.

El principio de contradicción aparece consagrado en nuestra Carta Magna, en la medida que una de las garantías mínimas del debido proceso es: “El derecho a ser oído, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley”.<sup>72</sup> Siendo la administración de la prueba una de las partes del proceso, y probablemente la fase de mayor trascendencia en su desarrollo, no puede desconocerse el principio de contradicción. Es por esto que el legislador al momento de darle contenido a los textos relativos a la administración de la prueba ha tenido muy en cuenta dicho principio.

En sentido general, el principio de contradicción se respeta en la medida en que las pruebas son presentadas y debatidas en audiencia pública y en presencia de las partes o de sus representantes, o estas debidamente citadas.

Con la finalidad de garantizar el principio de contradicción, en la comunicación de documentos no solo se le exige a la parte que pretenda hacer valer un documento que lo comunique a la parte a la cual se lo opone, sino que dicha comunicación debe hacerse en tiempo oportuno, so pena de no ser tomado en cuenta en la sentencia. La comunicación oportuna de los documentos a la parte adversa le da a esta la oportunidad de estudiarlo y cuestionarlo, si procediera, y, en fin, le permite ejercer el derecho de defensa.

En lo que respecta a la prueba testimonial, como el informativo, se desarrolla en audiencia pública y contradictoria la parte contra la cual declara un testigo y tiene la oportunidad de formular preguntas orientadas a defender sus intereses. De igual forma, al finalizar el informativo, puede hacer observaciones y cuestionamientos a las declaraciones contenidas en el acta de audiencia levantada al efecto.

Con el peritaje ocurre algo similar a lo expuesto en relación al informativo, ya que el informe suministrado por el perito o los peritos es objeto de debate en audiencia pública; y, si fuere de interés de una de las partes, los peritos pueden ser llamados a explicar su informe y a responder las preguntas que les formule el juez o las propias partes.

---

72 Ibid., 69.2.



# **CAPÍTULO IX**

## **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA**

### **LA ADMINISTRACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

### **LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ**

**Francisco Javier Pereda Gámez**



# CAPÍTULO IX

## LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LA PRUEBA

### LA ADMINISTRACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

#### LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

Francisco Javier Pereda Gámez

## INTRODUCCIÓN

El artículo 24 de la Constitución española establece lo siguiente:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

En la perspectiva civil, el derecho al proceso, en su entronque constitucional, incluye en primer lugar, como parte de la tutela judicial efectiva, las garantías generales referidas a los presupuestos procesales: el derecho de acceso al proceso, el derecho al juez natural predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y asistencia letrada. En este sentido, ha sido iniciático, en esta obra, el estudio del proceso en la Constitución y el análisis de la constitucionalización de los Principios Procesales.<sup>1</sup> Una vez puesto en marcha el proceso, nuevas garantías concurren: el derecho a conocer la pretensión (la “acusación”, en el proceso civil; la petición del suplico de la demanda) y el derecho a que se respeten las reglas de la imparcialidad, de la igualdad de armas y de la contradicción.

---

1 Como será conclusivo al final, el estudio del Derecho a los recursos y la intangibilidad de la sentencia en la ejecución.

Tras la fase de alegaciones y en la fundamental fase probatoria, el derecho al proceso, en esta perspectiva constitucional, se conforma en su aspecto nuclear con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, en estrecha relación con la tutela efectiva y con la interdicción de la indefensión. El objeto de este trabajo es el análisis del derecho fundamental a la actividad probatoria en el proceso desde una perspectiva constitucional, entendido como el derecho fundamental de acceder con la máxima amplitud y garantías a la actividad probatoria y a los medios de prueba pertinentes para la defensa de las pretensiones de las partes en todo tipo de procesos.

La parte nuclear sobre el alcance de la constitucionalización del proceso civil en materia probatoria se centra en el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Esto atañe no solo a la definición y alcance del derecho y a la configuración de la proposición, la aportación y la práctica efectiva de las pruebas (a la configuración del material probatorio que ha de ser la base de la sentencia), sino a los criterios de administración y valoración probatoria, al estudio de la prueba que no debe ser admitida con criterios constitucionales (la prueba ilícita) y al estudio de la iniciativa probatoria del juez y sus límites.

## **ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO**

Las Constituciones extranjeras de nuestro entorno cultural no suelen contener referencias al derecho a la prueba o garantías afines. Las de Italia, Gran Bretaña, Noruega, Finlandia, Islandia, Suecia o Francia, por ejemplo, no lo mencionan. Mayor presencia de estas garantías encontramos en el derecho sudamericano y, en concreto, en la Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015 (artículo 69) se proclama la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso y el derecho a ser juzgado con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio.

Por otra parte, ninguna de las Constituciones españolas anteriores a la de 1978 contiene un precepto similar al actual artículo 24 de la Constitución española, aunque su contenido no se puede considerar como una fórmula absolutamente original.<sup>2</sup>

---

2 El Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz de 1812, obra de Agustín de Argüelles, se refiere al derecho a la prueba en el proceso, como una garantía constitucional, extendiendo, además, las garantías procesales de forma explícita al proceso civil.



Los precedentes históricos españoles y del derecho comparado muestran las reticencias a incluir este tipo de garantías entre los derechos constitucionales. En la época histórica se consideraba que los textos constitucionales solo debían contener principios y valores de carácter político e ideológico; y es a partir de la Segunda Guerra Mundial, con la promulgación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que las Cámaras Constituyentes empiezan a plantearse, en desarrollo del principio de división de Poderes, el acogimiento de previsiones constitucionales sobre la tutela judicial de los derechos y, en concreto, sobre el derecho a la prueba. Ahí se empieza a considerar que la actividad de todos los órganos estatales debe estar sometida a principios y valores constitucionales que limiten el poder del Estado, por la influencia de diversos Convenios Internacionales.<sup>3</sup>

El que los textos constitucionales regulen expresamente en su articulado las garantías procesales básicas y, entre estas, el derecho a la prueba, viene justificado en que se reclama de la Constitución no solo un carácter político, sino normativo, que sea reflejo de los cambios y de las exigencias que demanda la sociedad, y que contenga los medios básicos de protección de los ciudadanos en el Estado de derecho, especialmente en sus relaciones con el Poder, de la mano de la teoría pura del derecho y de la figura de Kelsen.

La Constitución, “al apelar a la noción de ordenamiento jurídico (artículos 1.1, 9.1, 96.1, 147.1, CE) reconoce que el conjunto de reglas que integran su derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de unidad, plenitud y coherencia; y en ese marco resulta plenamente adecuada la regulación de garantías procesales básicas que, como el derecho a la prueba, responden a esos principios dentro del proceso”.<sup>4</sup>

Entonces, ¿son el derecho a la prueba y a las demás garantías procesales auténticos derechos fundamentales? Tradicionalmente, los

---

3 Así, los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966; o el artículo 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades públicas del 4 de noviembre de 1950. Sin duda, los constituyentes españoles de 1978 tuvieron presente estos textos, para la elaboración de las garantías del art. 24 CE. A partir del 7 de diciembre del 2000 (DOCE C 364/9 del 12 de diciembre de 2000), existe una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 47 proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque no lo desarrolla.

4 Sánchez Carrión, J. L. (1996). La vertiente jurídico-constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español. *Revista de derecho político*, (42). <https://doi.org/10.5944/rdp.42.1996.8701>

procesalistas no se han ocupado demasiado en establecer lazos de conexión entre el derecho procesal y el derecho constitucional, pero hoy en día el panorama ha cambiado con la constitucionalización del derecho procesal; de hecho, existen fundadas razones para que el derecho constitucional se ocupe de estudiar explícitamente las cuestiones relativas al derecho a la prueba, como garantía procesal básica constitucionalizada.

En los debates constituyentes se puede comprobar la existencia de diferentes posturas sobre la extensión con que debían reflejarse en el texto constitucional las garantías del proceso. Para algunos parlamentarios, no debía regular expresamente ninguna garantía procesal; para otros, los derechos fundamentales, y entre ellos las garantías del proceso, no debían enunciarse específicamente en la Constitución, sino que era más adecuado la simple remisión a los derechos de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

Otros consideraban que, por el contrario, la Constitución debía constitucionalizar como derechos fundamentales de forma expresa el mayor número de garantías de los ciudadanos y un numeroso grupo de intervenciones parlamentarias reducirían el interés de las garantías constitucionales del proceso a aquellas de carácter penal o penitenciario que más afectaran al individuo o a su familia, con olvido o desinterés de las aplicables a los demás procesos. La redacción final del artículo 24 representa una fórmula ecléctica que representa, sin duda, un extraordinario avance. Se puede decir que el derecho a la prueba y a las demás garantías procesales son derechos fundamentales en la medida en que están integrados en la tutela judicial efectiva.

El derecho a la prueba debe ser considerado como garantía esencial del procedimiento, digna de rango constitucional. El proceso es el mecanismo básico que el Estado de derecho pone a disposición de sus ciudadanos para que puedan hacer valer sus derechos, pieza clave del Estado democrático; y el procedimiento probatorio implica, dentro de esa institución básica, un aspecto trascendente que excede del plano meramente procesal. Cabe añadir que merece la singular protección del artículo 53 y del amparo constitucional.

El Tribunal Constitucional incluye las normas tuteladoras de los derechos fundamentales dentro del estándar de “orden público”, lo que implica su indisponibilidad y su cumplimiento inexcusable. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional dice que el derecho a utilizar los medios

de prueba pertinentes del artículo 24.2 CE presenta una doble línea de proyección de su eficacia: constituye un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es, al mismo tiempo, derecho y norma directamente ejercitable y aplicable por el particular.

El derecho fundamental a la prueba, al estar ubicado en el artículo 24 CE, es decir, en la Sección I del Capítulo II del Título I, es uno de los derechos fundamentales que, en principio, gozan de una triple protección. Es un derecho de protección fuerte, no un mero principio informador o rector (Capítulo III, artículos 39 al 52 CE), lo que implica la exigencia de su regulación mediante Ley Orgánica a tenor del artículo 81.1 CE, su tutela preferente y sumaria ante los Tribunales de Justicia y, en su caso, la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como garantía constitucional, tiene una función de vehículo o instrumento de garantía y protección constitucional de todos los demás derechos y se puede definir como la “garantía procesal básica”, elevada por la Constitución al rango de derecho fundamental *strictu sensu* y de garantía constitucional de los demás derechos y libertades. Esto consiste en el derecho, vinculante para los Poderes del Estado, que ostentan todos los ciudadanos para acceder a la actividad probatoria, proponer y practicar en el curso de un proceso seguido con todas las garantías legales, y de acuerdo con las reglas y principios aplicables en cada caso, aquellos medios de prueba pertinentes de que intenten valerse para su defensa, sea para acreditar sus derechos o para oponer las excepciones necesarias frente a los ataques y agresiones de los Poderes públicos o de otros particulares, así como el derecho a que los órganos judiciales de las diversas instancias admitan y valoren razonadamente la prueba propuesta y practicada para la resolución de los litigios.<sup>5</sup> Aun cuando una primera lectura del artículo 24.2 LEC nos conduciría a limitar la exigencia del derecho a la prueba respecto de su admisión, un análisis más detenido de la norma, a partir de la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite extender el alcance del derecho fundamental también a la proposición, a la práctica y a la valoración de la prueba.

---

5 Íd.

# 1. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA (ART. 24.2 CE)

## 1.1. CONCEPTO

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter o función (STC 51/1985):

- a. Objetiva: Constituyen garantías esenciales de nuestro conjunto normativo y resumen un cuadro de valores asumido por la comunidad que se inserta con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico.
- b. Subjetiva: Atribuye a cada persona el poder de ejercitar el derecho fundamental. Sin embargo, ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados. El límite más importante del derecho fundamental a la prueba es el llamado contenido esencial del derecho, aunque no es tarea sencilla definir tal contenido esencial.

El artículo 24.2 CE distingue el Tribunal Constitucional por dos vertientes: una positiva tendente a garantizar la posibilidad efectiva de usar los medios de prueba admitidos en derecho para fundamentar los hechos en los que se amparan sus pretensiones; y una negativa, en el sentido de que dicho precepto no garantiza una actividad probatoria ilimitada, sino que debe de tratarse de pruebas pertinentes y útiles, tendentes a acreditar los hechos que configuren el *thema decidendi*.<sup>6</sup> La denegación de una prueba en determinadas circunstancias puede suponer una resolución acorde con este derecho, sin que pueda hablarse de un derecho absoluto a la práctica de la prueba.

Más precisamente, desde la STC 37/2000<sup>7</sup> y hasta la STC 128/2017 se viene definiendo el contenido de este derecho como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos

---

6 Martínez del Toro, S. (2017). Impugación de la prueba ilícita propuesta en la vista del juicio. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, (128), 3.

7 STC del 14 de febrero de 2000, FJ 3.º (ED 2000/1145), la cual, a su vez, cita la SSTC 131/1995, del 11 de septiembre, y la SSTC 1/1996, del 15 de enero.

relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso”. Y se añade lo siguiente: “...no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes...”. Este derecho se integra por el poder jurídico del litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso (por todas, SSTC 37/2000, 19/2001, 128/2017 y las sentencias en estas citadas).

El Tribunal Constitucional pondera los intereses en conflicto, por un lado, el interés público en la obtención de la verdad; y, por otro, el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales, prevaleciendo estos por su posición preferente en el ordenamiento y su condición de inviolables según el artículo 10.1 CE. Junto a los criterios de pertinencia y utilidad, rige aquí la prohibición de la llamada prueba ilícita.

En este contexto, el derecho a la prueba se define<sup>8</sup> como “el que posee el litigante, consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”. El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa consiste, pues, en el derecho fundamental de toda parte en un proceso a que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas, practicadas y valoradas por el Juez o Tribunal en la sentencia o resolución judicial que resuelva la controversia. Su desconocimiento o vulneración, cuando produce indefensión material a la parte, es susceptible de tutela judicial mediante el recurso de amparo.

De este concepto se desprende que el derecho a la prueba comporta unos límites intrínsecos, referidos a su pertinencia, utilidad y licitud, y unos límites extrínsecos, referidos a la legitimación (ser parte en el proceso), y al uso del cauce procesal adecuado (su ejercicio en tiempo y en forma: los que establece la Ley procesal para cada medio de prueba).

Por otra parte, la impugnación de las pruebas denegadas (y también de las admitidas) ha de hacerse por los afectados a través de los cauces concretos señalados por la Ley. Esto significa que, una vez que el órgano

---

8 Condomines Poll, E. (1998). La prueba como derecho constitucional. *La Constitución y la práctica del derecho*, 2, 1611-1628.

judicial rechaza inicialmente el acceso a la prueba, un medio de prueba concreto incide negativamente en su práctica o en la valoración y aplicación de sus principios legales, el litigante afectado por tal decisión podrá recabar del propio órgano judicial -o del órgano jurisdiccional superior- la protección de su derecho fundamental: bien formulando la oportuna protesta en la primera ocasión procesal que se le presente, o bien interponiendo el recurso que en su caso proceda; todo esto según se establezca en cada una de las normas reguladoras del procedimiento de que se trate. Por lo tanto, habrá que acudir, pues, a las Leyes procesales (recursos no devolutivos como los de reforma, reposición o súplica), a través del sistema ordinario de recursos devolutivos (apelación), extraordinarios e incluso de amparo constitucional.

A pesar de que, según el artículo 44.1c) LOTC y la jurisprudencia constitucional, la regla general debe ser la de invocar la lesión que se estime producida tan pronto sea conocida, esta exigencia es independiente de la impugnabilidad o irrecurribilidad de la decisión judicial. Es decir que, desde el punto de vista del derecho fundamental a la prueba, la invocación del derecho y el ejercicio de los recursos representan actuaciones diferentes, aunque igualmente exigibles al afectado; pero en aquellos supuestos en los que la decisión judicial sea inmediata y directamente recurrible, es el mismo recurso el que sirve de cauce instrumental para dicha invocación. Sin embargo, ha de tenerse presente que, para que sea efectiva su protección por los órganos judiciales, la invocación del derecho fundamental ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, si bien no ha de ser necesariamente expresa, ya que puede entenderse cumplida en ciertos casos.

Desde el punto de vista subjetivo, la titularidad del derecho fundamental a la prueba corresponde y puede ser ejercitado por quien tenga previamente la condición de parte y, una vez dentro del proceso, este derecho ampara a todas las partes intervinientes y no solo a alguna de ellas. Afecta al derecho de demostrar los “propios derechos”, no los derechos de terceros o de otras partes procesales, en cuyo caso la vulneración que se pueda producir será, a lo sumo, de naturaleza procesal.

Desde el punto de vista objetivo, en sus inicios, el Tribunal Constitucional circunscribía a las resoluciones judiciales el presupuesto mismo de toda lesión de los derechos del artículo 24 CE. Sin embargo, a partir de la STC 90/1985 matiza en el sentido de admitir que no son inimaginables

supuestos en los que la vulneración del artículo 24 CE se produzca directamente por órganos que no sean de naturaleza jurisdiccional.<sup>9</sup> El derecho fundamental a la prueba también puede ser vulnerado por los particulares, pero mientras que la vinculación de los Poderes públicos a los derechos fundamentales sea directa, la de los particulares es indirecta.

Este derecho se desenvuelve en el ámbito del proceso, pero desde el punto de vista objetivo, el contenido constitucional del derecho a la prueba no se extiende a todos sus aspectos procedimentales<sup>10</sup> (existe un contenido que excede del mínimo integrado por su contenido esencial como derecho fundamental). Ciertamente que una primera lectura del artículo 24 CE parecería indicar que lo que se constitucionaliza es el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Quedarían fuera del concepto, pues, en sentido técnico estricto, otras cuestiones como las relativas a las pruebas anticipadas, a los principios del proceso en materia probatoria, a las decisiones sobre la apertura o no del período probatorio (cfr. artículos 428.3, 559.2 y 560, párrafo 3.º LEC, *ad exemplum*), a las diligencias finales y a la valoración de las pruebas en las resoluciones judiciales. No parece que todas las garantías del proceso deban de ser constitucionalizadas, solamente aquellas garantías que posean el carácter de básicas en el proceso, pero no es fácil dar una definición de lo que es una garantía procesal básica. El contenido esencial del derecho vincula al legislador<sup>11</sup> y a los demás Poderes Públicos,<sup>12</sup> pero no a las reglas contingentes del proceso.

---

9 Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no constituyen vulneraciones del artículo 24 CE los vicios procesales ocasionados por la Administración en el curso de un procedimiento administrativo, pero se vulnera el artículo 24 CE cuando la Administración impide el acceso de los administrados a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que es aplicable a los expedientes administrativos sancionadores y no lo es -en su integridad- a los procedimientos administrativos disciplinarios.

10 El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 212/2013).

11 El legislador puede vulnerar el derecho fundamental a la prueba del artículo 24 CE, si con su actividad legislativa incumple la norma constitucional, en cuyo caso cabe cuestión o recurso de inconstitucionalidad, o cuando incumpla la norma respecto del personal de las Cámaras, de terceros, o de sus propios parlamentarios.

12 El derecho fundamental a la prueba del artículo 24 CE vincula al mismo Tribunal Constitucional, como posible sujeto pasivo (artículos 1.1. y 13 LOTC). La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden garantizar el cumplimiento por el Tribunal Constitucional del derecho a la prueba con base en una supuesta violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para que pueda estudiarse un recurso de amparo por infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, la vulneración del derecho fundamental debe proceder directa e inmediatamente de la acción u omisión de un órgano integrante del Poder Judicial, hay que agotar la vía judicial previa [artículos 44.1 a) y 47.7 c) LOTC], la vulneración del derecho fundamental ocasionada por el órgano judicial ha de ser independiente de los hechos que dieron lugar al proceso, hechos de los que no puede entrar a conocer el Tribunal Constitucional (artículo 44.1b) y el derecho ha debido ser invocado de modo suficiente en el proceso judicial.

Por último, el juicio de admisión o inadmisión de la prueba propuesta debe ser expreso, no admitiéndose, como sucedía con las derogadas diligencias para mejor proveer, la posibilidad de diferir la resolución sobre la admisión o inadmisión a un momento posterior y distinto al de la proposición, mayormente en el proceso civil instaurado con la Ley 1/2000, del 7 de enero de 2000, en que la proposición y admisión de prueba se encuentra regida por la oralidad y la concentración. Semejante práctica, calificada como viciosa, entrañaba indefensión, puesta de manifiesto por la jurisprudencia.<sup>13</sup> Aquí no cabe admisión o inadmisión implícita o tácita.

## **1.2. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES EN EL ARTÍCULO 24 CE**

En el artículo 24 CE coexisten diversas vertientes autónomas:

1. Por un lado, la vía del párrafo 1 representa una modalidad genérica, pero autónoma, de protección jurídico-constitucional del derecho a la prueba y comprende la prohibición de indefensión en aquellos aspectos no contemplados en el párrafo 2. En lo que respecta al derecho a la prueba, es aplicable a todas las vulneraciones relacionadas con la prueba en el proceso que no se refieran al mismo tiempo a la denegación de los medios de prueba pertinentes propuestos o a la práctica de los medios de prueba admitidos (supuestos incluidos en la modalidad específica del párrafo 2 como “derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”).

---

13 STS del 16 de enero de 2001, FJ 3.º (ED 2001/28), la cual, a su vez, cita a las SSTS del 18 de mayo de 1993 (ED1993/4677); del 22 de noviembre de 1996 (ED 1996/9107); del 13 de octubre de 1998 (ED 1998/23359); y del 8 de febrero de 2000 (ED 2000/516).



2. El párrafo 2 ampara, a su vez, el derecho a la prueba a través de una doble modalidad:
  - a. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los litigantes, que incluye en términos generales la denegación de pruebas pertinentes o la no realización de las pruebas admitidas; y
  - b. El derecho a que el procedimiento probatorio se lleve a efecto con todas las garantías legales, en tanto la fase probatoria no es sino una parte de todo el proceso, más allá de la fase específica amparada por el derecho a los medios de prueba.

La interrelación de los dos párrafos del artículo 24 CE no está suficientemente aclarada en la doctrina del Tribunal Constitucional. Es indiscutible la relación entre denegación de pruebas e indefensión, pero esta interrelación no debe llevar a confundir las garantías protegidas de los dos epígrafes del artículo 24 CE.

Algún autor entiende<sup>14</sup> que se puede vulnerar la prohibición constitucional de indefensión del párrafo 1, como en el acceso a la jurisdicción o a los recursos, o la inejecución de las sentencias, sin que simultáneamente se produzca una vulneración de alguna de las garantías procesales específicas del párrafo 2 y que, a su vez, se puede vulnerar también el derecho fundamental a la prueba a través de alguna de las dos modalidades específicas del párrafo 2 del artículo 24 CE. Sin embargo, para que la vulneración de alguna de estas garantías procesales específicas tenga relevancia constitucional ha de producirse siempre una efectiva indefensión constitucional del párrafo 1, ya que en caso contrario la infracción solo tendría relevancia procesal.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es ambigua, pues en ocasiones considera como violaciones del artículo 24.2 CE situaciones que, de hecho, son prácticamente idénticas a violaciones consideradas otras veces como del artículo 24.1; en tanto que, en otros casos, entiende que determinadas infracciones implican al mismo tiempo vulneraciones del párrafo 1 y del párrafo 2 del artículo 24.

---

14 Sánchez Carrión, J. (1996). La vertiente constitucional del derecho a los medios de prueba. *Revista de derecho político*, 42, 184-210.

Entendemos que se podrán vulnerar simultáneamente las garantías de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 CE, si se da la concurrencia en el mismo supuesto procesal de una infracción del derecho al utilizar los medios de prueba y una efectiva indefensión, como un elemento más de dicho derecho vulnerado.

El Tribunal Constitucional, de otro lado, deduce “íntimas conexiones” del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes con el derecho a la tutela judicial efectiva, con el derecho a obtener una resolución razonable, motivada y fundada en derecho, además de congruente; así como, con el derecho de defensa, del que lo entiende realmente inseparable (SSTC 30/2007, 133/2003, 19/2001, 292/2006). La estrecha relación existente entre el derecho a la prueba y el derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 CE, conlleva que la decisión de inadmitir o no practicar la prueba pueda producir consecuencias directas en el ámbito de este último derecho; en tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses, por lo que cabe constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando, obteniendo respuesta, esta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario.

La STC 3/2004 apunta, entre los supuestos en los que la resolución es arbitraria, aún cuando esté formalmente razonada, el caso del órgano judicial que con su propia actitud frustra la práctica de determinada prueba de parte y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado lo que, precisamente, se pretendía acreditar con la prueba no practicada. Por otra parte, son aplicables al derecho fundamental a la prueba las cuestiones relativas a indefensión, motivación y congruencia de las resoluciones judiciales e interpretación favorable al ejercicio del derecho.

### **1.3. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Las notas caracterizadoras de este derecho fundamental y de su protección constitucional son, esencialmente, en cuanto aquí interesa, las siguientes:

- a. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio habrá de ajustarse a las normas reguladoras de cada orden jurisdiccional. Por esto, para que se produzca su lesión se requiere que la prueba no admitida, o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecido. En concreto, no se puede considerar lesionado dicho derecho cuando una prueba haya sido inadmitida en aplicación de normas legales, cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

El medio de prueba debe estar autorizado por el Ordenamiento y la prueba se debe haber solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, correspondiendo dicha valoración a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional (SSTC 156/2008 y 48/2008, del 11 de marzo, FJ 3).

Pero se infringe el derecho a la prueba, aunque haya sido admitida, si no se llega a practicar (la inejecución de una prueba admitida a trámite equivale a su inadmisión, STC 147/1987). Cuando el propio órgano judicial ha ordenado la práctica de la prueba, que, además, depende por entero de la intervención de otro Poder público, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso (STC 35/2001 y STC 240/2007). La incorrecta práctica de una prueba admitida puede revestir también relevancia constitucional (STC 101/1999).

No es razonable considerar *a priori*, salvo que se esté prejuzgando, que una determinada prueba no podrá rebatir la ya existente. Así, en la STC 42/2007 se consideró que no cabe presumir que el informe de un perito médico designado judicialmente no podrá rebatir los informes médicos obrantes en el expediente y realizados por los facultativos que atendieron al paciente.

- b. Este derecho no es absoluto, de manera que no lo faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales efectuar siempre la valoración de la pertinencia y legalidad de las pruebas solicitadas.

El rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno, ya que la denegación tardía, aunque razonada, de la prueba, *prima facie*, podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada, acerca de los hechos objeto del proceso -con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia-; o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo, en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria (por todas, STC 43/2003, de 3 de marzo, FJ 2).

Pero no pueden los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si esta es admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos, cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida (SSTC 37/2000, 246/2000, 73/2001, 4/2005 y 308/2005).

- c. La denegación de las pruebas propuestas ha de ser motivada por los órganos judiciales, pudiendo vulnerarse el derecho fundamental cuando se inadmitan pruebas relevantes para la resolución final del litigio sin motivación o con motivación insuficiente, o bien cuando dicha inadmisión sea el resultado de una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

La vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) exige haber instado la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto y que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no haya podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; que la actividad probatoria, que no fue admitida o practicada, hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión; y que el recurrente en amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (STC 14/2011 y STC 156/2008).

- d. La garantía constitucional del artículo 24.2 CE no cubre cualquier irregularidad u omisión procesal, sino únicamente aquellos casos en los cuales la prueba fuera decisiva en términos de defensa. En concreto, para que este derecho pueda entenderse vulnerado, la denegación de la prueba debe ser imputable al órgano judicial y, además, la prueba denegada debe ser decisiva en términos de

defensa, siendo carga del recurrente la de justificar la indefensión sufrida. Esta exigencia implica, por una parte, que el recurrente debe demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, que debe argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones. Solo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a *quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.

Atendiendo a las propias resoluciones del Tribunal Constitucional, hay que partir (STC 212/2013 y las que cita) de que “el alcance de dicha garantía queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de naturaleza procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante”. Resulta necesario demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, que sea potencialmente trascendente para el sentido de la resolución. La situación de indefensión debe ser justificada, no cabe un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y se exige que el solicitante de amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, de modo tal que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa; esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007).

- e. Finalmente, el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos, cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo

practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose -tras una aparente resolución judicial fundada en derecho- una efectiva denegación de justicia.

Lo decisivo es que la desestimación de la pretensión de la parte sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de justicia (por todas, SSTC 1/1996, 217/1998 y 183/1999). Así, causa el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar, precisamente, porque ese mismo órgano judicial truncó irremediabilmente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, 221/1998 y 183/1999). El órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que solo al propio órgano judicial son imputables, resolviendo desestimarlas, justamente, por no haberlas acreditado (SSTC 48/1984, 90/1987, 29/1990 y 138/1999, entre otras muchas).

Otro reflejo de esta misma línea argumental y de sus efectos, puede hallarse en la STC 246/2000, en la que el Tribunal apreció la situación de indefensión en que la Sentencia recurrida colocaba a la demandante de amparo al desestimar el recurso contencioso-administrativo en su día, formulado por no haber probado un hecho cuya acreditación se intentó mediante la pericial reiterada e insistentemente solicitada a lo largo del proceso. Recuerda el Tribunal que los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si esta fue admitida, y luego fundamentar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida (SSTC 246/1994, 164/1996 y 37/2000).

Las interpretaciones que va elaborando el Tribunal Constitucional son de obligada asunción por los órganos judiciales, conforme a los artículos 5.1 LOPJ y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Siguiendo a Abel,<sup>15</sup> en la anterior versión de este libro, podemos decir que para que pueda prosperar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la propia jurisprudencia exige, cuando menos, los siguientes requisitos:

1. Que se produzca una lesión del derecho fundamental. Por tal, debemos entender que se haya producido una inadmisión de una prueba pertinente, una inadmisión carente de motivación o, finalmente, la inejecución de un medio de prueba propuesto y admitido.
2. Que semejante lesión sea decisiva en términos del fallo. O, dicho de otra manera, que, de haberse practicado la prueba inadmitida, denegada o no ejecutada, el resultado del fallo hubiera sido distinto. En palabras de la STC 37/2000: “El Tribunal Constitucional solo puede efectuar su revisión cuando las pruebas hubieran podido resultar decisivas para el pleito, cambiando el sentido del fallo”.
3. Que la vulneración del derecho fundamental haya producido indefensión material a la parte recurrente. En la doctrina<sup>16</sup> se ha propuesto que en el llamado “juicio de indefensión” descansen los siguientes elementos: a) La infracción de una norma procesal); b) La privación o limitación de los medios de defensa); c) La falta de imputabilidad al justiciable); e) El carácter definitivo y la falta de subsanación; f) La carga de especificar la defensa preterida, esto es, el recurrente en amparo debe especificar el contenido que habrá dotado a los trámites de prueba que estima preteridos; y g) El juicio de incidencia, esto es, que la privación o limitación de las posibilidades de defensa haya supuesto un perjuicio al recurrente. “De manera que sobre el demandante de amparo recae la carga de probar la indefensión material sufrida, lo cual tiene varias consecuencias concretas. El demandante debe acreditar “la relación entre los hechos que se quisieron pero no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o ‘admitidas’ y ‘no practicadas’” (SSTC 149/1987, del 30 de septiembre de 1987; 167/1988, del 27 de septiembre de

---

15 Abel Lluich, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho.

16 El autor sigue en este punto a Borrajo Iniesta, I., Díez-Picazo Giménez, I., y Fernández Farres, G. (1995). *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Civitas.

1988; 52/1989, del 22 de febrero de 1989; 141/1992, del 13 de octubre de 1992; 131/1995, del 11 de septiembre de 1995; y 164/1996, del 28 de octubre de 1996); así como, que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a ‘probar la trascendencia que la inadmisión (en este caso, la no práctica de la prueba) pudo tener en la decisión final del pleito, ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiese admitido (o practicado), podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca el amparo’ (SSTC 116/1983, del 2 de diciembre de 1983; 30/1986, del 20 de febrero de 1986; 149/1987, del 30 de septiembre de 1987; y 357/1993, del 29 de noviembre de 1993).<sup>17</sup>

La carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de acreditar:

- a. La relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas.
- b. El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado dichas pruebas (queda obligado el reclamante a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso). Si no se constata que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente *ab initio*, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada.

La constatación de que el medio de prueba propuesto y admitido no fuese practicado por causas ajenas al recurrente de amparo, sino por la responsabilidad del órgano judicial, no es suficiente para la estimación del recurso.

Hay que concluir que, en cualquier caso, el elemento básico, común e indispensable a cualquier infracción del derecho a la prueba es el de la interdicción de la indefensión. Es el ejercicio de la defensa lo que permite considerar cualquier supuesto de irregularidad en la proposición, admisión y práctica de las pruebas desde la perspectiva

---

17 Abel Lluch, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho.



del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

#### **1.4. LA PRUEBA ILÍCITA COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL INTERNO**

La prueba ilícita es aquella en cuya obtención u origen se ha producido una vulneración de un derecho o una libertad fundamental. De este modo, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa tiene como límite que no se hayan obtenido con infracción de tales derechos y libertades. La prueba ilícita es la obtenida de una fuente probatoria protegida, de modo que las pruebas así obtenidas están “contaminadas” por la vulneración del derecho o libertad fundamental; o la obtenida cuando el medio probatorio ha sido practicado con infracción de un derecho fundamental. En todo caso, supone la ineficacia de los resultados probatorios que se obtengan, como reza el artículo 11 LOPJ.<sup>18</sup> En sentido negativo, el artículo 11 LOPJ delimita la prueba ilícita solo a la prueba obtenida, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales al decir que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. De este modo, reconoce como lícitas las demás pruebas (aunque quede aún pendiente el filtro de su legalidad).

En la doctrina procesalista se distingue entre fuentes y medios de prueba, refiriéndose las primeras a aquellos elementos que existen en la realidad al margen del proceso y que sirven para fijar en él determinados hechos. En tanto, los medios de prueba solo existen en el proceso, y constituyen la actividad procesal mediante la que se incorpora al proceso las fuentes de prueba para obtener en él la información sobre

---

18 La reforma de este precepto se produce a partir de la STC 114/1984, que distingue entre los derechos fundamentales sustantivos, como la inviolabilidad del domicilio, y los derechos fundamentales procesales que se contienen en el artículo 24 CE, como la tutela judicial efectiva, el derecho a la prueba o la presunción de inocencia. Dice el artículo 11 LOPJ: “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales; 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal; y 3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

los hechos. La ilicitud por vulneración de derechos fundamentales se suele presentar más en la contemplación de las fuentes de prueba, que en la práctica del medio de prueba concreto.

La STS del 8 de abril de 2010 considera como “prueba ilícita” aquella en cuya obtención se ha infringido algún derecho de carácter fundamental de los comprendidos entre los artículos 14 y 29 CE, y no otro de distinta naturaleza. Cuando se constata la violación de un derecho fundamental sustantivo en la obtención de la prueba, esta no debe admitirse en el proceso, y, en caso que lo fuera, debe ser eliminada del mismo, al igual que todas las pruebas que puedan derivarse de aquella, siendo estas pruebas contaminadas.

Por otra parte, la mayoría de los derechos fundamentales que pueden ser afectados como consecuencia de las actividades de búsqueda y obtención de fuentes de prueba en el proceso civil, guarda relación con los derechos reconocidos en el artículo 8 del CEDH, para cuya legítima afectación resulta esencial la previa habilitación legal [STC (Pleno) 49/1999]. Se parte de que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, ya incida directamente sobre su desarrollo (artículo 81.1 CE), o ya limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE), precisa una habilitación legal. La insuficiencia de la ley constituye en sí misma una vulneración del derecho fundamental imputable al legislador, que solo resultará imputable a los órganos jurisdiccionales si la resolución judicial acuerda la injerencia en el derecho fundamental, ignorando las exigencias constitucionales precisas para su afectación legítima, entre otras las dimanantes del principio de proporcionalidad (STC Pleno 49/1999).

La STC 64/1986 distingue entre los distintos tipos de pruebas ilegales, excluyendo de esa falta de eficacia las pruebas obtenidas con infracción de normas civiles o de otra naturaleza, “pruebas irregulares”, ya que solo cabe afirmar que existe prueba prohibida, ilícita, cuando se lesionan derechos fundamentales en su obtención. Por tanto, determinar qué clase de ilicitud es la que se ha producido, constitucional por vulneración de un derecho o libertad fundamental u ordinaria, resulta relevante para saber si el medio de prueba va a ser constitucionalmente admisible o no en el proceso.

Por tanto, se diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular. Esta última se daría en el supuesto de que la infracción consistiese en la vulneración de un derecho no fundamental y, en todo caso, sería

admisible para que el tribunal alcanzase una convicción o fijase un hecho en la sentencia. Por tanto, hay que dar validez a las pruebas obtenidas con vulneración de una norma que no tiene dicho rango constitucional, pudiendo ser admitidos y valorados por el juzgador los hechos derivados de estas al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, admitiéndose además la subsanación de la irregularidad que se haya podido cometer. Es una prueba irregular aquella que se ha obtenido al vulnerar normas simplemente procesales; y no tiene otro efecto que el que disponga la norma especialmente infringida, sin que se pueda predicar una consecuencia general de inadmisión o inutilidad.

Hay quien parte de la distinción entre las fuentes y los medios de prueba para defender que solo cabe referir “fuentes” ilícitas de prueba y no “medios”. Sin embargo, nos parece evidente que tan ilícito es violentar la obtención de un historial clínico que la parte mantiene en su documentación privada o en los archivos del centro sanitario, como acordar el libramiento de un oficio al centro sanitario para que “certifique” una determinada información que está protegida por la intimidad. Más peligroso es, si cabe, lo segundo, pues se ampara en la apariencia de que el juzgado o tribunal considera lícita la aportación documental.

Se ha dicho que el fundamento de la ineficacia de la prueba ilícita se encuentra en la prohibición constitucional de su valoración, derivada del derecho a la igualdad de armas y del derecho a un proceso con todas las garantías reconocidas por el artículo 24.2 CE, y que con su prohibición se trata de prevenir la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que puedan tener efectividad en el proceso.<sup>19</sup> Pero entiendo que el fundamento de la prohibición no es de progenie procesal (la igualdad de armas), aunque tenga un claro efecto en el proceso, sino que es básicamente preventiva de conductas intrusivas en la vida de los particulares para la obtención de pruebas, lo que afecta a los fundamentos del Estado de Derecho.

Lo esencial, en un Estado social y democrático de derecho, es proteger los ámbitos de intimidad frente a la intervención de los particulares y del Estado mismo. En el sentido de la “privacy”, me refiero al derecho de cada persona a mantener sus asuntos y relaciones personales

---

<sup>19</sup> Martínez del Toro, S. (2017). Impugación de la prueba ilícita propuesta en la vista del juicio. *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, (128), 3.

preservadas de la acción de otras personas, del Estado e incluso de la Justicia. En un Estado de tendencia intrusiva, la defensa de los derechos civiles y de las libertades es prioritaria. La salud, la religión, la ideología han de quedar a salvo de las intromisiones de otras personas y de los Poderes públicos y no se trata de supuestos de indefensión procesal, sino de la protección de los derechos y las libertades fundamentales. La aceptación de determinadas fuentes de prueba y la admisión de algunos medios de prueba puede producir la lesión de derechos fundamentales sustantivos.

Por eso, la Constitución establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias; considera inviolable el domicilio; eleva al mayor rango el secreto de las comunicaciones; regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y vela por los derechos de protección de datos. Asimismo, deja en manos del autor o creador la disponibilidad de la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; y protege el secreto dentro del derecho a elegir el voto. Hay que entender que estos derechos son instrumentales para asegurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y para favorecer el libre desarrollo de la personalidad.

Esta jerarquía lleva, en el ámbito del proceso civil, a negar eficacia a pruebas obtenidas con afectación de la integridad física (pruebas biológicas de paternidad o maternidad<sup>20</sup>); a rechazar cartas privadas o documentos clínicos o fiscales, con cuyo conocimiento se pueda perjudicar la intimidad o descubrir secretos de empresa;<sup>21</sup> a prohibir la intervención de las comunicaciones; a regular de forma muy restrictiva la entrada y registro de domicilios;<sup>22</sup> y a prohibir la grabación, por

---

20 La regulación de la prueba biológica de investigación de la paternidad en el artículo 767 LEC merece una valoración favorable, ya que responde a los parámetros de constitucionalidad establecidos en la jurisprudencia constitucional. Se establece la posibilidad de considerar probada la filiación, como consecuencia de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad, a que existan otros indicios de la misma.

21 Artículos 328 y 329 LEC.

22 Tras la reforma del párrafo primero del artículo 261 LEC, llevada a cabo por la Ley 19/2006, merece una valoración positiva la regulación de la entrada y del registro de lugar cerrado, incluido el domicilio, para obtener información en sede de diligencias preliminares. La medida de injerencia se acordará mediante auto, donde deberán expresarse tanto las razones que exigen la entrada y registro, como que la medida solo deberá acordarse cuando resulte proporcionado; en sentido similar, el artículo 778 LEC, en cuanto a la entrada en domicilio para la recogida de niños en situación de desamparo.

cualquier medio, de conversaciones o imágenes producidas en un ámbito de privacidad.

La LOPJ no concreta cuándo ni cómo las partes pueden poner de manifiesto que una fuente o medio de prueba se ha obtenido ilícitamente. El artículo 283 LEC establece que nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley, pero no es la única forma de alegar la presunta ilicitud de fuentes de prueba el uso del recurso de reposición del artículo 285 LEC. El artículo 287 LEC establece el tratamiento procesal de incidente contradictorio, para alegar y resolver si una prueba es ilícita. Según el artículo 287 LEC cuando alguna de las partes, o incluso el tribunal de oficio, considere que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato con traslado, en su caso, a las demás partes, resolviéndose la cuestión en el acto de juicio antes de que se dé comienzo a la práctica de la prueba. Por lo que, cuando la infracción que se alegue sea la de un derecho fundamental, la parte podrá alegarlo no solo en la audiencia previa a través del recurso de reposición, sino también en el acto del juicio en el proceso ordinario (artículo 433.1 LECP) o al comienzo de la vista en el juicio verbal (artículo 446 LEC), pudiendo incluso plantearse de oficio por el tribunal. El juez debe rechazar de plano estas pruebas para impugnar la licitud de la prueba y acordar su ineficacia en el proceso civil.

Los resultados de la prueba prohibida no podrán ser utilizados por el tribunal para alcanzar su convencimiento sobre los hechos acaecidos o fijarlos en la sentencia. La inefectividad de las pruebas ilícitamente obtenidas queda determinada legalmente a que haya sido obtenida con violación de un derecho fundamental de rango igual o superior al del derecho de prueba, siendo la consecuencia de ello precisamente la inefectividad. Caben efectos derivados, si la infracción ha producido daño evaluable patrimonialmente. Cabe el control tanto a instancia de parte como de oficio. Es posible la impugnabilidad general de la decisión mediante reposición y mediante posterior recurso de apelación contra la sentencia definitiva. En cuanto a la posibilidad de control de la prueba ilícita mediante los recursos extraordinarios, se ha criticado, dadas las restricciones a la autonomía del recurso por infracción procesal (que se condiciona al coetáneo recurso de casación).

## 2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE LA FASE PROBATORIA

Hemos estudiado, hasta ahora, la configuración constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (su concepto, su ubicación sistemática, la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional y la prueba ilícita como límite constitucional interno) y nos adentramos a continuación en el estudio de los principios procesales constitucionalizados y sus límites procesales.

### 2.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

La prueba es la actividad de cada una de las partes que desarrolla para lograr la obtención de una resolución de fondo, sea o no favorable a la pretensión formulada. En sentido amplio, se puede definir también la prueba como “la actividad procesal encaminada a obtener la fijación como ciertos de los hechos alegados, y que fundamentarán, en su momento, el fallo judicial”.<sup>23</sup> El hecho que se pretenda probar debe ser alegado, controvertido (negado de contrario) e influyente para la resolución del litigio.

El artículo 216 LEC introduce el principio de aportación de parte (erróneamente titulado de “justicia rogada”), de modo que atribuye a las partes, como regla general, la carga de introducir los hechos y las pruebas.

La vigencia del principio dispositivo y de aportación de parte implica que las partes son las que han de solicitar y probar los hechos controvertidos sobre los que recae su pretensión; y si no consiguen probar plenamente el fundamento de su pretensión, el juez no estará obligado a practicar ninguna diligencia probatoria por cuenta propia, y correrá en perjuicio de la parte el hecho o alegación no probada, según su propia naturaleza (hechos constitutivos, impeditivos o extintivos) y las reglas de carga y facilidad probatorias (artículo 217 LEC), corrigiendo los posibles excesos de imputación, o sea, la llamada prueba diabólica.<sup>24</sup> El órgano

---

23 Abel Lluch, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho..

24 En el reparto de la carga probatoria puede afectar al derecho a la prueba una interpretación exacerbada del *onus probandi*. Se debe evitar la indefensión en

jurisdiccional enjuicia, según el sistema legal de libre apreciación, los extremos propuestos y probados por las partes; y no puede introducir hechos nuevos. Las pruebas se han de concretar a los hechos fijados en las alegaciones que fundamentan la pretensión del procedimiento.

En virtud del principio dispositivo, son las partes las que han de solicitar el recibimiento del pleito a prueba. El artículo 282 LEC establece que las pruebas se practicarán a instancia de partes. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Contra la resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas solo cabe recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, si se desestima, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la Segunda Instancia (artículo 285 LEC).

También se discute que si el juez aprecia que el tema de debate no implica necesidad probatoria, puede negarse a recibir el pleito a prueba. Se entendería así la previsión legal en el sentido de subordinar el recibimiento del pleito a prueba a la necesidad de prueba. Sin perjuicio de lo que referiremos en el Capítulo subsiguiente sobre los poderes de oficio del juez, hay que decir que si la cuestión es meramente jurídica, toda prueba es innecesaria, pero hay que tener en cuenta que la diferenciación entre lo fáctico y lo jurídico no siempre es fácil; de modo que, los hechos implican muchas veces preconceptos jurídicos (“pagar” o “no pagar” tiene alcance distinto en un pleito sobre compraventa de inmueble que sobre compraventa de obra artística, por ejemplo) y que los preceptos legales están a menudo imbuidos de presupuestos fácticos constitutivos. Por ello, una regla de prudencia aconseja, a la menor duda, aceptar la petición de recibimiento del pleito a prueba. El riesgo de prueba inútil es menor que el de negar el derecho a utilizar

---

que puede hallarse una parte cuando se le exige un comportamiento probatorio imposible o la prueba de hechos negativos, en los casos en que resulta más simple la del acto positivo contrario por parte del otro litigante, “pues esta prueba imposible o diabólica es susceptible de causar indefensión al no poder justificar procesalmente las circunstancias relativas a sus derechos e intereses legítimos” (STC 292/2006, STC 61/2002, STC 227/1991, STC 116/1995, STC 140/1994, STC 227/1991, STC 98/1987, STC 26/1993, STC 116/1995 y STC 140/1994).

los medios de prueba y, siendo útil y pertinente, provocar con ello indefensión.

Una vez admitido por el juzgador el recibimiento a prueba del pleito, se establecen tres fases bien diferenciadas que son: la fase de proposición, la de práctica de la prueba y la de valoración. De forma más detallada, la doctrina enumera hasta cinco aspectos en que el derecho fundamental se proyecta en el proceso civil:<sup>25</sup>

- a. Derecho a proponer todos aquellos medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico, salvo que alguna norma específica los excluya (en referencia a procedimientos sumarios).

El elenco de elementos probatorios en la ley procesal española es abierto (artículo 299 LEC). Junto al interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos, la Ley establece que el juez debe admitir los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen; así como, los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Además, da viabilidad a cualquier otro medio no expresamente previsto con el que se pudiera obtener certeza sobre hechos relevantes. El tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias (para advesarlos).

Las reglas de práctica pueden presentar mayor rigidez (por ejemplo: el interrogatorio de parte solo puede implicar hechos personales y perjudiciales, el perito no es en principio testigo, etcétera);

- b. Derecho a que la prueba “pertinente” sea admitida por los tribunales;
- c. Derecho a que la inadmisión de la prueba se lleve a cabo con una resolución judicial motivada;
- d. Derecho a que la prueba admitida sea efectivamente practicada; y
- e. Derecho a la igualdad, de manera que ninguna de las partes pueda aportar un medio probatorio que disponga una valoración jurídica privilegiada.

---

25 Garberí Llobregat, citado por Condomines, óp. et loc. cit.



En su configuración legal, el derecho a utilizar los medios probatorios debe ser siempre respetado, aunque la literalidad de las normas (LEC) puede impedir que el derecho despliegue su máxima virtualidad. Por ello, los tribunales deben realizar una interpretación flexible y amplia que permita a las partes disfrutar de ese derecho.

En esta línea, algún autor predica un reconocimiento del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba que no se relacionen de forma inevitable con el derecho a no causar indefensión.

## **2.2. LA PROPOSICIÓN DE PRUEBA**

En la fase de proposición, la opción legislativa es la de proclamar el principio de aportación de parte. Al referirse a la prueba pericial, la propia Exposición de Motivos de la LEC dispone que “no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela de las partes, sino que es sobre estas las que recae la carga de alegar y probar”. “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias” y añade más adelante: “[d]e ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a derecho”. Entonces, se reconoce un margen limitado a la iniciativa probatoria de oficio, pero en un marco de dualidad de partes, audiencia e igualdad, el órgano judicial debe ser especialmente cuidadoso sobre sus facultades de iniciativa probatoria, para evitar así cualquier sesgo o preferencia por una de las partes implicadas.

El artículo 282 LEC, rubricado como “iniciativa de la actividad probatoria”, sienta, como regla general, que las pruebas se practicarán a instancia de parte y como excepción que el tribunal tendrá iniciativa probatoria de oficio (ahora en la práctica) cuando así lo establezca la ley.

Este deber de aportación obliga no solo a la designación de las fuentes de prueba, sino también a la concreta formulación de los medios probatorios en todas las fases e instancias procesales (artículos 429.1, 435.1, 443.4, 460.286, 287.1 II, 293 y 295 LEC). “En efecto, el derecho

a la prueba comprende *prima facie* y especialmente en el proceso civil, inspirado en el principio de aportación de parte, el derecho a la proposición de la prueba por las partes, pues corresponde a las partes la facultad y la carga de acreditar los hechos alegados en sus escritos de alegaciones. Y frente a la proposición de las pruebas de las partes, corresponde el correlativo e inexcusable deber judicial de pronunciarse sobre la admisión de las mismas, el cual deberá consistir en una resolución oral, expresa y explícita de admisión o inadmisión. Como sucediera con las históricas diligencias para mejor proveer, el órgano judicial no puede, aplazar su decisión sobre la pertinencia. Propuesta la prueba, debe admitirla o rechazarla razonadamente y, en el primer caso, disponer todo lo necesario para su práctica.<sup>26</sup>

Las partes deben proponer las pruebas en el momento o dentro del plazo (ordinario o extraordinario) que para cada caso fije la ley. Esta proposición tiene efecto preclusivo y carácter improrrogable. El momento o plazo constituye una garantía de los derechos de las partes; por lo que, las disposiciones legales sobre el plazo deben considerarse de orden público y, por lo tanto, inderogables, aun por voluntad acorde de las partes.

En la STS, Civil sección 1 del 16 de enero de 2001 (ROJ: STS 118/2001 - ECLI:ES:TS:2001:118) se decía: “Esta Sala, desde la sentencia de 18 de mayo de 1993 ha rechazado claramente la práctica viciosa y un tanto extendida de rechazar el recibimiento a prueba o práctica de alguna, con la fórmula ‘sin perjuicio de que se pueda acordar para mejor proveer’; constituye, como dice la mencionada sentencia ‘una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir y desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto, que está la admisión o inadmisión”.

---

26 Abel Lluch, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho.

### 2.3. DERECHO A LA ADMISIÓN: PERTINENCIA, UTILIDAD Y RELEVANCIA

Es en esta fase, de admisión o rechazo, en la que se puede infringir con mayor frecuencia el derecho constitucional a utilizar las pruebas “pertinentes”, lo que nos obliga a estudiar los criterios de pertinencia, utilidad y relevancia.

Dada la proposición de la prueba por las partes, pueden recaer dos resoluciones distintas y ambas ajustadas a derecho y respetuosas con el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes: una resolución de admisión de prueba, cuando el medio de prueba propuesto reúna los requisitos de admisión; y una resolución de inadmisión de prueba, en caso contrario, la cual habrá de ser razonada, motivada y no arbitraria. De ahí, por tanto, que el derecho a la proposición de los medios de prueba pertinentes no sea un derecho ilimitado (artículo 24.2 CE), sino que está sujeto al juicio de admisión del medio propuesto, siendo esta una facultad que corresponde a los tribunales ordinarios. Así se razona, entre otras muchas, en STC del 16 de julio de 2001.

Convenimos con Abel en que cuando el Tribunal Constitucional sujeta la admisión de los medios de prueba propuestos a su “pertinencia”, en realidad está dando a dicho término un doble alcance: a) el alcance propio y estricto de adecuación de la prueba propuesta con el *thema decidendi*; pero también, b) el alcance más amplio de que el medio de prueba propuesto cumpla con los requisitos o parámetros de admisión de la prueba. Este doble alcance o sentido se puede advertir en la citada STC 37/2000, al razonar:

Asimismo este Tribunal ha señalado que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues solo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser esta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales...

Sin embargo, una interpretación extensiva, formal, a todos los requisitos probatorios de la Ley procesal sería excesiva.

La pertinencia se erige en el parámetro fundamental de la admisión de la prueba, no solamente recogido en la dicción legal del artículo 24.2 CE –‘... derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes ...’, sino también como criterio general para la admisión de la prueba, junto a la utilidad y la licitud (artículo 283 LEC), apareciendo la pertinencia a menudo confundida con la utilidad, la necesidad o la relevancia en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...). Por pertinencia entendemos la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba (*tema decidendi*). Por utilidad, la idoneidad del medio de prueba para probar el hecho controvertido. Y, finalmente, por legalidad el ajuste a la ley en la ‘actividad dirigida a la incorporación de las fuentes de la prueba al proceso’.<sup>27</sup>

Por ello, los jueces deben repeler las pruebas que no se acomoden a los hechos o las que, según su criterio, sean impertinentes o inútiles.

La legalidad, como criterio de admisión de la prueba (artículo 283.3 LEC) no debe confundirse con la licitud (artículo 287 LEC), que se “refiere a las fuentes mismas y al procedimiento de su obtención”, no pudiéndose valorar aquellas pruebas que en su origen u obtención han violado derechos fundamentales, como ya hemos visto.

La necesidad de la prueba... no es un criterio de admisión de la prueba, pues, en principio, son las partes las que deben ponderar sus necesidades de prueba o la idoneidad de los medios de prueba propuestos para acreditar los hechos alegados, sin olvidar que no se puede confundir la innecesiedad de prueba que, insistimos no es un criterio de admisibilidad, con la impertinencia o inutilidad de la prueba propuesta. De este modo, podemos afirmar que serán inadmisibles, por impertinentes, pero no por innecesarios, los hechos no alegados, los hechos sobre los que exista conformidad o los hechos notorios.<sup>28</sup>

La relevancia de la prueba, tampoco en sí misma considerada es un criterio de admisión de la prueba. Por el contrario, “el hecho relevante”, como reiteradamente pone de manifiesto la Ley de Enjuiciamiento civil en diversos preceptos (artículos 217.1, 286.1, 774.2, 777.2 LEC) es el que

---

27 Íd.

28 Íd.

debe ser objeto de prueba.<sup>29</sup> Por hecho relevante debemos entender aquel que sea decisivo en términos del fallo. De ahí, por tanto, que la relevancia deba predicarse del hecho objeto de prueba y no del medio con el que se intente probar el hecho controvertido. Y, en todo caso y como precisa la STC del 16 de noviembre de 1998, “la relevancia o no de una prueba para la Sentencia se refiere a su importancia para la valoración de los hechos y para el sentido de la decisión jurisdiccional con independencia del resultado final de dichas valoración y decisión”.

La inadmisión de la prueba se debe llevar a cabo con una resolución judicial motivada. Esto es lógico dados los términos del deber de motivación que establece el Tribunal Constitucional (STC 81/2018), de modo que incumple el canon de motivación la mera constatación apodíctica de que “no se cumplen las circunstancias” que la ley exige (SSTC 112/1996). El órgano del Poder Judicial tampoco puede escudarse, para justificar sus déficits de argumentación, en el carácter discrecional de la potestad que ejerce (SSTC 320/2006 y 76/2007), pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente, lo que exige en todo caso exteriorizar de algún modo la *ratio decidendi* que ha llevado a actuar en un determinado sentido (STC 202/2004).

Siendo ahora posible también recurrir la admisión probatoria (no solo la inadmisión), entendemos que no por ello ese deber de motivación debe ser especialmente intenso cuando se admite el medio probatorio, partiendo de un principio a favor del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Se produce lesión de este derecho (SSTC 122/1997, 190/1997 y 1/1992) cuando se deniega el recibimiento a prueba en Segunda Instancia con el solo argumento de que el solicitante no hiciera constar los medios de prueba de los que pretendía valerse (cuando esta exigencia no estaba establecida antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000).

---

29 El legislador recurre en diversas ocasiones a la noción de “hecho relevante” en materia de prueba, por ejemplo: para determinar la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba (artículo 217.1 LEC); para la admisión de hechos nuevos o de nueva noticia (artículo 286.1 LEC); para la adopción de medidas definitivas en los procesos matrimoniales; y, a falta de acuerdo (artículo 774.2 LEC), para la acreditación de los hechos en los procesos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (artículo 777.2 LEC). (Abel Lluch, X., citado).

Dentro de los criterios de pertinencia, el Tribunal Supremo ha rechazado que se afecte el derecho a utilizar los medios probatorios cuando se produce el rechazo de documentos periféricos y de prueba pericial, no relevantes (STS, Civil sección 1 del 27 de junio de 2019 (ROJ: STS 2116/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2116), al no guardar sino una muy remota relación con el objeto del procedimiento (en el mismo sentido, cuando no se aprecia como decisiva en términos de defensa, STC 142/2007). En el mismo sentido, es posible la limitación del interrogatorio a las concretas preguntas que tienen relación con el objeto del procedimiento sancionador (STC 272/2006).

## **2.4. LA PRÁCTICA PROBATORIA**

La prueba admitida debe ser efectivamente practicada y no solo en la proposición, sino también en la práctica de las pruebas la iniciativa de parte es fundamental. Sin embargo y conforme al principio de impulso procesal, el órgano judicial debe velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones para la práctica de las pruebas. La opción legislativa por el principio de oralidad y sus consecuencias (inmediación, concentración y publicidad), particularmente respecto al interrogatorio de las partes y de testigos, el reconocimiento judicial, los medios de reproducción de palabra y sonido, y las explicaciones de los dictámenes periciales, se hacen extensivas a las pruebas practicadas fuera de la sede del tribunal.

La prueba oportunamente propuesta y debidamente admitida debe ser practicada, pues de lo contrario no podría desplegar su virtualidad en orden a la convicción judicial. De hecho, la jurisprudencia del TC ha asimilado la no ejecución o práctica de la prueba admitida por negligencia del órgano jurisdiccional a una denegación tácita. Así, entre otras, la STC 147/1987, ya que “el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa, sobre todo, en concreto, porque la inactividad provino, no de la parte, sino inexplicablemente del propio Juez que la había admitido, y que luego, también inexplicablemente, hizo constar en los antecedentes de su sentencia que sí se había practicado. Objetivamente, pues, ello equivale a una inadmisión y, dadas las circunstancias, lógicamente no motivada o fundada...”.

Rige aquí el principio de igualdad, de manera que ninguna de las partes puede aportar un medio probatorio que pueda disponer una valoración

jurídica privilegiada. Este elemento se da, con frecuencia, respecto a la aportación por parte de la Administración pública de informes y dictámenes de sus órganos técnicos, por ejemplo, en materia de desamparo de menores. Ello obliga al órgano judicial, si hay impugnación de contrario, a someter a la debida contracción su contenido, mediante el interrogatorio en juicio de los técnicos y con la admisión de pruebas de descargo de la máxima amplitud.

Las partes han de cooperar activamente en la fase de práctica de la prueba, utilizando los recursos necesarios para su cumplimiento. Como hemos visto, esta fase de práctica deberá estar presidida por los principios procesales de publicidad, intermediación y documentación.

Así que, podrá ser objeto de recurso de apelación la práctica de la prueba que no hubiere podido llevarse a cabo en Primera Instancia por causa no imputable a quien la alega.

## **2.5. LA VALORACIÓN PROBATORIA**

Por último, la valoración de la prueba corresponde inicialmente a las partes, a través de sus escritos de conclusiones y de los informes orales en juicio. La opción legislativa por el principio de libre valoración de la prueba y la vigencia limitada del principio de prueba tasada supone que la valoración final del juez es libre, no estando sometida a las valoraciones de parte. Salvedad hecha de la prueba documental (artículos 317 y 326 LEC) y con matizaciones en la prueba del interrogatorio de partes (artículo 316 LEC), la ley opta por el principio de libre valoración (cfr. artículos.376, 348, 382.3 y 284.3 LEC).

Si la prueba admitida, una vez practicada con sujeción a sus requisitos legales, es omitida en la sentencia o resolución judicial que pone fin a la controversia, la actividad desplegada por la parte y por el órgano jurisdiccional resulta ilusoria y prescinde del designio fundamental de toda actividad probatoria, lo cual es la convicción judicial. Semejante valoración, a veces soslayada mediante el fácil recurso del expediente a la apreciación conjunta de la prueba, integra el elemento fundamental de la motivación fáctica de la sentencia, cuya primacía (la de la motivación fáctica) es una aspiración de todo juzgador en la medida que ofrece una respuesta motivada a la concreta controversia suscitada. Y semejante motivación fáctica exige, entre otros factores, fijar cuáles de los hechos controvertidos han resultado acreditados y

en virtud de qué pruebas, lo que presupone una valoración de las pruebas practicadas conforme a sus propias reglas. Por ello, debe razonarse también el rechazo, para conformar la convicción judicial de las pruebas que han resultado ineficaces; y el juez debe hacer constar las razones por las que no va a tener en cuenta determinado resultado probatorio.

Hay que destacar, no obstante, la importancia del principio de adquisición procesal; de modo que, en virtud de este principio (SSTS 712/2011, del 4 de octubre de 2011; y 1151/2006, de; 14 de noviembre de 2006, entre otras muchas), una vez aportados y probados los hechos, es indiferente qué parte haya suministrado su prueba, pues los resultados de las actividades procesales son comunes para las partes, se logran para el proceso y el juez puede y debe partir de ellos en su sentencia, haciendo abstracción de la parte que los aportó.

## **2.6. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Para acabar de destacar la relevancia del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa quiero hacer referencia a un aspecto marginal del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes: la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia tiene su proyección en el derecho penal, no en el derecho civil [STS, Civil sección 1 del 29 de enero de 2015 (ROJ: STS 192/2015 - ECLI:ES:TS:2015:192) y las que cita]. En el ámbito del derecho privado, con contadas excepciones en materia de familia y estado civil, no rige el principio de presunción de inocencia, propio del derecho sancionador [STS, Civil sección 1, del 26 de febrero de 2018 (ROJ: STS 639/2018 - ECLI:ES:TS:2018:639)].

A esta primera excepción (derecho de familia y del estado civil) se refieren el siguiente supuesto: Hay que compatibilizar el respeto a la presunción de inocencia (artículo 24 de la Constitución) con la protección esencial y efectiva del interés del menor (artículo 39 de la Constitución). Así, mientras se sustancia un proceso penal por homicidio en grado de tentativa, el padre se puede encontrar privado del derecho de comunicación y de visita a una menor, dado que la gravedad de los hechos denunciados y el reconocimiento parcial de los mismos por el entonces acusado exigía unas medidas cautelares civiles y/o penales tuteladoras de los intereses de la hija [STS, Civil sección 1 del 25 de



noviembre de 2016 (ROJ: STS 5164/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5164)). Esto puede significar la limitación legítima de la práctica probatoria (la exploración del menor, por ejemplo) en el proceso civil.

También puede tener un cierto efecto la presunción de inocencia en el derecho al honor (STS, Civil sección 1, del 12 de enero de 2018 (ROJ: STS 1/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1), no ya porque la infracción de ese derecho forme parte del derecho sancionador [STS, Civil sección 1, del 29 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 4873/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4873)], sino como elemento para valorar la diligencia del que infringe el derecho. El nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga puede suponer, por su propio contenido, un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere; y, de igual modo, debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia [(STS, Civil sección 1, de 08 de mayo de 2015 (ROJ: STS 1900/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1900 y las que cita, con cita de las SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000)].

En este sentido, en materia periodística por más que su ámbito de protección sea más limitado que el de la libertad de expresión y que haya de respetarse la presunción de inocencia, “la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza [STS, Civil sección 1, del 7 de mayo de 2019 (ROJ: STS 2102/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2102)], pero se exige un deber de diligencia, cuando se trata de informaciones relativas a la apertura o existencia de investigaciones policiales o judiciales contra el autor de un presunto delito que pueda afectar al interés público. Se exige respeto a la regla constitucional de la veracidad y en la diligencia exigible al informador se detallan los criterios al respecto, entre los cuales se encuentra el del respeto a la presunción de inocencia. De esa doctrina se desprende que la regla constitucional de la veracidad constituye una garantía frente al informador que transmite como verdaderos simples rumores sin contrastar o meras invenciones, pero, por el contrario, no llega al extremo de imponer un deber de exactitud, sino el deber de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo

informado [STS, Civil sección 1, del 06 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4174/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4174) y STS, Civil sección 1, del 02 de febrero de 2017 (ROJ: STS 280/2017 - ECLI:ES:TS:2017:280)].

También puede tener efecto la presunción de inocencia respecto a un incidente concursal sobre calificación del concurso [ATS, Civil sección 1, del 5 de octubre de 2015 (ROJ: ATS 7846/2015 - ECLI:ES:TS:2015:7846A)]. Pero no puede quebrantarse la presunción de inocencia respecto de aquel al que no se le imputa una acción delictiva [(STS, Civil sección 1, del 13 de febrero de 2015 (ROJ: STS 266/2015 - ECLI:ES:TS:2015:266)].

### **3. LA INTERVENCIÓN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA**

#### **3.1. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

El derecho a la prueba, o sea, el derecho a utilizar los medios probatorios, supone principalmente el poder aportar los medios de prueba pertinentes, adecuados e invocados para sostener la pretensión (estimatoria o desestimatoria). Este derecho marca los límites del poder del juez, que, en principio, no es soberano para proponer o disponer los medios de prueba, para aceptar o rechazar los que se le propongan, ni para buscar las fuentes de prueba por su cuenta. Pero, en el marco de un proceso inicialmente regido por los principios de rogación y aportación de parte, cabe que la actividad de esta no se conforme con criterios de verdad material.

Se puede decir que, también en este ámbito y aunque el proceso civil es una institución de derecho público, el Estado tiene limitados sus poderes para averiguar la verdad y regular las vidas de los particulares. El proceso civil no es inquisitivo. El acceso al proceso y el desarrollo de todas sus fases se rige por el principio dispositivo, de modo que ni puede iniciar el juez el pleito, ni puede configurarlo ajeno a las decisiones de las partes. Solo en fases muy determinadas del proceso, el legislador permite la intervención probatoria judicial, con muchas restricciones (iniciativa probatoria y diligencias finales).

Por otra parte, solo en determinados ámbitos materiales y con carácter muy limitado (la prueba de oficio en los procesos de interés público, como en la filiación, en la protección de menores, en algunos aspectos del divorcio, la separación o la nulidad, o en relación con la modificación de la capacidad de obrar de las personas discapacitadas) la Ley permite y la Constitución ampara la proposición y/o la práctica de pruebas de oficio.

No nos parece desafortunado traer aquí a colación la doctrina del *Drittwirkung*, sobre la intervención del Estado (del juez) en la vida de los particulares, también en el ámbito probatorio. Cuando las partes proclaman su supremo derecho a que se haga Justicia y para tales fines instan la práctica de medios probatorios, el juez solo está legitimado a intervenir por iniciativa propia más allá del poder dispositivo, de la libertad individual.

Tres son los criterios que se predicán para ayudar al juez a decidir en qué medida es admisible el consentimiento o la renuncia del afectado respecto a las facultades probatorias; y en qué medida rige o no el principio de autonomía de la voluntad, si concurre una legitimación constitucional.

El primero viene referido a la libertad real<sup>30</sup> como criterio determinante para interpretar la relación entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.<sup>31</sup> Se trataría de valorar si la parte procesal actúa libremente cuando decide utilizar u omitir una facultad de proposición, práctica o valoración probatoria. Partiendo de la igualdad formal, la relación entre las partes puede estar marcada por la desigualdad, con aceptación de cargas inasumibles. En tal caso el juez estaría obligado a corregir el proceso, si se vulnerase el orden público, el principio de buena fe o las buenas costumbres. Estamos pensando en supuestos en los que una de las partes está claramente desfavorecida en el ámbito probatorio, no ya por deficiencias de la defensa técnica (no admisible siquiera respecto a los profesionales designados de oficio), sino cuando se trata de personas desfavorecidas, como los hijos menores, enfermos psiquiátricos, las mujeres maltratadas o los menores desprotegidos.

---

30 Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. (tesis doctoral). Marcial Pons.

31 Íd. Esto da cuenta de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia "Aval bancario" del 19 de octubre de 1993.

Un segundo factor guarda relación con la existencia objetiva de una situación vulnerable. Frente al Estado, los derechos fundamentales tienden a reequilibrar una relación que es, por naturaleza, asimétrica. Esta misma asimetría puede referirse a las relaciones entre particulares, de manera que la eficacia directa estará justificada cuando una de las partes ostente una relación de clara supremacía frente a la otra o cuando la misma relación jurídico-privada constituya en sí misma un “bien escaso”.<sup>32</sup>

En este sentido, la eficacia de los derechos fundamentales debe ser distinta según la situación de poder que las partes de la relación ocupen.<sup>33</sup> Cuanto menor sea la libertad de la parte “débil” de la relación, mayor será la necesidad de protección. El proceso es, por definición, igualitario, pero no cabe negar *a priori* situaciones de vulnerabilidad, también a la hora de proponer y practicar la prueba. Esto puede justificar una intervención judicial, por ejemplo, para negar una prueba ilícita o para rechazar preguntas e interrogatorios que puedan ocasionar un daño.

Un tercer factor puede ayudar al juez a valorar la eficacia entre los particulares de los derechos fundamentales dentro del proceso y en la práctica de las pruebas: la eficacia vinculante será más intensa cuando sea la propia dignidad de la persona humana la que se vea afectada.<sup>34</sup> La dignidad guarda relación directa con la idea de autonomía del individuo y se enfrenta, por tanto, a la idea de dependencia y, a su vez, con los principios de dignidad e inviolabilidad de la persona.<sup>35</sup>

---

32 Bilbao Ubillos, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. BOE.

33 Ferrer, J., Salvador, P. (1997). *Asociaciones, democracia y ‘Drittwirkung’: Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad*. Editorial Civitas. También, Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privat*. (tesis doctoral). Marcial Pons.

34 Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privat*. (tesis doctoral). Marcial Pons; y aún en una concepción “menguada” de la dignidad, por su sometimiento a los límites de la propia Constitución, pues todos los derechos están en conexión con la dignidad y esta cumple con una función aglutinadora, delimitadora y limitadora de los derechos fundamentales [Gutiérrez, B. J. (2011). *La dignidad de la persona humana en el mundo virtual: una perspectiva filosófica*. Editorial Académica Española].

35 Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. (tesis doctoral). Marcial Pons.

No obstante, el juez debe someterse a un test rígido de valoración, respetando la libertad individual y el principio de autonomía de la voluntad. En este contexto, la actividad probatoria de las partes debe ser respetada, como parte fundamental de su derecho a la tutela judicial efectiva, pero debe evitarse cualquier abuso, no solo desde la perspectiva de la admisión, sino desde la del rechazo probatorio, especialmente en cuanto a la inviabilidad de la prueba ilícita.

### **3.2. LÍMITES A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ**

Los poderes del juez en el proceso se centran en cuatro facultades concretas:

#### **3.2.1. La facultad judicial de integración probatoria**

Viene regulada en el artículo 429.1 párrafo 2 y 3 LEC. Este precepto no figuraba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y fue introducido en trámite parlamentario. No presenta antecedentes históricos en los textos procesales civiles españoles y otorga unas facultades de iniciativa probatoria desconocidas en el ordenamiento jurídico español antes del año 2000. Permite al juez español que, en la fase de proposición y admisión de prueba (audiencia previa en el juicio ordinario y vista en el juicio verbal), pueda indicar la insuficiencia de los medios de prueba propuestos y que las partes, a raíz de la indicación del tribunal, puedan completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba.<sup>36</sup>

Dice Abel que el precepto incluye una doble facultad, la facultad judicial de indicación (que permite al tribunal poner de manifiesto que determinados hechos pueden resultar huérfanos de prueba) y la facultad judicial de proposición (que, además de indicar el hecho o hechos que puede(n) verse afectado(s) por la insuficiencia probatoria, permite señalar la práctica de la prueba o pruebas oportunas para remediar tal insuficiencia probatoria). Entendemos, no obstante, que la facultad debería entenderse limitada al primer extremo, pues indicar los concretos medios probatorios podría afectar al principio de igualdad de armas. Cómo debe suplirse, en concreto, la falta de correlación entre un hecho dudoso y la forma de probarlo, corresponde, en principio, a

---

36 Abel Lluch, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho.

la parte. Entendemos también que no es preciso que el juez indique siquiera la fuente de prueba, sino solo la falta de correlación entre el hecho dudoso y la inactividad propositiva. En este sentido, se comparte la reflexión de Abel de que la facultad legal no otorga al tribunal la posibilidad de acordar pruebas de oficio y que corresponde a la parte la decisión de asumir, o no, la indicación judicial sobre una posible falta o insuficiencia de prueba.

El Tribunal Supremo no ha matizado tanto. Ha dicho que la iniciativa probatoria, que se hace efectiva mediante la proposición de los medios de prueba, corresponde a las partes, sin perjuicio de la potestad que al respecto la norma atribuya al Tribunal -artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. En particular, el artículo 429, apartado 1, de la misma Ley, otorga a dicho órgano una potestad de integración probatoria, a fin de que las partes completen o modifiquen sus proposiciones de prueba, a la vista de lo que hubiera manifestado el mismo [STS, Civil sección 1, del 24 de noviembre de 2014 (ROJ: STS 5696/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5696)].

Así que, el artículo 429 LEC es una norma que no elimina la carga de la prueba que establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de una falta de prueba. Este mecanismo procesal es, además, discrecional, pues surge de la mera consideración del juez de que las pruebas propuestas no son suficientes para esclarecer los hechos. Discrecional es también (“podrá”) señalar la prueba o pruebas, cuya práctica considere conveniente a partir de los elementos probatorios o cuya existencia resulte de los autos. Consiguientemente, su omisión no supone infracción de las normas del proceso ni afecta al derecho de las partes, causándoles indefensión. Finalmente, la insuficiencia probatoria puede venir dada por los propios elementos de prueba aportados por las partes, incluso de la prueba judicialmente insinuada [STS, Civil sección 1 del 7 de marzo de 2013 (ROJ: STS 854/2013 - ECLI:ES:TS:2013:854)].

### **3.2.2. Las pruebas de oficio**

La facultad judicial de acordar prueba de oficio en procesos especiales no dispositivos se recoge en los artículos 752.1, párrafo 2; 759.1; 763.3; 767.2; 770.4º LEC. Se trata de los comprendidos en el Título I del Libro IV de la Ley 1/2000, del 7 de enero, y concretamente los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

La iniciativa probatoria de oficio en estos procesos es muy amplia y así, literalmente, el artículo 752.1, párrafo 2.º LEC dispone que “sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio las que estime pertinentes”. No existe limitación en cuanto al número ni la clase de pruebas que puedan practicarse por decisión judicial (principio de libertad en la práctica de la prueba) y el juez puede acordar la práctica de prueba de oficio, sin necesidad de la instancia de parte y ni siquiera resulta condicionado por las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio Fiscal (principio de oficialidad).<sup>37</sup>

Esto se justifica en la existencia de un superior interés público, tanto en disposiciones de carácter general como en los respectivos procesos especiales: modificación de la capacidad de obrar (artículo 759.1 LEC), internamiento no voluntario (artículo 763.3 LEC), filiación (artículo 767.2 LEC) y proceso matrimonial “contencioso” (artículo 770.4º LEC), en lo que se refiere a las materias no disponibles (guarda de menores, alimentos a su favor y disposición de uso de vivienda familiar en su beneficio).

Más que una facultad de integración, entendemos que aquí estamos ante una prueba forzosa. Se haya propuesto o no por las partes, el juez debe proveer a la práctica de los medios probatorios que la exige la ley, sin perjuicio de cuantas otras considere adecuadas. En este tipo de procesos las reglas generales sobre preclusión y valoración probatoria vienen alteradas. De hecho, el artículo 752 LEC permite la introducción de hechos en el debate en cualquier momento procesal, en la prueba de los hechos la conformidad de las partes no vincula al tribunal y en la valoración probatoria no se aplican las normas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de parte, de los documentos públicos y de los documentos privados.

En concreto, en el proceso de modificación de la capacidad de obrar el juez debe, *ex lege*, practicar tres pruebas (artículo 759 LEC): audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, examen directo por el juez del presunto incapaz y el dictamen pericial en relación con la incapacitación y las medidas complementarias.

En el proceso de internamiento no voluntario, el juez vendrá obligado a practicar las siguientes pruebas (artículo 763.3 LEC): oír a la persona

---

37 Íd.

afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida, examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. La ausencia del examen del presunto incapaz es motivo de nulidad de actuaciones.

Recientes resoluciones del Tribunal Constitucional han desarrollado las garantías exigibles en este tipo de procesos, en concreto sobre los requisitos para la privación de libertad (en desarrollo de la STEDH del 24 octubre de 1979, en el caso Winterwerp contra Holanda, SSTC 141/2012 y 182/2015), la exigencia de abogado de oficio (SSTC 50/2016 y 22/2016) y el deber de información del afectado. La problemática se hace extensiva a los ingresos residenciales de personas mayores en centros geriátricos.

En la regulación del proceso de filiación no existe duda respecto a la posibilidad, también de oficio, de acordar en los procesos de filiación las pruebas que se estimen necesarias, y en particular las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, por aplicación de la normativa del artículo 339.5 LEC, que permite la designación de perito de oficio en los procesos sobre estado y matrimoniales. No hay duda de su constitucionalidad, aunque estas pruebas no pueden ser impuestas de forma forzosa, pero sí es constitucional valorar la negativa a practicarlas, pues no hay vulneración de los derechos a la intimidad y a la integridad (SSTC 7/1994, 177/2007, 118/2006 y 29/2005).

También se reconoce la iniciativa probatoria de oficio en el proceso matrimonial contencioso (artículo 770, regla 4.ª LEC), aunque se limita el objeto de la prueba de oficio, en la medida que solo se podrá acordar para la prueba de las causas de separación, divorcio y nulidad y para las medidas derivadas de las mismas que afecten a menores o incapaces.

### **3.2.3. Las diligencias finales**

La facultad judicial de complemento probatorio por diligencias finales está recogida en los artículos 435 y 436 LEC.

Las centenarias diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881 han sido sustituidas por las diligencias finales, que se ubican dentro del Título correspondiente al juicio ordinario, lo cual ha suscitado algunas



dudas sobre su práctica en juicios distintos del ordinario y en instancias distintas de la Primera.<sup>38</sup>

Sobre este particular, las diligencias para mejor proveer constituían una facultad discrecional para completar el acervo probatorio ya existente en las actuaciones, dando entrada a la iniciativa probatoria de oficio, pero ahora las diligencias finales parecen reguladas más bien a modo de segunda oportunidad probatoria. “Semejante regulación ha suscitado variadas críticas. Tanto por parte de partidarios de reforzar el principio de aportación de parte, entienden que no es necesario efectuar una concesión, siquiera excepcional, a la iniciativa probatoria de oficio, y que tal concesión distorsiona los principios inspiradores del proceso civil, hasta de quienes, por otra parte, advierten una nueva configuración de la iniciativa probatoria de oficio, bien porque se la condiciona a una previa instancia de parte (artículo 435.1 LEC), bien porque se fijan requisitos o presupuestos para su adopción (art.435.2 LEC), algunos de ellos de muy difícil justificación.”<sup>39</sup>

Las actuales diligencias finales limitan más las facultades del juez que las precedentes diligencias para mejor proveer. El Tribunal Supremo ha dicho que esto guarda coherencia con los principios fundamentales que rigen el proceso civil, ya que mantienen un adecuado equilibrio en lo relativo a la carga de la prueba, impiden suplir la inactividad de la parte y propician la igualdad en el proceso, impidiendo que puedan practicarse nuevas pruebas que no fueron objeto de proposición y restringiendo la actuación del órgano jurisdiccional para que pueda acordarlas de oficio [STS, Civil sección 1, del 4 de abril de 2008 (ROJ: STS 3969/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3969)]. Las diligencias finales solo pueden acordarse, salvo supuestos excepcionales, a instancia de parte, a diferencia de las anteriores “diligencias para mejor proveer” (artículo 340 LEC1881) que eran normalmente acordadas de oficio por el Juez o Tribunal

---

38 Tal y como plantea Abel, las dudas resueltas a favor de su posibilidad en todo tipo de instancias [cfr. STS, Civil sección 1 del 7 de mayo de 2013 (ROJ: STS 2168/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2168: la admisión a prueba en segunda instancia requiere que la no practicada no haya podido realizarse “ni siquiera como diligencia final”, lo que pone de manifiesto la necesidad de que dicha petición se haya producido por la parte interesada. Pero no está claro si caben en juicio verbal (a favor, STS, Civil sección 1 del 12 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 5820/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5820); en contra, STS, Civil sección 1 del 30 de noviembre de 2010 (ROJ: STS 7211/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7211)].

39 Abel Lluch, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho.

[STS, Civil sección 1, del 07 de mayo de 2013 (ROJ: STS 2168/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2168)].

El artículo 435.2 LEC sujeta la adopción de las “diligencias finales extraordinarias” a cuatro requisitos: 1) Que la prueba verse sobre hechos relevantes y oportunamente alegados; 2) Que las anteriores diligencias de prueba hayan resultado frustradas; 3) Que la frustración en el resultado de las anteriores diligencias de prueba sea independiente de la voluntad de la parte; y 4) Que el juez tenga motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones de prueba permitirán adquirir certeza sobre los hechos controvertidos. Sin duda es este último el requisito que suscita mayor crítica, puesto que incurre en el vicio o defecto que se pretendía erradicar con la supresión de las diligencias para mejor proveer, esto es, es de la amplia discrecionalidad judicial.<sup>40</sup>

Si bien es cierto que las partes podrán solicitar diligencias finales, no es menos cierto que dicha facultad también se reconoce al juez. Se trata, por tanto, de una facultad judicial compartida en la proposición y una facultad judicial exclusiva en la resolución, pues solo al juzgador le corresponde, o no, la decisión de acordarlas. La facultad del juez es de complemento, no de suplantación ni de corrección de la actividad probatoria desplegada por las partes y versa sobre el tema de la prueba y con ella se pretende que el juez, previa concurrencia de unos requisitos normativamente tasados y con carácter excepcional, pueda adoptar de oficio determinadas pruebas en orden a reforzar su convicción.

### **3.2.4. La intervención judicial en la práctica probatoria**

El juez tiene facultades para dirigir el interrogatorio de parte, decidir sobre la admisión de las preguntas (artículo 302.2 LEC), repeler las impertinentes, designar peritos (artículo 339, 1, 2, y 3; artículo 349.3 LEC), formular preguntas a los peritos sobre el objeto del dictamen (artículo 347.2 LEC), pedir ampliación del dictamen pericial cuando los peritos hayan sido designados de oficio (artículo 347.2 LEC), acordar de oficio la presencia de peritos en el juicio o vista (artículos 338.2 y 346 LEC), determinar la amplitud del reconocimiento judicial (artículo 353 LEC), adoptar las medidas necesarias para lograr su efectividad (artículo 354 LEC), oír observaciones o declaraciones de partes, abogados o procuradores

---

40 Abel Lluch, X. (2005). *Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez*. En J. Machado & H. Acosta (Coords.), *Constitucionalización del proceso civil* (pp. 364-393). Escuela Nacional de la Judicatura: Editora Búho.

en el reconocimiento judicial (artículo 354.4 LEC). Así como, realizar el interrogatorio para el reconocimiento de personas (artículo 355 LEC), acordar la práctica del interrogatorio a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal (artículo 355.1 LEC), practicar conjuntamente el reconocimiento judicial y el pericial (artículo 356.1 LEC), determinar que el interrogatorio de los testigos, o de parte, se practique a continuación del reconocimiento judicial (artículo 357 LEC), acordar la transcripción literal de palabras y voces filmadas o grabadas (artículo 383.1, II LEC) y acordar los medios que se dispone utilizar por parte del tribunal para el examen de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (artículo 384.1 LEC).



# **CAPÍTULO X**

## **EL DERECHO A RECURRIR COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL**

### **EL DERECHO A LOS RECURSOS, COMO DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO**

**Nieves Luisa Carolina Soto de León**



# CAPÍTULO X

## EL DERECHO A RECURRIR COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

### EL DERECHO A LOS RECURSOS, COMO DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO

Nieves Luisa Carolina Soto de León

#### INTRODUCCIÓN

El derecho a recurrir en el tema “Constitucionalización del proceso civil” no se concibe como un principio de la tutela judicial efectiva, sino que es una garantía del debido proceso de ley, el cual forma parte de la tutela judicial efectiva.

La Constitución del 26 de enero de 2010 definió su rango constitucional al prescribir en el artículo 69, literal 9: “Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley”. En tanto, el artículo 149, párrafo III, dispone la garantía del doble grado de jurisdicción al prescribir: “Toda decisión emanada de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior, sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes”.

En la primera edición de la obra pretendimos estudiar este derecho desde su razón de ser, analizando su fuente con la idea de concientizar a los órganos jurisdiccionales y demás partes del sistema judicial de este derecho. Bajo este contexto, comenzamos con la idea de la jurisdicción como función monopólica del Estado, cuyo fin es dirimir las controversias entre los entes sociales, fundamentado en la prohibición de hacer justicia por sus propias manos, y así lograr la preservación del valor paz social.

La actividad jurisdiccional en nuestro esquema de división de poderes se atribuye al Poder Judicial, integrado por los tribunales de distintas características y por la diversidad de materias y situaciones que imponen una división del trabajo judicial.

Esta división de tarea se realiza a partir de las reglas de competencia, definidas por el autor Loutayf Ronea como la capacidad o aptitud que tiene un tribunal para ejercer la jurisdicción en aquellos supuestos en que le corresponde hacerlo, conforme a criterios legales de determinación de

su ejercicio. Así, pues, las reglas de competencia vienen a determinar los supuestos en que cada tribunal debe ejercer la potestad jurisdiccional.

Por ende, el ordenamiento jurídico resolverá de esta manera si la cuestión litigiosa debe ser sometida al conocimiento de un tribunal determinado; y en la conformación de los diferentes tribunales se encuentran los diseñados con la función del reexamen o segundo grado, regla de distribución que viene dada por el denominado criterio funcional. En este aspecto, Palacio lo cita como una pauta a partir de la cual se atribuye a distintos tribunales su intervención en la etapa del proceso.

A su vez, la atribución funcional de la competencia reconoce dos variantes: la horizontal y la vertical, siendo esta última la que interesa a los fines del tema a desarrollar; esto así, porque la verticalidad es la que permite la posibilidad procesal de que las partes puedan tener derecho a un doble examen del proceso, actuando el órgano judicial de Segunda Instancia en función revisora de lo resuelto por el tribunal correspondiente del Primer Grado. De ahí que, el verticalismo es una consecuencia directa del recurso o derecho a recurrir.

En cuanto a la variante horizontal, esta viene dada en el sentido de que todo juez en su tribunal es soberano en su esfera y solo está sometido al *imperium* normativo constitucional e infraconstitucional y a la ley objetiva, mas no a la voluntad de un órgano superior; además, el juez tiene el poder decisorio que la norma jurídica le atribuye, pero en modo alguno está supeditado a la voluntad omnímoda de su superior jerárquico. Dentro de este contexto, el derecho a recurrir viene a salvar, en la tarea discrecional del juez a la hora de aplicar el derecho, la posibilidad de que toda decisión podría estar sujeta a adolecer de defectos, ya sea consistente en irregularidades de algunos actos externos que la integran o de actos procesales que le procedan; o bien, que el juez no haya sido guardián del debido proceso de ley en la instrucción del proceso, o padecer de defectos en la función lógica que ha llevado al juez a emitir el fallo, dando lugar a una sentencia injusta por atribuir a la ley una voluntad distinta de la que realmente tiene. De ahí que la vía del recurso es la garantía que le permite al justiciable mejorar o enmendar la sentencia que en principio lo ha perjudicado.

Actualmente, todos los ordenamientos procesales, con una mayor o menor extensión, establecen un sistema de recurso. Sin embargo,



antes se cuestionaba si la posibilidad de revisión o la doble instancia era considerada como una garantía del proceso, y si como garantía, era vinculante al derecho constitucional, circunstancia que se resolvió a partir de la modificación de la Constitución del 2010.

En la primera edición, el objetivo de la exposición se enfocó desde la perspectiva constitucional, es decir, si el derecho a los recursos en el proceso civil dominicano es o no un derecho constitucional; o si solo tiene la significación propia de la legalidad ordinaria, siguiendo el razonamiento de la jurisprudencia en materia constitucional: si un proceso civil es reducido exclusivamente a Primera Instancia, será un proceso que respondería plenamente al referente constitucional del proceso con todas las garantías.

## **1. EL DERECHO A LOS RECURSOS. CONCEPTOS Y CARACTERÍSTICAS**

El recurso es la vía impugnativa establecida por el legislador procesal, el cual se interpone ante el órgano jurisdiccional supremo en jerarquía, fundado en motivo normativamente determinado y que persigue la revocación o reformación de una sentencia basada en la autoridad de la cosa juzgada, cuando se ha obtenido por medios ilícitos o irregulares, prescindiendo o incorporando nuevos elementos probatorios que, de haberse conocido con anterioridad al indicado, habrían cambiado fundamentalmente la decisión 3.3.

En doctrina, el medio impugnativo denominado “recurso” es caracterizado como el instituto que tiende a evitar la obtención de la cosa juzgada. Se fundamenta en vicios propios del proceso en cuestión, ya sea en “in procedendo” [déficit de actividad en el proceso], que puede observarse tanto en el procedimiento como en las decisiones judiciales.

Conforme a la clasificación de los vicios procesales, formulada por Calamandrei, o “in iudicando” [decisión que se considera injusta], esto lo resuelve generalmente un órgano superior. De hecho, los recursos concedidos a las partes en el proceso fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, instancia de carácter burocrático como garantía a los súbditos sometidos a una decisión de autoridad, que era, más bien, un instrumento jurídico en manos de la realeza, destinado a confirmar su derecho de soberanía frente a las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas. Asimismo,

la apelación se constituye en el medio a través del cual el monarca absolutista recobra su jurisdicción prístina delegada, con el efecto de poder ejercitar un control directo o indirecto por medio de la Cámara de Apelaciones sobre la actividad desplegada por sus delegados.

También participaban los recursos contra las sentencias entre ellos, fundamentalmente el de apelación; incluso, se admitía el reexamen de oficio del caso sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior. Su finalidad era el control por los superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendida aquí no solo la formación del procedimiento y su solución, sino ocasionalmente la fundamentación de las decisiones y la valoración que esos tribunales inferiores hacían del material incorporado al procedimiento.

Hoy día en nuestra legislación el reexamen por el recurso está delimitado en: ordinarios, que son Apelación, y Oposición, cuyo fundamento es el agravio; y, extraordinarios, que son la Tercería, Revisión Civil, y Casación, abiertos por los motivos taxativamente establecidos y los agravios con ellos relacionados.

## **2. LA INSTANCIA ÚNICA Y/O DOBLE INSTANCIA**

En los ordenamientos que preservan la división del proceso en diversas instancias, existe competencia en razón del grado, con carácter funcional y en sentido vertical. Según sostiene Palacio (Morillo et al., 1999, 84), con la Competencia Funcional se pauta o atribuye a distintos tribunales su intervención en las diversas etapas del proceso. Entonces, se parte de la existencia de dos instancias o grados conforme a un solo proceso: una Primera Instancia, donde se decide en origen la pretensión; y una Segunda Instancia, en la cual un tribunal de grado superior distinto del primero cumple la función limitada de revisar lo decidido por el primer tribunal -se dice limitada porque solo pondrá su visión crítica en aquellos aspectos del fallo del primer tribunal que las partes decidan someter a revisión-. Esto ocurrirá en los sistemas que así lo prevean, puesto que puede ocurrir que el legislador resuelva adoptar como regla de competencia funcional la Instancia Única.

Cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan los dos sistemas; esta dualidad de alternativas sustentó en tiempos pasados un amplio debate doctrinario sobre la benignidad y los reparos que

merecen uno y otro régimen. En este aspecto, Jorge V. Acosta (Morillo et al., 1999, 84)<sup>1</sup> refiere:

Si la controversia sobre la necesidad de la apelación reconociera fundamentos puramente jurídicos, ya a esta altura del debate, alguien de las partes en pugna, habría podido demostrar lógicamente la superioridad de sus razones. Pero ocurre que el punto no es de índole jurídico, sino político, por lo que el desacuerdo subsistirá en los términos de las doctrinas que lo informen.

Esta opinión nos parece aceptada, pues, tal como lo plantea Acosta, será el legislador, mediante la adopción de la instancia única o de la pluralidad de ellas, quien fijará la política judicial del Estado en esta materia. Este autor también sostiene: “La cuestión no puede, en consecuencia, vincularse a teoría alguna sobre la juridicidad de la Segunda Instancia. Solo es legítimo referir a un contexto determinado la posibilidad o no de alcanzar, y la conveniencia de instituir o no, la alzada”.

Se entiende que el Constituyente instituyó a los tribunales de Segunda Instancia con la finalidad de que los justiciables pudieran recurrir las sentencias como medida de seguridad, en caso de que se sintieran agraviados por esta, con la finalidad de obtener su corrección. Como la Constitución del 22 de febrero de 1908 creó la Corte de Apelación y Corte de Casación, estableció las funciones a la Suprema Corte de Justicia, en el artículo 156, en el artículo 154 de la última modificación del 2010.

En ese sentido, el artículo 154 expresa que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, lo siguiente:

- 1) Conocer en única instancia de las causas penales seguidas al Presidente y al Vicepresidente de la República; a senadores y diputados; a jueces de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Constitucional; a ministros y viceministros; al Procurador General de la República, jueces y procuradores generales de las Cortes de Apelación o equivalentes; a jueces de los Tribunales Superiores de Tierras, de los Tribunales Superiores Administrativos y del Tribunal Superior Electoral; al Defensor del Pueblo; a miembros del Cuerpo

---

1 Nuestra Constitución proclamada el 26 de enero del 2010 definió su rango constitucional en el artículo 69 literal 9 y el artículo 149, párrafo 111 dispone la garantía del doble grado de jurisdicción ya comentada en la introducción del tema.

Diplomático y jefes de misiones acreditadas en el exterior; y a miembros de la Junta Central Electoral, de la Cámara de Cuentas y de la Junta Monetaria;

- 2) Conocer de los recursos de casación, de conformidad con la ley;
- 3) Conocer, en último recurso, de las causas, cuyo conocimiento en Primera Instancia sea competencia de las Cortes de Apelación y sus equivalentes; y
- 4) Designar, de conformidad con la Ley de Carrera Judicial: los jueces de las Cortes de Apelación o sus equivalentes, de los Juzgados de Primera Instancia o sus equivalentes; así como, los jueces de la Instrucción, los jueces de Paz y sus suplentes, y los jueces de otros tribunales del Poder Judicial creados por la Constitución y las leyes.

En tanto, el artículo 159 del citado texto, prescribe:

Son atribuciones de las Cortes de Apelaciones:

- 1) Conocer de las apelaciones a las sentencias, de conformidad con la ley;
- 2) Conocer en Primera Instancia de las causas penales seguidas a jueces de Primera Instancia o sus equivalentes; procuradores fiscales, titulares de órganos y organismos autónomos y descentralizados del Estado; gobernadores provinciales, alcaldes del Distrito Nacional y de los municipios; y
- 3) Conocer de los demás asuntos que determinen las leyes.

De lo expuesto se puede colegir que el Constituyente siempre pensó en un Tribunal de Segundo Grado con función de revisión, pero también instauró como sistema la Única Instancia, señalando taxativamente en qué casos. Como se advierte, con la instauración de los Tribunales de Apelación y de Casación se consagraron dos sistemas, es decir: la Instancia Única y la Doble Instancia, por consiguiente, ambos sistemas son de naturaleza constitucional.

En la primera edición, analizábamos que la Constitución no se define, deja en libertad al legislador común decidir el problema político general de la existencia de una sola Instancia o la necesidad de una Segunda

Instancia, que es donde descansa el fundamento jurídico del derecho a recurrir, pero nuestra Constitución nada establecía al respecto. Las Convenciones Internacionales tampoco han decidido este punto político general, sino que solo establecieron el derecho a recurrir como una garantía para el inculpado en materia penal, dejando en duda si en el orden civil y comercial también debe aplicarse.

Con relación a los recursos de apelación y casación, el ilustre y actual exmagistrado de la Suprema Corte de Justicia, Rafael Luciano Pichardo, en su ensayo titulado “El recurso constitucional de apelación”, publicado en el Listín Diario, los días 30 y 31 de octubre del 1990, expresó lo siguiente: “La apelación es un recurso ordinario de carácter o naturaleza constitucional que el legislador no puede limitar, y menos suplir. De donde resulta inconstitucional toda ley que declare que determinada decisión del juzgado de primera instancia no será susceptible de apelación”.

Además, “El recurso constitucional de casación” también manifiesta que, si bien es cierto que el canon constitucional que consagra entre nosotros el recurso de casación prescribe que este debe intentarse “en la forma que determine la Ley” o “de conformidad con la Ley”, esto no autoriza su eliminación en determinada materia, sino su pura reglamentación. En otras palabras, estas expresiones se refieren, pura y simplemente, a cuestiones de procedimiento.

A los fines de dar apertura al recurso, la ley debe determinar, por ejemplo, cuáles sentencias deben ser dictadas en última o única instancia, quién tiene calidad para intentarlo y bajo cuáles condiciones; así como los plazos dentro del cual debe hacerse, la indicación de los medios del recurso y la forma de introducirse, etcétera; pero nunca deberá impedirlo contra una sentencia que ya es inatacable por vía de recurso, pues una ley con ese alcance no solo viola el canon constitucional señalado, sino que además enajena a la Suprema Corte de Justicia el derecho de decir la última palabra en la interpretación de las normas jurídicas, tanto legislativas como consuetudinarias (Pichardo, 1994, 103-115).

## **2.1. LA GARANTÍA LEGAL DE LA DOBLE INSTANCIA, ¿DE ORDEN PÚBLICO O DE RANGO CONSTITUCIONAL?**

La jurisdicción ha sido definida como “la función que constitucionalmente le incumbe al Estado asegurar, por medio de órganos especiales

llamados tribunales de amparo, protección o tutela de los derechos subjetivos, y de otras situaciones jurídicas que se hallan protegidas por las normas del derecho objetivo”. También se utiliza el término jurisdicción, para designar a los tribunales. De ahí derivan tanto las jurisdicciones de Primer y Segundo Grado, como las jurisdicciones civiles, comerciales, penales, ordinarias, y de excepción o extraordinarias (Tavárez, 1995, 315).

En nuestra organización judicial, los tribunales están distribuidos en pares; esto así, para asegurar el derecho que tiene todo justiciable de recurrir las decisiones dictadas por los Tribunales del Primer Grado. Cabe resaltar que las sentencias dictadas por los Juzgados de Paz son recurribles ante los Tribunales de Primera Instancia; las decisiones dictadas en Primera Instancia son apeladas por ante la Corte de Apelación; y las dictadas en Única Instancia ante la Corte, son recurribles en casación ante la Suprema Corte de Justicia, y así sucesivamente en las demás jurisdicciones.

Las reglas que gobiernan la competencia de los Tribunales del Segundo Grado son de orden público, puesto que se encuentran íntimamente ligadas al principio del doble grado de jurisdicción, siendo pues, el recurso de apelación una consecuencia de aquel. Todas las sentencias, en principio, son recurribles. Por tanto, para que una sentencia sea irrecurrible es necesario que un texto de Ley lo disponga expresamente; en ese caso, el litigio se conoce en Única Instancia. También son de orden público las excepciones a dicho principio, como la Ley Adjetiva, que admite que algunos aspectos resulten examinados y resueltos en una Única Instancia. A modo de ejemplo, podemos citar el supuesto previsto en los artículos 691, 703 y 730 del Código de Procedimiento Civil, relativos al embargo inmobiliario, que limitan el recurso de apelación en relación a las decisiones que se refieren.

Los honorarios de los abogados no estarán sujetos a ningún recurso. Así lo refiere el artículo 11 de la Ley 302, de 1964, modificado por la Ley 95-88, del 20 de noviembre de 1988, al disponer que la decisión que intervenga con motivo de una impugnación respecto de una liquidación de honorarios o de gastos y honorarios no será susceptible de ningún recurso ordinario ni extraordinario; por lo que el artículo 127 del Código de Procedimiento Criminal dispone que las decisiones de la Cámara de Calificación no son susceptibles de ningún recurso. Estas disposiciones constituyen un desconocimiento de la garantía legal de la Doble Instancia.

Otro desconocimiento de la Doble Instancia lo constituye la figura jurídica de la avocación, instaurada en nuestra legislación, en el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe:

Quando haya apelación de sentencias interlocutorias, si esta se revoca y el pleito se hallare en estado de recibir sentencia definitiva, los tribunales que conozcan de la apelación podrán a la vez y por un mismo fallo, resolver el fondo; podrán también hacerlo, cuando por nulidad del procedimiento u otra causa, revoquen las sentencias definitivas del inferior.

La ley 834, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil francés, del 15 de julio del 1978, prescribe en su artículo 17: “Cuando la Corte de Apelación, respecto de la jurisdicción que estime competente, pueda avocar al fondo, si estima de buena justicia dar al asunto una solución definitiva, después de haber ordenado ella misma una medida de instrucción, en caso necesario”.

Comúnmente se afirma que los recursos ordinarios [oposición y apelación] pueden ser ejercidos de pleno derecho, a menos que un texto de Ley lo prohíba, los recursos extraordinarios [Revisión Civil, Tercería, y Casación] no pueden ser intentados, sino en los casos expresamente determinados por la Ley (Tavárez, 2000, 4-5).

## **2.2. FUNDAMENTO DE LA SUPRESIÓN DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN**

Como ya hemos citado, en algunos casos el legislador ha suprimido el Segundo Grado de Jurisdicción en ocasiones, tales como:

- Atendiendo a la modicidad de la cuantía del litigio, como ocurre, por ejemplo, en las demandas inferiores de tres mil pesos en los Juzgados de Paz, en virtud del artículo 1 de la Ley 38-98, que expresa: “Los Jueces de Paz conocen todas las acciones puramente personales o mobiliarias, en Única Instancia, tanto en materia civil como comercial, hasta la concurrencia de la suma de tres mil pesos, y con rango de apelación hasta el valor de veinte mil pesos”.
- Por la complejidad y naturaleza de las cuestiones debatidas, en los casos en que el recurso puede retardar un procedimiento y por un

interés general. Debe ser rápido porque, de lo contrario, el ejercicio del recurso podría constituir un medio dilatorio; así sucede con las sentencias sobre nulidades de forma, en el procedimiento de embargo inmobiliario.

- Atendiendo a las calidades de las partes. En términos generales consideramos que el legislador se inspiró, atendiendo al interés general y al deseo de una buena justicia, inspirado también en principios constitucionales, como es la celeridad que debe tener todo proceso y la modicidad o gratuidad que debe reinar en todo proceso. Esto así, porque podría resultar que la instrucción resultare más costosa que el resultado definido obtenido del mismo, saliendo perjudicado tanto el Estado, como el justiciable, en el último de los casos atendiendo a un factor político del Estado, pues se trata de juzgar algunos funcionarios pertenecientes a los tres Poderes del Estado, establecido en la propia Constitución.

En términos mayoritarios la doctrina argentina ha sostenido que la Doble Instancia no constituye un requisito de la garantía procesal de la defensa en juicio. El tratadista uruguayo Eduardo Couture señaló, en ese sentido: “La privación de un recurso no pone en tela de juicio la efectividad de la tutela constitucional del proceso, pues las razones esgrimidas a favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la Constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución”. En igual sentido se han pronunciado Falcon, Morello, Sosa, Berizonce, Palacio y Alvarado Velloso.

Colombo se enrola igual en esta posición, manifestando que no podría ser inconstitucional la Instancia Única, toda vez que la propia Constitución nacional establece supuestos que han de ser juzgados necesariamente en Único Grado (situación que igual se presenta en nuestra Constitución).

En la doctrina brasileña predomina una opinión divergente. En ese sentido, la procesalista Ada Pellegrini ha sostenido: “La Doble Instancia configura un proceso constitucional autónomo o derivado del de igualdad, que sería violado por toda ley que negare el doble grado de jurisdicción en genera; o bien lo reservara específicamente para algunos procesos” (Rizzoto, 1996, 496).



### **2.3. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN ES DE ORDEN PÚBLICO, NO DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES NACIONALES**

Como se advierte, el doble grado de jurisdicción está necesariamente vinculado con el derecho a recurrir, pues, si no existiera el doble grado de jurisdicción, no tendría lugar la apertura de los recursos. Por otro lado, para establecer qué carácter tiene el derecho a recurrir, es decir, si es de rango constitucional o no, necesariamente tenemos que acudir a los criterios adoptados por nuestra jurisprudencia y a las Convenciones Internacionales.

En la primera edición de esta obra no contábamos con un Tribunal Constitucional, por eso afirmamos: “Es bueno significar o reiterar que el Poder Judicial no tiene un Tribunal Constitucional, sino que, por el contrario, todos los tribunales mediante el sistema de control difuso tienen competencia para declarar inconstitucional una ley y, por el control concentrado, la Suprema Corte de Justicia en funciones de Tribunal Constitucional, conocerá de toda acción de inconstitucionalidad de una ley considerada contraria a la Constitución, sea a pedimento de la parte o de oficio”. En la primera edición también hicimos referencia a la sentencia dictada por la Cámara Laboral de nuestra Suprema Corte de Justicia, del 9 de diciembre del 1918 (República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, 1), a propósito de una demanda en grado de apelación, que estatuyó como sigue:

...el carácter de orden público de la regla de los dos grados de jurisdicción debe ser reconocido aun desde el punto de vista del derecho privado, puesto que el orden de las jurisdicciones no ha sido establecido exclusivamente en interés de los particulares; que, para mayor abundamiento, ese carácter lo tiene en la legislación nacional, de la Constitución. CONSIDERANDO: que según el artículo 65 de la Constitución, una de las atribuciones de las Cortes de Apelación es conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales y juzgado de Primera Instancia, y los párrafos 22 y 32 del mismo artículo, determinan los casos en que dichas cortes conocen de ciertas causas en Primera Instancia; CONSIDERANDO: que según el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil, las leyes que interesan el orden público no pueden ser derogadas por convenciones particulares.

En otra decisión, del 21 de diciembre del año 1946 (República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, 45-65), se alega, entre otros medios de casación, la violación del artículo 65 de la Constitución vigente en aquella época, por haber desconocido la sentencia recurrida bajo el principio del doble grado de jurisdicción. En este caso, la Suprema Corte de Justicia desestimó el aludido medio de casación, fundamentándose en la tesis de que este principio no es de carácter constitucional; entonces, expresó lo siguiente:

CONSIDERANDO: que lo que se sustenta... se encuentra desprovisto de todo fundamento; que en efecto, la regla del doble grado de jurisdicción, no se haya consagrado en modo alguno en el artículo 65 de la Constitución de la República; que ello es así porque, como lo ha expuesto en otras ocasiones la Suprema Corte de Justicia, en dicho artículo se prescribe únicamente que son atribuciones de las Cortes de Apelación conocer 'de las apelaciones de sentencias dictadas por los tribunales y juzgados de Primera Instancia'; esto es, no de todas las sentencias dictadas por estos o por aquellos, sino, solamente, de las que sean susceptible de ser atacadas por recursos de alzada, puesto que si la voluntad del legislador hubiese sido diferente a la que se acaba de expresar, se hubiera escrito la frase 'de las sentencias' en lugar de las ya transcritas ['de sentencias'] como figuraba en el mismo artículo 65 de la Constitución del 9 de junio del 1934 y de las anteriores, en cuanto a las atribuciones de las Cortes de Apelación con relación a las sentencias de los consejos de guerra... [aquí aunque se refiere al artículo 65 de la Constitución, por las modificaciones posteriores, actualmente el artículo es el 71, pero la transcripción es la misma (República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, 307-308)].

Reconociendo el carácter de orden público del principio del doble grado de jurisdicción, la Suprema Corte de Justicia manifiesta:

...por otro orden, si es verdad que los litigantes no pueden descartar de modo absoluto el Primer Grado de Jurisdicción y que, cuando así lo hicieren, ello engendraría la incompetencia de los jueces del Segundo Grado [incompetencia que concerniría al orden público y podría, como tal, ser opuesta en todo estado de causa], no es menos cierto que esa regla de nuestro derecho procesal no impide, ni puede impedir, que el legislador establezca, como ha establecido en la materia, los temperamentos correspondientes al más satisfactorio ejercicio de la función judicial y, entre los cuales, de manera

indiscutible las disposiciones relativas a la facultad de avocación consagrada a favor de los jueces de la apelación, por el artículo 473 del Código Procesal Civil.

Aunque el ámbito de nuestra investigación es la materia civil, hemos indicado decisiones jurisprudenciales relativas a otras materias, por considerarlas de interés para el esclarecimiento de los aspectos controversiales del tema; esto así, porque los criterios definidos con respecto a este tema se han pronunciado en el orden laboral y tributario, por citar algunos.

Sobre la acción de inconstitucionalidad correspondiente a los artículos 619 y 641 del Código de Trabajo, en una sentencia emitida el 26 de noviembre del 1997 (República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, 307-308), se señala lo siguiente:

Considerando, que el artículo 71, ordinal 1.º de la Constitución, no prohíbe en modo alguno que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera no sea susceptible de determinado recurso o de ningún recurso; que las sentencias originadas en demanda cuya cuantía sea inferior a 10 salarios mínimos, en la materia en que se trata, está sometida a reglas de procedimiento que deben cumplirse previamente por la partes en conflicto, las que le da oportunidad de hacer valer todos sus derechos y de ejercer en la instancia sus medios de defensa; que además...

El criterio jurisprudencial indicado anteriormente fue reiterado mediante la sentencia de fecha 8/8/99, en esta ocasión la Suprema Corte de Justicia, por sentencia del 18 de agosto de 1999 (República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, Sentencia Núm. 17, 586-587), indicó lo esbozado a continuación:

Considerando, que independientemente de que el artículo 71, ordinal 1.º de la Constitución de la República no prohíbe, en modo alguno, que el legislador dicte leyes adjetivas que establezcan que una sentencia o decisión cualquiera no sea susceptible de determinados recursos o de ningún recurso, el artículo 539, ya citado, no impide el ejercicio del recurso de apelación contra una sentencia dictada por el Tribunal de Primer Grado, sino que condiciona el efecto suspensivo de este recurso, cuyo condicionamiento o eliminación no constituye ninguna violación a cánones o principios constitucionales, por no

tener su asidero en nuestra Carta Sustantiva, sino en el Principio de Derecho....

Como vemos, los criterios dominantes en nuestra jurisprudencia, en términos generales, implican que el doble grado de jurisdicción no constituye una garantía de índole constitucional, sino que es de orden público; por tanto, no entra dentro de las garantías constitucionales y el legislador común puede suprimirlo mediante una ley adjetiva.

Existe una jurisprudencia que, a mi entender, tiene una connotación importante, pues cumplidas las condiciones y motivos que aperturan el recurso de casación, el mismo no se puede limitar por el hecho de clasificar como extraordinario el recurso de casación. A saber:

Considerando, que un estudio más detenido y profundo tanto del canon constitucional que consagra el recurso, como de la institución misma de la casación, revela que el recurso de casación no solo se sustenta en la Ley Adjetiva, sino que mediante su ejercicio se alcanza fines tan esenciales como el control jurídico sobre la marcha de la vida del Estado, mediante el mantenimiento del respeto a la Ley, así como mantener la unidad de jurisprudencia por vía de aplicación de la Ley; que, además, el recurso de casación constituye para el justiciable una garantía fundamental de la cual, en virtud del inciso 2 del artículo 67 de la Constitución, pertenece a la ley fijar sus reglas; que al enunciar el artículo 11 (modificado por la Ley 302, de 1964) la decisión que intervenga con motivo de una impugnación de una liquidación de honorarios no será susceptible de ningún recurso ordinario o extraordinario, excluye el recurso de casación, el cual está abierto por causa de violación a la ley contra toda decisión judicial dictada en última o Única Instancia, y solo puede prohibirse por tratarse de la restricción de un derecho, si así lo dispone expresamente la ley para el caso particular, por lo que procede admitir el presente recurso” [Sentencia del 10 de septiembre de 1998, B. J. 1042, pp. 39-44].

### **3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS TRATADOS**

Ahora bien, lo que trae confusión, dado el carácter de equiparación de los tratados con la propia Carta Magna, conforme a su artículo 3, párrafo segundo, es lo siguiente:

La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano, en la medida en que sus Poderes Públicos las hayan adoptado.

De su lado, el artículo 26, relativo a las “Relaciones internacionales y derecho internacional” dispone que la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional y que, en consecuencia:

- 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado;
- 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial;
- 3) Las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional;
- 4) En igualdad de condiciones con otros Estados, la República Dominicana acepta un ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia, y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones. Se compromete a actuar en el plano internacional, regional y nacional de modo compatible con los intereses nacionales, la convivencia pacífica entre los pueblos y los deberes de solidaridad con todas las naciones;
- 5) La República Dominicana promoverá y favorecerá la integración con las naciones de América, a fin de fortalecer una comunidad de naciones que defienda los intereses de la región. El Estado podrá suscribir tratados internacionales para promover el desarrollo común de las naciones, que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes, y para atribuir a organizaciones supranacionales las competencias requeridas para participar en procesos de integración; y
- 6) Se pronuncia en favor de la solidaridad económica entre los países de América y apoya toda iniciativa en defensa de sus productos básicos, materias primas y biodiversidad.

En este contexto, el ilustre jurista extinto, Juan Manuel Pellerano Gómez, sostuvo lo siguiente: “Los tratados tienen fuerza jurídica superior a la ley ordinaria, por lo tanto, no pueden ser derogados por una ley ordinaria y los mismos alcanzan una asimilación a las normas constitucionales” (Pellerano Gómez, 1994, 101).

La mayoría de la doctrina internacional es constante con este criterio, cuando esos tratados reconocen los derechos fundamentales, y máxime cuando la misma Constitución insta también el sistema de la Única Instancia. Sentado este criterio, ponderaremos la garantía legal establecida en la Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la Conferencia de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, y adoptada por resolución número 739 del Congreso Nacional, promulgada el 25 de diciembre de 1977, corresponde analizar el alcance otorgado al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, garantizado en el Pacto de San José.

### **3.1. LA GARANTÍA JUDICIAL QUE PREVÉ EL PACTO DE SAN JOSÉ, EN EL ARTÍCULO 8, INCISO 2, PÁRRAFO H**

Definido el principio de la equiparación de los tratados internacionales con la propia Carta Magna, necesariamente tenemos que replantearnos si la garantía judicial prevista en el Pacto de San José, específicamente, en el artículo 8, inciso 2, párrafo h, tiene aplicación general y no solo en materia penal. Como sabemos, la Suprema Corte de Justicia tradicionalmente ha sostenido que la Doble Instancia no constituye una garantía de índole constitucional; de ahí que, la ausencia de un recurso (Única Instancia) no ha sido vista como una privación de un derecho constitucional.

El artículo 8 de la Convención establece las garantías con la que debe contar todo proceso judicial; dicho texto se compone de cinco incisos. En el primero de estos se efectúa una formulación genérica válida para todos los procesos: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”.

En cambio, en el inciso segundo, la Convención no solo establece en materia penal una regla general: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad, sino que, a continuación, enumera una serie de garantías mínimas a los efectos de la configuración del debido proceso, entre ellas, se señala el derecho de recurrir del fallo o tribunal Superior” (Art. 8, inc. 2, punto h).

Ahora bien, lo que nos cuestionamos es si ese derecho a recurrir, previsto en el inciso 2.º del texto, debe tener una interpretación extensiva a las demás materias (civil y comercial, entre otras), partiendo de que en todos los procesos, lo que se juzga son los derechos del justiciable; aunque es razonable comprender que el derecho tutelado en un proceso penal que merecerá mayor atención, ya que estos derechos tienden a asegurar la efectiva vigencia de los derechos propiamente humanos, es decir, tienen que ver con la propia persona (vida, libertad y dignidad, etcétera).

### **3.2. LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, RESPECTO AL ALCANCE DEL DERECHO A RECURRIR (ARTÍCULO 8, INCISO 2, PÁRRAFO H)**

En una opinión consultiva presentada ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, este organismo formuló importantes precisiones:

Si bien el artículo establece que, en cualquier proceso, toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías..., estipulando además para el proceso penal unas garantías mínimas, ello en modo alguno significa que no pueda presumirse que en circunstancias específicas sean necesarias otras garantías a fin de obtener un debido proceso legal.

De este modo, la Corte demuestra haber adoptado un criterio amplio, pues no se recuesta en una interpretación taxativa del artículo, sino por el contrario, adapta un rol activo en el control de los procesos judiciales. Esta posición aparece aún más evidente en el considerando 28 de la opinión consultiva ya reseñada, cuando expresa: “En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo 8 no especifica ‘garantías mínimas’, como lo hace el numeral 2, al referirse en materia penal; sin embargo, el concepto ‘debidas garantías’ se aplica

también a esos órdenes. Por ende, en otros órdenes de materia, el individuo tiene derecho también al debido proceso aplicado en materia penal”.

Al verter tal opinión, la Corte pone de manifiesto que resultan también aplicables al proceso civil y comercial todas las garantías enumeradas para el proceso penal. Por tal razón, será necesario precisar si, cuando la ley adjetiva suprime ese derecho, esto significa una violación al derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior establecido en el artículo 8 de la Convención.

Ahora bien, lo que cuestionamos es con cuál de los recursos se agota esa garantía, ya que el proceso, como conjunto de actos que conduce a un fin, requiere inexorablemente el cumplimiento de reglas, pues sin reglas no se garantiza la seguridad jurídica y, por tanto, tampoco habría forma de proteger las debidas garantías para las partes en las defensas de sus derechos. A su vez, el incumplimiento de dichas formas permite a los litigantes el desarrollo de toda una actividad impugnativa tendente a corregir el alegado defecto.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos que son varios los medios impugnativos con los que contamos (oposición, apelación, *le contredit*, tercera, revisión civil, revisión por fraude, revisión por error, casación), pero también cada uno de los mismos, a excepción del recurso de apelación, considerado de derecho común, están limitados a las condiciones que la misma ley ha determinado para su interposición.

Entonces, en atención a lo señalado, podríamos razonar que el derecho de recurrir ante un órgano superior no debe ser interpretado como un sinónimo de apelación, pues dicho recurso no es más que una de las tantas variantes de las que puede valerse la parte en su actividad impugnativa.

### **3.3. ALCANCE QUE DEBE OTORGÁRSELE AL DERECHO A RECURRIR EL FALLO ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR, GARANTIZADO POR EL PACTO DE SAN JOSÉ**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de emitir opiniones respecto al tema, en el Informe Número 24/92. En esa oportunidad, analizó la situación de varias denuncias que se venían efectuando contra el Gobierno de Costa Rica.



El Código de Procedimiento Penal de Costa Rica imponía una limitación a la posibilidad del condenado de interponer el recurso de casación contra aquellas sentencias que no superaban un determinado monto, ya sea en razón de la pena de prisión, inhabilitación, multa, o internación de seguridad. Por tal motivo, previo al Informe Número 24/92, la Comisión había instado al Gobierno de Costa Rica a tomar las medidas adecuadas, a fin de hacer efectiva la garantía del artículo 8, inciso 2, párrafo h, del Pacto de San José, pues dichas limitaciones negaban al condenado la posibilidad de revisión de su condena.

En atención a esto, Costa Rica crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema, según lo dispuesto en los nuevos artículos de su Constitución y de la Ley de Jurisdicción constitucional, número 7135 de 1989. La referida Sala adopta, finalmente, decisiones concretas al establecer efectivamente las garantías legales necesarias para la vigencia del derecho reconocido por el artículo 8, inciso 2, párrafo h de la Convención; de hecho, en sentencia 282/90 declara “erga omnes” que, a fin de dar plena vigencia a la garantía de la Convención, deben tenerse por no puestas las limitaciones al recurso de casación y extenderse a favor de todo condenado, cualquiera que fuera la pena dictada en causa penal.

Tanto así que, al variar la situación en aquellos que en su oportunidad efectuaron sus reclamos ante la Comisión contra el Gobierno de Costa Rica, emite el Informe Número 24/92, en el que manifiesta:

Si bien esas peticiones en su oportunidad pudieron ser admitidas, ya no lo eran, pues consideró que el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto, permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso el de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, un instrumento efectivo para poner en práctica, el derecho reconocido en el artículo 8, inciso 2, párrafo h de la Convención y remarca que... ‘el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permite con relativa sencillez al Tribunal de Casación examinar la validez de la sentencia en general’.

Cuando la Comisión Interamericana interpreta el referido artículo de la Convención, refiere que el recurso de casación, con las consideraciones que efectúa, es un medio adecuado a los efectos del cumplimiento de la garantía en análisis. Posteriormente, la Comisión emite el Informe Número 17/94, en relación al caso Monqueda, en el que entiende que

“a fin de dar protección a los derechos y libertades que la Convención consagra, no se requiere necesariamente de la apelación directa, sino que requiere la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal por un Tribunal Superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la prueba, y que permita con relativa sencillez al Tribunal de Revisión Legal examinar la validez de la sentencia en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso...”.

Tras retomar el tema que nos ocupa, podemos puntualizar que no es lo mismo el derecho a un recurso que el doble grado de jurisdicción; son nociones diferentes. “El doble grado de jurisdicción” se refiere a los ordenamientos o sistemas que preservan la división del proceso en dos instancias o grados, conforme a un solo proceso: una Primera Instancia, en la que se decide en origen la pretensión; y una Segunda Instancia o Tribunal de Segundo Grado Superior, y distinto al Primero, que cumple con la función de revisar lo decidido por el Primer Grado, con alcance general o limitado, en el que se realizará su revisión crítica a los aspectos del fallo que las partes decidan someter a su examen.

En este contexto, nuestra Suprema Corte de Justicia, por Sentencia Número 9, del 7 de junio de 2013, consagró:

El recurso de casación civil opera generalmente después de haber recaído dos sentencias, en Primera y en Segunda Instancia, que es donde efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico se garantiza el derecho al recurso; importa destacar, que en materia civil, en nuestro sistema recursivo, en principio se ha establecido la Doble Instancia, que permite que un tribunal distinto a aquel que decidió el asunto en primer momento, revise tanto los hechos dados por ciertos, como el derecho aplicado por este último, dicho en otros términos, dos oportunidades para hacer un juicio; dos veces se dice cuáles son los hechos probados y dos oportunidades se dice cuál es la consecuencia jurídica que se desprenden de ellos, ese sistema, como se observa, protege intensamente la garantía del debido proceso y ofrece más certeza que el sistema de pura revisión de derecho (República Dominicana. Suprema Corte de Justicia, Sentencia Núm. 8).

Nuestra Constitución, en concordancia con la citada garantía, dispone lo siguiente en el artículo 149, párrafo III: “Toda decisión emanada

de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior, sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes” (República Dominicana. Constitución dominicana, 2010). Como podemos apreciar, el Constituyente encomendó al legislador ordinario la posibilidad de variar y regular su procedimiento y admisión, atendiendo a la naturaleza de la material; ahora bien, como fue referido anteriormente, cada vez que el legislador ha limitado su admisión, lo hace para darle primacía a otra garantía envuelta en beneficio de la generalidad.

Concluimos que el acceso al recurso es una cuestión de legalidad ordinaria y garantía procesal, debatiéndose aún si constituye una garantía o un derecho fundamental la potestad del legislador de regular su admisibilidad. También consideramos razonable que el legislador regule y determine la modalidad para su admisión, facultad que en nuestro sistema procesal está prevista convencionalmente por el Pacto de San José y consagrada en nuestra Constitución -como ya hemos reseñado-.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, con carácter vinculante en nuestro sistema de fuente de primer orden, por Sentencia Número 0002/14; 0142/14; y 0358/16, consagró:

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a recurrir tiene rango constitucional. Su ejercicio está supeditado a la regulación que determine la ley para su presentación, puesto que corresponde al legislador configurar los límites en los cuales opera su ejercicio, fijando las condiciones de admisibilidad exigibles a las partes para su interposición, debiendo respetar su contenido esencial y el principio de razonabilidad que constituye el fundamento de validez de toda norma destinada a la regulación de derechos fundamentales. En este sentido, la jurisprudencia constitucional comparada ha dicho que ‘(...) es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos positivos y negativos que deben darse para su ejercicio (...).

En lo que concierne a la alegada violación al derecho a recurrir, lo primero que el Tribunal destaca es que se trata de un derecho que tiene rango constitucional, aunque es de configuración legal, lo cual implica que el Constituyente delegó en el legislador ordinario la regulación del mismo, facultad legislativa que debe desarrollar en

estricto apego a las previsiones consagradas en el artículo 74.2 de la Constitución de la República, texto según el cual: ‘Solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad (Sentencia Número 0002/14; 0142/14; y 0358/16).

### **3.4. POSICIÓN ACTUAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL ALCANCE A RECURRIR EL FALLO ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR**

En la primera edición de esta obra concluimos con el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance al derecho a recurrir el fallo previsto en el artículo 8.2.h, el cual consagró: “El recurso de casación era el medio adecuado a los efectos de satisfacer el cumplimiento de la garantía al derecho a recurrir”.

Sin embargo, la Corte Interamericana se apartó de su criterio en el caso *Herrera Ulloa Versus Costa Rica*,<sup>2</sup> ya que decidió por sentencia del 2004 dictar el siguiente precedente:

... se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado, debe ser un recurso ordinario, eficaz, mediante el cual un Juez o Tribunal Superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de este recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo... ‘no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos’... El derecho a recurrir del fallo ante un nuevo Tribunal Superior, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, implica varios elementos. En primer lugar, el Comité de Derechos Humanos, en su comentario general número 13, señaló que, en caso de apelación a Tribunales de Segunda Instancia es importante observar el procedimiento que lleva a cabo el tribunal

---

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Herrera Ulloa Versus Costa Rica*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Párrafo 161. Citando: Cfr. Caso *Baena Ricardo y otros*. Competencia, supra nota 115, párrafo 77; Caso *Maritza Urrutia*, supra nota 7, párr. 117; y Caso *Juan Humberto Sánchez*, supra nota 20, párrafo 121.

a fin de otorgar las garantías judiciales prevista en el 14 número 1 del Pacto. En segundo lugar, este derecho previsto en el artículo 8, inciso 2, párrafo h, de la Convención Americana, implica también la determinación de que es lo que se va a examinar o revisar por el Tribunal de Segunda Instancia, ya que tiene que haber una revisión plena tanto del derecho como de los hechos. El recurso de casación no constituye un recurso superior de conformidad con el artículo 8 de la Convención. Esto también lo ha dicho la Corte en el Caso Castillo Petruzzi y otros, en cuanto a las condiciones y los requisitos que debe cumplir un recurso de revisión.

Como advertimos, operó un cambio de criterio el cual compartimos por ser más garantista, al razonar la Corte: “El recurso que satisface la garantía al derecho a recurrir debe ser un recurso ordinario”. En nuestro sistema procesal el único recurso ordinario es la apelación.

Al examinar y analizar en el campo del derecho comparado del hemisferio, con fines de encontrar mecanismos de aceleración procesal y buscar que el proceso termine en un tiempo razonable, nos encontramos en modificaciones recientes de algunos sistemas jurídicos: la implemententación de la modalidad del recurso de apelación diferido, figura procesal del Código General del Proceso de Uruguay, Código Procesal de Perú, Código Procesal de Costa Rica y Código Procesal de Colombia.

#### **4. EL RECURSO DE APELACIÓN DIFERIDO**

Concluido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el recurso ordinario es el que asegura el derecho consagrado en el artículo 8.2.h., ya que con este se procura la revisión plena, tanto en el derecho como en los hechos.

Ante esta realidad, convendría analizar la posibilidad de introducir la modalidad de la apelación diferida en el proyecto de modificación de nuestro Código de Procedimiento Civil, pues se trata de una noción jurídica implementada exitosamente en otros sistemas procesales.

#### 4.1. NOCIÓN DEL RECURSO DIFERIDO

Con intención de presentar una idea básica de esta noción procesal, debemos comenzar con un concepto general del recurso de apelación. Conceptualizado en la doctrina, y derivado de la ley procesal, podemos expresar que el recurso de apelación es el mecanismo o la vía de derecho por la que una persona agraviada o lesionada en una sentencia, en la que ha sido parte o tercero, traslada el proceso a un tribunal superior jerárquico, con la finalidad de enmendar errores o vicios en los que pudo incurrir el juez *a-quo*, causándole agravio a una de las partes o a un tercero; recurso con el que se intenta modificar, revocar, anular o sustituir la sentencia por otra; ordinario, porque no requiere causales o supuestos legales, basta invocar un agravio y cumplir con los requisitos legales de forma y fondo para su admisión.

De acuerdo a su modalidad, podemos clasificarlo así en nuestro Código de Procedimiento Civil: a) Atendiendo al tiempo de su interposición, como principal e incidental; b) A los fines perseguidos, como general y parcial; y c) Por sus efectos, como suspensivo, devolutivo y con efecto diferido.

Aunque nuestro Código de Procedimiento Civil no lo regula expresamente, como en otros sistemas procesales, podemos deducir que en determinados presupuestos procesales se aplica la apelación sin efecto suspensivo, con calidad de diferido. En ese sentido, el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil dispone:

De los fallos preparatorios no podrá apelarse, sino después de la sentencia definitiva y conjuntamente con la apelación de esta; el término para interponer la apelación de los primeros comenzará a contarse desde el día de la notificación de la sentencia definitiva; esta apelación es admisible, aunque la sentencia preparatoria haya sido ejecutada sin reservas. La apelación de las sentencias interlocutoras y de los fallos que acuerden un pedimento provisional, se podrá interponer antes de recaer la sentencia definitiva.

Otra modalidad que manifiesta apelación con efecto diferido es, vía judicial, cuando el juez *a-quo* o en Primera Instancia se dispone dotar de una fórmula ejecutoria su sentencia; tiene efecto diferido, aunque puede ejercerse inmediatamente, pues se conocerá conjuntamente con el recurso de la apelación contra la sentencia definitiva del fondo de la demanda inicial. En consecuencia, la apelación diferida procede contra

sentencias incidentales dictadas en el curso de un proceso, modalidad que fue introducida en la reforma del Código Procesal Civil de Costa Rica, el cual dispuso que esta apelación tenga efecto diferido en los casos expresamente establecidos en la ley.

Bajo este contexto, el doctor Jorge López González, en el trabajo presentado ante el Instituto Costarricense de Derecho sobre la nueva figura procesal afirmó: “Lo que vengo diciendo solo encuentra explicación, si el tema se analiza en el contexto de un proceso influenciado por la oralidad y en el marco que ofrecen los principios de inmediación y concentración. Diferir la apelación solo tiene sentido para garantizar que no se afecten los principios de inmediación y concentración” (López González, J).

Es significativo mencionar que, con la incursión de la teoría del neoconstitucionalismo, a partir del período 1988-1989, a propósito del juicio llevado contra el expresidente Dr. Salvador Jorge Blanco, el abogado defensor, extinto Dr. Manuel Pellerano Herrera, por primera vez argumentó en su defensa el derecho a un debido proceso de ley. Posteriormente, la doctrina nacional enlazó con la ola de la constitucionalización de los procesos y, a partir de esos acontecimientos, los juzgadores del sistema judicial comenzaron -en su vocación de guardianes de la Constitución- a preservar la aplicación del debido proceso de ley. Luego, los juzgadores civilistas empezaron a implementar con mayor conciencia jurídica la inmediación, la oralidad y la concentración. El sistema escrito comenzó a menguar -y podemos afirmar, por nuestra experiencia jurisdiccional, que donde más aplica el sistema escrito es en la etapa procesal: fijación de audiencias, depósitos de medios documentales, escritos ampliados con la justificación de conclusiones-.

En ese mismo tenor, después de revisar y analizar el proceso civil en Iberoamérica, comprobamos que en los sistemas reseñados antes de sus recientes modificaciones reinaba el sistema escrito a ultranza; es decir, la inmediación, la oralidad y la concentración se concebían para el proceso penal, aunque por disposición convencional internacional se contemplaran dichas garantías a todos los procesos.

## **4.2. MODALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN DIFERIDO IMPLEMENTADO EN LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PROCESAL DE COSTA RICA**

El artículo 67.4 del Código Procesal Civil dispone:

Cuando la apelación de autos o de sentencias anticipadas se formulare en la audiencia de pruebas, no se suspenderá el procedimiento, salvo que la resolución apelada le ponga fin al proceso. Si el aspecto recurrido no tiene efectos suspensivos, la apelación se tendrá como interpuesta en forma diferida y condicionada a que la parte impugne la sentencia y reitere la apelación y a que el punto tenga trascendencia en la resolución final, en cuyo caso, será resuelto al conocer de la sentencia. Si la parte que interpuso el recurso no figura como apelante de la sentencia por haber resultado victoriosa, y con motivo de la procedencia del recurso de cualquier otro litigante, la objeción recobra interés, la apelación diferida deberá ser considerada.

El Código General del Proceso Uruguayo número 15982, aprobado por la Ley Número 15982, promulgada el 18/10/1998, dispone lo siguiente en el Artículo 25.1, inciso 3), y en el Artículo 25.2.3. Efectos:

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 260 respecto de la ejecución provisoria de las sentencias definitivas, el recurso de apelación se admite: 1) Con efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia del tribunal se suspende desde que quede firme la providencia que concede el recurso hasta que le es devuelto el expediente para el cumplimiento de lo resuelto en la instancia superior. No obstante, el tribunal inferior podrá seguir conociendo de los incidentes que se sustancien en pieza separada y de todo lo que refiera a la administración, custodia y conservación de bienes embargados o intervenidos judicialmente; así como en lo relativo a la seguridad y depósito de personas, siempre que la apelación no verse sobre esos puntos; 2) Sin efecto suspensivo, en cuyo caso y en la misma providencia en que se conceda el recurso, se señalarán las actuaciones que deben integrar la pieza separada que habrá de remitirse al superior. El tribunal superior, una vez recibida la pieza, podrá decidir en atención a las circunstancias del caso, si debe procederse o no a la suspensión del procedimiento principal o del cumplimiento de la providencia apelada. Cuando resuelva a suspensión, lo comunicará de inmediato al tribunal inferior por la vía más rápida disponible; y 3) Con efecto diferido, limitado a la simple



interposición del recurso, en cuyo caso y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva. La parte que no tuviere agravios respecto de la sentencia definitiva igualmente podrá fundar la apelación diferida, por vía principal, en el plazo de seis días o al evacuar el traslado de la apelación interpuesta por su contraparte contra la sentencia definitiva. En este último caso, el plazo del traslado de la apelación diferida será de seis días. Si la de apelación diferida es subsidiaria del recurso de reposición, este se tramitará y se resolverá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 246.4.

En tanto, el Código Procesal Civil de Perú, en su Artículo 368, Efectos, esgrime lo siguiente:

El recurso de apelación se concede:

- 1) Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. Sin perjuicio de la suspensión, el juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable; y
- 2) Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene incluso para el cumplimiento de esta. Al conceder la apelación, el juez precisará el efecto en que concede el recurso, y si es diferida en su caso.

Artículo 369. Apelación diferida. Además de los casos en que este Código lo disponga, de oficio o a pedido de parte, el juez puede ordenar que se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo, a fin de que sea resuelta por el superior, conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el Juez señale. La decisión motivada del juez es inimpugnable.

En el caso del Código Procesal de Colombia, en la sección sexta, capítulo 11, el artículo 354 (modificado por el Decreto 2282 de 1989, en los efectos en que se concede la apelación) dispone en los literales 2 y 3, del indicado artículo, los siguientes aspectos relacionados con la apelación diferida:

Se exceptúan las apelaciones concedidas en el efecto suspensivo contra autos que resuelvan incidentes, o trámites especiales que los sustituyen, las que suspenderán la competencia del inferior desde la ejecutoria de auto que la concede, como se dispone en el primer inciso.

2. En el efecto devolutivo. En este caso, no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.

3. El efecto diferido: En este caso, (no) se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el inferior en lo que no dependa necesariamente de ella.

En conclusión, dejamos la incursión de este instrumento legal, y su posible adecuación formal a nuestro sistema procesal, a la consideración y análisis del lector, sobre todo, reconociendo que nos encontramos en la etapa de modificación del Código de Procedimiento Civil, el cual se encuentra pernoctando en el Congreso Nacional y su letargo en el tiempo debe ser revisado antes de su modificación.

En otro orden, reconociendo el papel de la jurisprudencia, como fuente indirecta del derecho consciente de su rol en la trayectoria histórica en su evolución, recomendamos: permitir a los operadores judiciales de Primera Instancia que puedan ser protagonistas de su incursión formal en nuestro sistema procesal, motivados por la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso de ley; dotar de fórmulas ejecutorias a las sentencias incidentales, con la idea de que los procesos no se conviertan en interminables; y propiciar que estos procesos culminen en un tiempo razonable, para combatir la mora judicial, el cual es un mal que afronta la mayoría de nuestros sistemas jurídicos. Esta práctica contribuirá a implementar el recurso de apelación diferido.

A modo de ejemplo, aunque no aplica en el recurso diferido de apelación, por tratarse de una decisión emanada por la Corte Civil del Departamento Judicial de La Vega, se sienta un precedente con el fin de garantizar la economía procesal de dotar de fórmulas ejecutorias las sentencias incidentales, cuyo efecto es una modalidad del recurso con efecto diferido, al razonar y argumentar lo siguiente, a través de la Sentencia Civil Número 43, del 30 de septiembre de 2014:

CONSIDERANDO: que el espíritu de la Ley N.º 491-08 del 19 de diciembre de 2008, que modificó la Ley 3726 del 29 de diciembre del

1943, persigue: PRIMERO: descongestionar de recursos de casación la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia; SEGUNDO: en acortar los procesos, cuya sentencia no tenga una condenación superior a los 200 salarios mínimos, modificación que está legitimada en el poder reconocido al legislador de diseñar las políticas procesales, que los motivos de supresión del recurso de casación para algunos casos toma como argumento basal el aspecto cuantitativo del proceso fijado por sentencia y no el carácter cualitativo de la decisión; CONSIDERANDO: que vista la función dinámica de la modificación a la ley de casación, que procura evitar mora judicial, la lentitud del proceso y el costo excesivo de un proceso que se prolonga irracionalmente en el tiempo, les produciría un efecto adverso a los motivos que la inspiraron, pues se erigiría en retransacción procesal que terminaría ahogando el derecho discutido si no se permitiera al juez de apelación dotar de una fórmula ejecutoria aquellas decisiones incidentales que por su naturaleza ameriten de pronta ejecución, para hacer más ágil el trámite en el curso de la instancia, que por demás permita sin reserva que un litigante presente incidentes que generen sentencia cuya suspensión sea automática, es poner en manos de los litigantes un poder que no tendría límites sobre la marcha de la instancia, atentando peligrosamente contra los intereses que se juzgan en el proceso; CONSIDERANDO: que los principios procesales pretenden explicar de forma didáctica el proceso, cuya comprensión se centra en la necesidad de resolver los conflictos de las personas de forma metodológica, discusión que debe ser ordenada y sometida para su conclusión a un plazo razonable, (...) CONSIDERANDO: que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha juzgado que toda persona tiene el derecho a un juicio simple, claro, rápido y que amerite un fallo dentro de un plazo razonable, que a ese efecto por su decisión del 26 de septiembre de 2006, dijo que los principios que gobiernan la administración de justicia civil, que vinculan y obligan a todos los Estados miembros y que resultan atinentes a la condición del juez, como imparciales e independientes a la partes a quienes se le ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; al procedimiento, el *-fair trial-* o debido proceso que ha de ser simple claro y rápido para ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo que en ese mismo orden sentencia: que si un Estado ha ratificado la C.A.D.H., sus jueces como partes del aparato del Estado, también está sometido a ella, lo que lo obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean normados por la aplicación de leyes contrarias a

su objeto y fin, y que desde su inicio, carecen de efectos jurídicos; en otras palabras la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga, sin excusa, al Poder Judicial a ejercer un control de convencionalidad a las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos; en este sentido, dispone: CUARTO: declara la presente sentencia ejecutoria no obstante cualquier recurso acción o impugnación que contra la misma sea incoada por ser compatible con la naturaleza del asunto juzgado.





# **CAPÍTULO XI**

## **EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO DERECHO INTERNO Y CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS “RECURSOS” SUPRANACIONALMENTE RECONOCIDOS**

**Francisco Javier Pereda Gámez**





# CAPÍTULO XI

## EL DERECHO A LOS RECURSOS COMO DERECHO INTERNO Y CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS “RECURSOS” SUPRANACIONALMENTE RECONOCIDOS

Francisco Javier Pereda Gámez

### INTRODUCCIÓN

Este texto se relaciona con la ponencia relativa a la actualización del curso sobre “La constitucionalización del proceso civil (Estudio nacional e internacional de los principios constitucionales en el proceso civil)”, desarrollado por consultores dominicanos y españoles para el Aula Abierta de la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana.

El eje fundamental de ese curso fue el estudio de los principios constitucionales establecidos en torno a la tutela judicial efectiva en el proceso civil, el análisis de los denominados principios procesales “constitucionalizados” (el derecho a un proceso “con todas las garantías” y con igualdad de armas: contradicción, publicidad, audiencia y defensa). Es el proceso civil en sí mismo, en su entronque constitucional, lo que se estudió básicamente en ese curso, de manera que el proceso, el “espacio” procesal, interesa fundamentalmente como punto de encuentro entre los particulares y el poder del Estado, como instrumento de protección de los derechos fundamentales de las personas y como conjunto de reglas básicas desde la perspectiva fundamental del derecho a la igualdad y la exigencia de un proceso justo.

El contenido de esta ponencia se refirió al “derecho a los recursos”. En tal contexto, hablar del derecho a los recursos, como derecho constitucionalmente protegido, parecería un tema marginal que completaría la exposición nuclear sobre la constitucionalización del proceso civil. Una vez recogido el derecho al recurso en los textos procesales ordinarios y no en la Constitución, se diría, el derecho a los recursos no es un derecho constitucional, sino un derecho procesal ordinario, de configuración legal, que puede existir o no según lo disponga el legislador ordinario y en las condiciones que este determine. En efecto, una primaria concepción verá en el sistema de recursos tan

solo un mecanismo de corrección de errores del juez inferior, o un sistema de satisfacción del derecho “vindicante” de los particulares, o acaso un medio para el control interno de la jurisdicción y la unificación jurisprudencial o, en fin, un método para la perfeccionabilidad del fallo (por citar las cuatro teorías procesalistas de mayor predicamento).

Pero tal enfoque no alcanza a comprender el alto sentido constitucional y supranacional del Derecho a los recursos, que va más allá de su expresa mención en el texto constitucional y de la configuración que le haya querido otorgar el legislador procesal.

En primer lugar, la constitucionalización del proceso alcanza también a la segunda instancia y a los recursos extraordinarios. Es cierto que dicha constitucionalización y, en concreto, la tutela judicial efectiva en su razón primaria se “vive” y desarrolla fundamentalmente en la primera instancia: el acceso al proceso, la contradicción, la igualdad de armas, el efectivo ejercicio de la defensa y las demás reflexiones constitucionales del proceso civil se hacen evidentes en el contencioso de base, de manera que las sucesivas etapas de control y las reflexiones sobre el sistema de “recursos” parecerían más alejadas de la reflexión constitucional sobre el proceso. Sin embargo, la interpretación sobre el alcance del “derecho a los recursos” no puede ser ajena a los principios constitucionales, de manera que también en las sucesivas instancias se debe respetar las garantías de la primera fase del proceso.

En este sentido es aplicable todo lo referido en este curso sobre constitucionalización del proceso civil, para las fases de apelación y casación, en la medida que sea compatible con su propia naturaleza (control judicial de adecuación constitucional, principios constitucionales rectores del proceso y derecho a la prueba) y principios similares rijan en los procesos revisores constitucionales (recurso de amparo y cuestión de inconstitucionalidad) y supranacionales (cuestión prejudicial y procedimientos ante diversos organismos internacionales).

En segundo lugar, el derecho a los recursos ha dado lugar a una rica jurisprudencia constitucional, básicamente como un derecho de configuración legal, pero que ha de respetar los compromisos internacionales, y la posible revisión externa de las sentencias dictadas en España viene reconocida en diversos textos internacionales, tratados y convenios suscritos por nuestro país y por otros países, en un entorno supranacional y regional de enorme alcance. En el ámbito supranacional, existe un derecho a los recursos derivado de la cesión de soberanía, un

derecho “internacional” o “supranacional” a los recursos, establecido en convenios o tratados internacionales. La cesión de soberanía a la Unión Europea, la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el reconocimiento de mecanismos de justicia universal supone el desarrollo del “derecho a los recursos” más allá de nuestras fronteras. Iniciaremos, pues, este trabajo con una breve reseña sobre los recursos de apelación, casación e infracción procesal en España, para situar la cuestión. Analizaremos, después, la perspectiva constitucional. Desde el punto de vista constitucional, la cuestión fundamental que se plantea sobre el derecho a los recursos es el de su propia justificación constitucional. ¿Existe un derecho constitucional a recurrir, aunque no lo recoja expresamente la Carta Magna? Por esto, es necesario estudiar si el derecho a los recursos está previsto en nuestra Constitución (como parte y efecto de la tutela judicial efectiva) y cuál ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional español en desarrollo del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE) en relación específica al derecho a los recursos, como modo de obtener una respuesta judicial efectiva a los derechos de los ciudadanos.

Veremos la doctrina constitucional española sobre el derecho a los recursos, especialmente a los recursos de apelación y casación, y sus relaciones con el artículo 24 CE y con los convenios internacionales. Después de intentar responder a esta pregunta (que ha dado lugar a una nutrida interpretación del Tribunal Constitucional español y que, avanzamos, tiene respuesta negativa, en España), aquí acabaría nuestro trabajo si no fuera que el derecho a los recursos tiene un alcance propio en los Convenios internacionales suscritos por los Estados. La internacionalización de los sistemas jurídicos hace preciso analizar si el derecho a la Doble Instancia y a los recursos en general tiene, en lo civil, fundamento específico en Convenios Internacionales o si tales convenios regulan “recursos” específicos contra resoluciones de autoridades jurisdiccionales españolas.

La mundialización de la vida política y económica y la aparición de entes soberanos supranacionales (la Unión Europea, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos) ha supuesto la introducción de mecanismos de control, “recursos” en sentido lato, que, si bien en algún caso tiene por sujeto al Estado infractor, no deja de surtir efectos respecto a los particulares que han sido objeto de una condena por las autoridades judiciales de ese Estado. Este enfoque supone analizar el alcance de los Convenios internacionales firmados por España, que forman parte del ordenamiento jurídico interno por imperativo

constitucional (artículo 96.1 CE), y en especial el derecho a un proceso equitativo y el derecho a un recurso judicial efectivo. La condena del Estado infractor supone el intento de satisfacer a los justiciables, con afectación directa o indirecta de las sentencias internas.

En otra línea argumental complementaria, no podemos obviar los “recursos” que el propio ordenamiento jurídico facilita a los jueces y tribunales para garantizar la correcta aplicación del derecho, de modo que los mecanismos de planteamiento de cuestiones interpretativas vinculantes entrarían en este apartado. La cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial son dos mecanismos que han experimentado un notable desarrollo en los últimos años y a los que dedicaremos atención.

## **1. ASPECTOS DE LEGISLACIÓN ORDINARIA**

Para empezar, es conveniente destacar los rasgos generales de los principales recursos en el ordenamiento jurídico español, recursos de alcance similar a los de otros ordenamientos de nuestro entorno cultural y sobre los que deben volcarse los principios y reflexiones que después desarrollaremos. No se trata de una exposición sistemática y completa del sistema de recursos, sino del recordatorio de los trazos fundamentales de los recursos de apelación, casación e infracción procesal como los más genuinos instrumentos para el control de la legalidad y de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales.

Los recursos y medios de impugnación frente a una resolución judicial (remedios, recursos, acciones impugnativas autónomas u oposición a resoluciones provisionales) son los propios de cada ordenamiento jurídico, aunque deberán respetar, para cada trámite, los principios constitucionales referidos al proceso y los compromisos contenidos en los convenios internacionales. En la interposición, admisión, tramitación y resolución de los recursos ordinarios o extraordinarios, devolutivos o no devolutivos deberemos estar atentos a que se respeten la Ley procesal, así como los derechos reconocidos en la Constitución y también los Convenios internacionales.

Un recurso se entiende, en su sentido más propio, como un remedio frente a una resolución judicial, que se presenta ante un órgano jerárquicamente superior (*tribunal ad quem*), como continuación del mismo procedimiento, con efecto suspensivo o no pero siempre con

efecto devolutivo y que tiene por objetivo revocar en todo o en parte el pronunciamiento inicial.

La exigencia de legitimación, interés y gravamen es predicable de todo recurso. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha optado por la ampliación de la legitimación activa procesal, de manera que puede recurrir no solo las partes titulares de la relación jurídica litigiosa, sino todos los titulares de un interés legítimo, entendiendo que el “interés legítimo” resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 172/2006, 74/200 y 560/1982). El gravamen es exigible en todo caso: solo se puede recurrir si la resolución inicial ha sido contraria a los intereses del recurrente, porque quien tiene sentencia a su favor no está legitimado para recurrir, no siendo objeto de recurso la argumentación jurídica, sino la parte dispositiva (Carrasco).<sup>1</sup> El cumplimiento de los requisitos formales es distinto en cada supuesto, como vamos a ver.

La decisión sobre la admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar a los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE, sin que del artículo 24.1 CE dimane un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo del recurso interpuesto, que puede ser inadmitido sin tacha constitucional alguna, por razones formales o de fondo (SSTC 252/2004, 248/2005 y 27/2009, entre otras).

## **1.1. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La legitimación para apelar corresponde a la(s) parte(s) que se ha(n) visto perjudicada(s) por la resolución judicial. En la misma medida que el interés es la medida de la acción, el agravio es la medida de la apelación; de manera que, la ausencia de gravamen ante el decisorio recaído implica el cierre de la instancia revisora.

Es este el cauce hábil y habitual tanto para el control de los errores de hecho, como de derecho, sean estos procesales o sustantivos. Se trata

---

1 En contra, y sobre la posibilidad de apelar por los argumentos, si producen perjuicio, véase: Carrasco, Y. (2012). *Legitimación, gravamen y recurso de apelación-perplejidades de quien ostenta calidad de ganador*. Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Azul, Argentina.

de un recurso ordinario, devolutivo, esencialmente escrito (en España), de alcance universal (no hay motivos tasados), pero existe una regla de “*minimis*” que impide el recurso, una cantidad mínima respecto a la que se veta la apelación (3,000 euros, en juicio verbal seguido por razón de la cuantía, artículo 455.1 LEC).

La competencia para la resolución del recurso de apelación corresponde a la Audiencia Provincial, salvo las apelaciones contra resoluciones de los Jueces de Paz. La apelación permite un examen completo de las actuaciones y de las pruebas, ampliable a las pruebas propuestas, admitidas y practicadas en fase de apelación.

La apelación se rige por los principios de limitación (“*tantum apel. latum quantum devolutum*”), perpetuación (“*pendenteapel.latione nihil innovetur*”) y proscripción de perjuicio (prohibición de la “*reformatio in peius*”). El primero supone, como es sabido, que el objeto procesal se limita en apelación a los extremos que el apelante impugna de la resolución de instancia, de manera que los extremos no impugnados devienen firmes. El segundo significa que, salvo excepciones, el objeto del recurso no admite ser modificado con alegaciones complementarias o hechos nuevos en fase de recurso. El tercero implica que en ningún caso el apelante puede verse perjudicado de manera que no solo se le desestime el recurso, sino que además se incremente el alcance de la condena de instancia que el apelado toleró.

La substanciación se divide en las siguientes fases: a) Preparación del recurso, en nuestro ordenamiento mediante anuncio ante el juez de instancia; b) Interposición del mismo, por escrito, según nuestras reglas procesales, presentado ante el mismo juez, con traslado de parte contraria; c) Remisión de los autos al órgano superior para su tramitación y resolución; d) Admisión de pruebas, si procede, en la segunda instancia; y e) Vista (optativa en nuestro sistema), deliberación y fallo.

## **1.2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

Es heredero del antiguo recurso de nulidad y del recurso de injusticia notoria de la LEC de 1851 y también del recurso de casación por quebrantamiento de forma de la LEC de 1881. En algunos supuestos, este nuevo recurso por infracción procesal es incompatible con el nuevo recurso de casación, de manera que la parte perjudicada debe escoger

entre ambos recursos, lo que parece implicar una desconfianza del legislador sobre la posible alegación de defectos procesales en casación. Se pueden plantear ambos recursos a la vez, pero según las reglas de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento, en algunos casos, si no cabe casación decae el recurso por infracción procesal, y si se aprecia tal infracción ya no es preciso analizar la casación.

Por este trámite son recurribles las resoluciones dictadas en Segunda Instancia por las Audiencias Provinciales que infrinjan normas de procedimiento, y el recurso será competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Con carácter transitorio se ha hecho cargo la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final Decimosexta de la LEC, transitoriedad que viene durando ya cerca de 20 años.

Los motivos del recurso son, según el artículo 469 LEC: a) Infracción de las normas procesales sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional; b) Infracción de normas que regulan la sentencia (carga de la prueba, exhaustividad y congruencia, reserva de liquidación, condenas de futuro y acciones colectivas); c) Infracción de normas procesales que regulan actos y garantías causando nulidad o indefensión; y d) Vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE.

Como se puede ver, este recurso es el medio paradigmático de control de los excesos en el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, en calidad de mecanismo de control del Poder Judicial tiene un claro alcance constitucional. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las garantías del artículo 24 CE es aquí aplicable; y, sin ánimo de ser exhaustivos, citamos a continuación los aspectos más destacados de esa doctrina, en torno a la tutela judicial efectiva como concepto “poliédrico”:

- a) El emplazamiento eficaz;
- b) El carácter supletorio y formal del emplazamiento edictal;
- c) El principio de igualdad y la audiencia bilateral;
- d) El derecho a utilizar los medios de prueba;
- e) El deber de motivación y la congruencia;
- f) La evitación de interpretaciones rigoristas y el principio de subsanabilidad;
- g) La evitación de las dilaciones indebidas;
- h) La intangibilidad de las resoluciones judiciales;
- i) El Derecho a los recursos;

- j) El respeto del precedente; y
- k) La intermediación, concentración y audiencia.

Estos aspectos son los llamados a integrar el contenido doctrinal de los recursos extraordinarios por infracción procesal. La mayor parte de estos temas han sido tratados en otros apartados del curso referido en la “Introducción”.

### **1.3. EL RECURSO DE CASACIÓN**

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 ha dado al recurso de casación su genuino carácter de recurso “in iudicando”, por infracción de ley o por doctrina legal, dejando para el recurso por infracción procesal el control de los vicios “in procedendo”.

Son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en materia de derechos fundamentales (excepto por el artículo 24 CE), aquellas de cuantías superiores a los 600,000 euros y las resoluciones de menor cuantía pero con “interés casacional”, es decir, las que se opongan a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o que apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe un interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

La competencia general para entender del recurso de casación corresponde al Tribunal Supremo. No obstante, los Tribunales Superiores de Justicia entenderán cuando los recursos se funden exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad; y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto la atribución. Los motivos deben basarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.



El importante acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Junta General el 12 de diciembre de 2000, mostraba las nuevas orientaciones en la admisión y tramitación de este recurso. El más reciente Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario, por infracción procesal del Pleno no jurisdiccional del 27 de enero de 2017, especifica la interpretación de que son resoluciones recurribles y no recurribles, así como las causas de su inadmisión.

La substanciación del recurso se desarrolla en las siguientes fases: a) Preparación del recurso, ante la Audiencia Provincial; b) Interposición del mismo; c) Remisión de los autos al tribunal que debe resolverlo; d) Decisión sobre admisión o no del recurso de casación (existiendo un elenco de causas de inadmisión en el artículo 483.2 LEC); e) Traslado a las partes personadas; y f) Sentencia. Existe, además, en el ordenamiento jurídico español, un recurso en interés de ley para la unidad de doctrina jurisprudencial (artículos 490 y ss. LEC).

## **2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL DERECHO A LOS RECURSOS**

Un sector importante de la doctrina venía defendiendo el reconocimiento del derecho a la apelación como un derecho fundamental (a título de ejemplo Ramos Méndez).<sup>2</sup> El derecho al recurso sería una garantía universal “tan antigua como la propia humanidad” (con cita de la “provocatio ad populum” del Derecho romano) y de indudable necesidad para garantizar los Derechos Humanos de los ciudadanos.

Ciertamente, la regla de Doble Instancia se configura como regla general en los países de nuestro entorno, con una previsión constitucional, en el ordenamiento jurídico alemán, aunque no constitucionalizada en el resto de los países. Por tal razón, el intérprete debe completar las referencias procesales sobre el Derecho a los recursos con la doctrina constitucional e internacional. En España pasa ineludiblemente por el estudio del artículo 24 de la Constitución española que establece que:

“1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

---

2 Por ello, se dice que es ocioso plantearse un derecho “constitucional” a los recursos (Ramos Méndez, *El proces*, 10).

Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; a la defensa y a la asistencia de letrado; a ser informados de la acusación formulada contra ellos; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; a no declarar contra sí mismos; a no confesarse culpables; y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Vemos, por tanto, y como ya dijimos, que el derecho a los recursos no está constitucionalizado de forma expresa, sino que está comprendido en las nociones generales de tutela judicial efectiva, en concreto en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en la prohibición de la indefensión y en el alcance de “todas las garantías” del proceso. Responde así al sistema de cláusula constitucional “abierta” de la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno. Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, ha dado lugar de forma especial a una rica jurisprudencia sobre el derecho de acceso a los recursos. Este se constitucionaliza en razón del derecho a un proceso con todas las garantías.

El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE, es un derecho fundamental de contenido complejo, cuyas vertientes o manifestaciones ha ido delimitando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Una de esas vertientes es el derecho de acceso a los recursos previstos en la ley, derecho cuya configuración, salvo en lo que se refiere al proceso penal, pertenece al ámbito de libertad del legislador ordinario, tal y como ha proclamado de forma reiterada la doctrina jurisprudencial constitucional desde la STC (Pleno) 37/1995, del 7 de febrero. En esta se declara con rotundidad que “el derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos. El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé a cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible

y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal” (Bellido Penades).<sup>3</sup>

En la STC (Pleno) 119/1998, del 4 de junio, se dice que “no es posible imponer en los casos en los que existe ya un pronunciamiento en la instancia una concreta interpretación de la norma procesal que permita el acceso al recurso (...). La decisión sobre su admisión o no, y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto, constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria”.

Sin embargo, la doctrina, aunque considera razonables las nociones mediante las que se define el canon de control constitucional de las resoluciones judiciales sobre el acceso al recurso (arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente), predica que se debería recuperar la idea de que la razonabilidad de la interpretación de una determinada norma o regulación legal, también de la que configura los requisitos de los recursos judiciales, no puede prescindir del análisis de la finalidad perseguida por la norma al establecer los requisitos de los recursos. Por tanto, la irrazonabilidad debe apreciarse cuando la interpretación realizada esté en abierta contradicción con dicha finalidad (artículo 3.1 C.C.) y las normas que contienen los requisitos formales para acceder a los recursos se interpreten evitando cualquier exceso formalista atendiendo a la construcción del canon de control constitucional de las resoluciones judiciales sobre el acceso al recurso sin prescindir del principio de proporcionalidad, que es el que impera en materia de limitación de derechos fundamentales, y que rige (Bellido Penades).<sup>4</sup>

La doctrina del Tribunal Constitucional se desarrolla conforme a los siguientes vectores:

#### **a) Alcance constitucional del derecho a los recursos**

El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, tiene un alcance constitucionalmente diferente del acceso a la jurisdicción. Mientras este viene otorgado por la Constitución misma, el Derecho a los recursos es mero corolario del derecho de acceso jurisdiccional y viene otorgado por la ley ordinaria. El principio “pro actione” no opera, así, con la misma

<sup>3</sup> Vid. comentario de Bellido Penadés, R.: “El derecho”.

<sup>4</sup> Bellido Penadés, R. (2019). *El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español a la luz de la CE y del CEDH*. Diario La Ley 240/2019.

intensidad. Por tanto, cuando se alega ante el Tribunal Constitucional el Derecho de acceso a los recursos, el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando así toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas' (SSTC 253/2007, 33/2008, 176/2017 y 149/2015).

El control del Tribunal Constitucional tiene diverso alcance según las normas actúen como impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción o simplemente como limitadoras de un recurso (SSTC 176/1997, 138/1995); mientras que, el incumplimiento de las primeras puede eliminar el derecho de someter el caso a un juez, el incumplimiento de las segundas solamente privaría de la revisión de la respuesta judicial ya pronunciada en la sentencia de instancia, quedando satisfecho el núcleo fundamental del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE (STC 255/1993).

En el mismo sentido, el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (STC 37/1995 y 58/1995). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma que imponga la necesidad de la Doble Instancia o de unos determinados recursos, siendo posible, en abstracto, su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos (STC 140/1985, 37/1988, 106/1988 y 138/1995), perteneciendo todo ello al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983) o, en otras palabras, siendo un derecho de prestación de configuración legal (SSTC 182/2006, 35/2011, 109/1987 y 115/2017).

En otro sentido, el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que incorpora como elemento esencial el de obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, aunque también se satisface con una decisión de inadmisión, por razones formales o materiales, siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. Esto implica, en virtud del artículo 117.3 CE, que la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas para la admisión de los recursos, como materia de legalidad ordinaria, está reservada a los jueces y tribunales, salvo que sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, resulte manifiestamente no razonada o

irrazonable, o incurra en un error patente (SSTC 182/2006, 35/2011y 7/2015, entre otras).

Sin embargo, una vez el legislador ha previsto un determinado medio de impugnación el derecho a su utilización forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 100/1995), de manera que a la hora de interpretar los requisitos de admisibilidad de los recursos debe evitarse la conversión de cualquier irregularidad procesal en un obstáculo insalvable para la continuación del proceso y, en consecuencia, para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa (STC 69/1984, 90/1986 y 37/1995).

#### **b) El canon de constitucionalidad que opera en el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos (artículo 24.1 CE)**

No coincide con un control de corrección jurídica en la interpretación de la norma, pues los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE (también el derecho de acceso a los recursos) no garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, ya que no existe un derecho al acierto judicial, ni tampoco asegura la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes.

#### **c) La apreciación de cuándo concurre legitimación activa para recurrir**

Es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales ex artículo 117.3 CE (por todas, SSTC 252/2000 y 358/2006), si bien estos últimos quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no solo de manera razonable y razonada, sino en sentido amplio y no restrictivo. Esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 220/2001, 3/2004, 73/2004 y 73/2006).

#### **d) Derecho a los recursos y subsanación de defectos**

La doctrina sobre la evitación de formalismos enervantes para la efectividad de los derechos procesales y sobre la subsanabilidad de los

defectos procesales ha sido profusa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ha dicho que los órganos judiciales están obligados a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho que consagra el artículo 24.1 de la Constitución (STC 90/1986), evitando la imposición de formalismos enervantes, contrarios al espíritu y la finalidad de la norma y el convertir cualquier irregularidad formal en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, al margen de la función y sentido de la razón y finalidad que inspira la existencia del requisito procesal (SSTC 69/1984, 90/1986 y 31/1992).

Esto significa que, al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales (también los recursos), el órgano judicial está obligado a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción del cierre del proceso y del acceso a la justicia que pueda derivar de esto.

En particular y para el régimen de recursos, se han pronunciado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre diversos supuestos de posible subsanación de defectos. He aquí algunos de ellos, a título de ejemplo:

**i) Consignación de rentas en recursos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos**

En relación, especialmente, con el artículo 148.2 de la LAU de 1964, la doctrina del Tribunal Constitucional sostuvo que el pago o consignación de las rentas que el artículo 148.2 de la LAU de 1964 exigía para utilizar los recursos contra las resoluciones que llevaban aparejado el lanzamiento, no constituía un mero requisito formal, sino una exigencia esencial para el acceso a la substanciación de los recursos. Su finalidad era asegurar los intereses del arrendador, evitando que se instrumentalice el proceso como una maniobra dilatoria, cumpliendo por tanto con una función de equilibrio (STC 344/1993).

Sin embargo, una interpretación automática y rigurosa que llevara a considerar inescindible la exigencia del pago o consignación de las rentas y la simple acreditación de tal pago, no es conforme a la Constitución. La falta de prueba o acreditación del pago, al constituir un defecto subsanable, solo podía fundar una resolución de inadmisión del recurso previa la concesión de un plazo para su subsanación sin que se hubiera cumplido el requisito (STC 1578/1985 y 100/1995). Pero, distinguiendo el aspecto formal y el

sustantivo, el pago o consignación de las rentas vencidas antes de interponer la apelación contra la sentencia de desahucio es inexcusable para la admisión del recurso y no puede ser calificado un mero requisito formal, sino como una exigencia sustantiva o esencial para el acceso a los recursos en este tipo de procesos, por lo que no es posible proceder a subsanarlo (STC 26/1996).

**ii) La presentación de recurso de apelación por Procurador no habilitado**

Lo estaba para actuar en el Partido Judicial de instancia, pero no en la sede de la Audiencia Provincial. Esto no puede considerarse como una negligencia merecedora de la grave sanción de inadmisión del recurso de apelación; se ha de considerar como un defecto subsanable al igual que cuando falta la intervención de Procurador siendo preceptiva (STC 176/1988), cuando falta la documentación del poder del Procurador (STC 133/1991) o cuando no consta la designación de un domicilio para notificaciones en la ciudad sede de la Audiencia (STC149/1996), situación ya superada por la LEC de 2000.

**iii) La falta de habilitación del Abogado**

Para ejercer en determinado ámbito colegial ha sido considerado también defecto subsanable, tanto en instancia como en contexto de recurso (apelación, casación), actuando en estos casos el Tribunal Constitucional como garante del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 43/1991, 209/1996) y reponiendo las actuaciones al momento en que se produjo la falta.

Hay que diferenciar, por otra parte, a efectos de una asistencia real y efectiva, entre los supuestos en que el letrado es nombrado de oficio y aquellos en los que el letrado lo es por libre designación. La inexistente confianza que se da en los supuestos de designación de oficio motiva un especial cuidado y protección de los particulares que se ven disminuidos en sus posibilidades de defensa efectiva. En tal caso, los Tribunales deben utilizar criterios interpretativos favorables al acceso a los recursos evitando incurrir en interpretaciones rigoristas (STC 91/1994).

**iv) Automatismo de los plazos**

El derecho fundamental de acceso a los recursos legalmente establecidos no permite concluir que exista una prorrogabilidad arbitraria de los plazos ni que estos puedan quedar al arbitrio

de las partes, porque el automatismo de los plazos es una necesidad para una recta tramitación de los procesos; y ninguna circunstancia puramente subjetiva puede ser tenida en cuenta como motivos de derogación de los mismos (STC 1/1989).

El riguroso cumplimiento de los presupuestos temporales no posee un significado distinto de otras condiciones jurídicas y no les cabe a los tribunales la posible suavización o matización del rigor legal; ni en la confrontación con el principio de justicia pueden alterarse los requisitos previstos, pues padecería la seguridad jurídica, que constituye un valor fundamental en la ordenación de las relaciones sociales (STC 13/1984).

**v) La aplicación razonada y no arbitraria de una causa de inadmisión**

Prevista en la Ley, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 37 y 149/1995), aunque sea razonada en la sentencia final, por no haberse apreciado en el trámite de admisión del recurso. Las causas de inadmisión pueden convertirse razonablemente en causas de desestimación sin afectación del derecho a los recursos.

**vi) Derecho de acceso a los recursos y recurso de casación**

El principio hermenéutico *pro actione* únicamente despliega su plena potencialidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera respuesta de los órganos judiciales a la pretensión deducida por quien acude a ellos en demanda de justicia, pero no cuando lo que se solicita es la revisión de dicha respuesta; supuesto en el cual no es constitucionalmente exigible la interpretación legal más favorable para la admisión del recurso (por todas, sintetizando la precedente doctrina, SSTC 195/2007, 329/2006, 256/2006 y 250/2007).

Son varios los pronunciamientos del Tribunal Constitucional concretos sobre el recurso de casación:

El recurso de casación está sometido a requisitos o condicionamientos predeterminados por normas cuya interpretación, al ser de legalidad ordinaria, corresponde a los Tribunales de Justicia ordinarios y no al Tribunal Constitucional. Dada la función complementaria que el sistema de fuentes del artículo 1.6 del Código civil reconoce a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene la casación un carácter especialmente restrictivo y exigente (STC 6/1989). De manera tal que, el recurso



de casación sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma, alejándole de cualquier semejanza con la Tercera Instancia (STS del 3 de junio de 1998, R. A. 3756).

El legislador es libre de determinar los supuestos en que procede el recurso de casación; así como, de limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación. Sin embargo, es contrario al derecho a la tutela judicial negar el acceso a dicha vía de recurso en atención a una causa legalmente inexistente o en aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas de inadmisión (STC 7/1989).

La vulneración constitucional sí podría tener lugar cuando la interpretación de un motivo de casación y su aplicación al caso concreto sean injustificadas o arbitrarias (STC 115/1990 y 177/19910), pero la admisibilidad de los recursos, la doctrina favorable a dicho acceso (STC 116/1990), nunca puede conducir a la apertura de la casación a una resolución que el legislador no ha declarado susceptible de tan extraordinario remedio.

#### **vii) Derecho de acceso a los recursos y deber de motivación**

No cabe entender transgredida la exigencia constitucional del deber de motivación, ni por tanto vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la “ratio” de la decisión se encuentra en las propias facultades que el ordenamiento procesal aplicable confiere al órgano jurisdiccional (ATS del 9 de junio de 1998, R.A. 5323). La apreciación de una causa de inadmisión del recurso prevista en la Ley, de manera razonada y no arbitraria, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 149/1995), pero sí lo hace si no está razonada (STC 35/2011).

Respecto al propio recurso de amparo constitucional, son discutidas las limitaciones introducidas en el régimen de admisión a trámite del recurso de amparo por la LO 6/2007, del 24 de mayo, que modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. La reforma plantea de nuevo la cuestión del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, ahora en la perspectiva de la justicia constitucional. El núcleo vertebral de la reforma consiste en la introducción como nuevo requisito de admisión del recurso de amparo del requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso.

Por tanto, el recurso de amparo sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, pero si antes solo se podía inadmitir por carencia manifiesta de contenido (artículo 50.1 c) LOTC anterior a la reforma), ahora la violación de un derecho fundamental consagrado en la Constitución española ya no es motivo suficiente para su admisión, sino que se exige también que el recurso presente “especial trascendencia constitucional”. En ese sentido, es clara la restricción y la cláusula abierta que se concede al Tribunal Constitucional para elegir los casos a estudiar.

La Ley Orgánica 6/2007 ofreció unos iniciales criterios orientadores que auxiliaran al justiciable en la determinación de este requisito, al establecer que la concurrencia de una especial trascendencia constitucional “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia; y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (artículo 50.1 b) LOTC)”. Estos criterios legales son suficientemente amplios como para dotar de un vasto margen de apreciación al TC, margen de libertad interpretativa que este ha tratado de reducir de modo provisional en aras de una mayor seguridad jurídica en la STC 155/2009 (Bellido Penades).<sup>5</sup> La legitimidad de la reforma legal del recurso de amparo de 2007, desde la perspectiva del artículo 6.1 CEDH, ha sido analizada en buena medida en la STEDH del 20 de enero de 2015 (caso Arribas Antón c. España).

Dice la Corte que “el art. 6 del Convenio no obliga a los Estados Contratantes a crear tribunales de apelación o de casación y, menos aún, tribunales competentes en materia de amparo”. Por otra parte, se reitera su doctrina relativa a la legitimidad de un mayor formalismo en la regulación de la admisión a trámite de determinados recursos, como la casación o el amparo, respecto del segundo, dada la “especificidad del rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en tanto que la jurisdicción dé protección de los derechos fundamentales” (ap. 50). Dada la libertad de la configuración legal, entiende que no es desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional el que se limiten las causas de admisión.

---

5 Bellido Penadés, R. (2019). *El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español a la luz de la CE y del CEDH*. Diario La Ley 240/2019.

Pero en la STEDH del 13 de octubre de 2009 (Caso Ferré Gisbert c. España), el TEDH aprecia lesión del derecho a un tribunal, con ocasión de la inadmisión de un recurso de amparo basada en una supuesta extemporaneidad, porque “si el demandante decidió presentar una demanda declarativa, lo hizo siguiendo la posibilidad indicada por el Juzgado de Primera Instancia” y “en consecuencia, no se podría reprochar al demandante haber cometido un error al haber interpuesto su recurso de amparo una vez concluido el proceso declarativo”.

### **3. CONVENIOS INTERNACIONALES**

En este ámbito se ha dado lugar a cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (entre otras, STC 90/1983, del 7 de noviembre; y ATC 59/1995, del 30 de enero). Estos antecedentes son de interés para tratar el derecho a la Segunda Instancia como derecho reconocido en el CEDH, también para el ámbito civil.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, inclusive en relación con el derecho de acceso al recurso, como vertiente del derecho a un tribunal contemplado en el artículo 6.1 CEDH. Según se desprende de la jurisprudencia del TEDH, el artículo 6.1 CEDH no obliga a los Estados firmantes a establecer la posibilidad de recurso contra las resoluciones judiciales de Primer Grado, de modo que no obliga a los legisladores nacionales a crear tribunales de apelación o de casación.

Sin embargo, si existen dichos tribunales, deben respetarse las garantías del artículo 6.1 (STEDH del 17 de enero de 1970, caso Delcourt c. Bélgica; STEDH del 19 de diciembre de 1997, caso Brualla Gómez de la Torre c. España; STEDH del 26 de octubre de 2000, caso Kudla c. Polonia; STEDH del 4 de noviembre de 2014, caso SA de Ucieza c. España; y STEDH del 20 de enero de 2015, caso Arribas Antón c. España).

La apelación civil quedaría así excluida de las previsiones del artículo 6 del Convenio. Debe, además, tenerse en cuenta que el término “civil” se contraponen, en el Convenio, a “penal”; y, por tanto, puede comprender “lato sensu” cualquier reclamación administrativa o laboral. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al excluir el derecho a la doble instancia del derecho constitucional al recurso lo hace extensivo al derecho administrativo (salvo el derecho sancionador, disciplinario) y al derecho laboral (STC 89/1995 y 90/1983, respectivamente).

Por otra parte, la apelación es un recurso interno y un tribunal de apelación puede poner remedio a las resoluciones civiles del juez de instancia. Además, cuando el tribunal de apelación está llamado a resolver litigios debe hacerlo con respeto a los derechos reconocidos en el art. 6, de manera que la segunda instancia queda imbuida de las garantías convencionales. Esto no es predicable cuando el Tribunal Superior revisa la constitucionalidad de la decisión judicial previa, pues la cuestión de constitucionalidad se resuelve con parámetros comparativos distintos: se confronta una ley con la Constitución y no un proceso con el derecho al justo proceso.

Desde la perspectiva de la disconformidad de una sentencia con las previsiones del Convenio, es posible que una resolución de instancia afecte derechos fundamentales, en cuyo caso el tribunal de apelación viene llamado a ejercer la protección que predica el artículo 6. Desde el punto de vista del respeto por parte del Tribunal de Apelación de las reglas de proceso equitativo, es aplicable el artículo 6 y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en toda su amplitud. Los procedimientos en apelación y en casación son también procesos “causas” y debe ser igualmente satisfecho el “minimum” estándar establecido en el artículo 6. En este sentido el órgano que entiende del recurso debe cumplir:

- a) En cuanto al derecho de audiencia y la equidad;
- b) En cuanto a la publicidad de las vistas de apelación o casación y la resolución en plazo razonable;
- c) En cuanto a las garantías de independencia e imparcialidad del tribunal de apelación o casación; y
- d) En cuanto al derecho de acceso al tribunal, actuando, si el juez de instancia ha incumplido con los derechos establecidos en el Convenio, como último resorte para la revisión jurisdiccional.

En los casos mencionados, el precepto es -sin duda- aplicable tanto al tratar un proceso exclusivamente civil, como cuando se tratan derechos y obligaciones civiles derivadas de un asunto penal.

También se ha querido ver en el artículo 6 del Convenio un componente constitutivo por sí mismo de los principios generales del derecho comunitario europeo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho al recurso jurisdiccional efectivo como parte del acervo comunitario.

## 4. CASUÍSTICA

La interpretación supranacional, *ad casum*, supone con frecuencia una revisión de los criterios nacionales. Pondremos como ejemplo el de los requisitos para la admisión a trámite del recurso de casación. En la STEDH del 19 de diciembre de 1997 (caso Brualla Gómez de la Torre c. España) y en la STEDH del 25 de septiembre de 2012 (caso Beraza Oroquieta c. España), y respecto al requisito de la cuantía (600 mil euros) para admitir a trámite el recurso de casación, “el Tribunal considera legítimo el fin perseguido por el cambio legislativo: actualizar la cuantía de los asuntos aplicable a los recursos de casación”.

Pero, contrariamente, en la STEDH del 30 noviembre de 2014 (caso SA de Ucieza c. España) aprecia la vulneración del derecho a un proceso equitativo en su vertiente de derecho de acceso a un recurso, con relación al requisito de la cuantía, al entender que negar el acceso a la casación supuso una interpretación demasiado rigurosa e infractora del artículo 6.1 CEDH. Se trataba de un litigio sobre una iglesia medieval situada en la localidad de Ribas de Campos, en la provincia de Palencia. El recurso de casación había sido inadmitido por la Sala al entender que no alcanzaba la cuantía requerida para el acceso a la casación, en aquel entonces 150 mil euros, pero no tuvo en cuenta que el propio demandante había considerado su demanda como inestimable.

Tanto el plazo como el lugar de presentación del recurso también pueden ser ponderados. De hecho, en la STEDH del 20 de octubre de 2003 (caso Stone Court Shipping Company SA) se recuerda que el establecimiento de plazos, como requisito de admisión a trámite de los recursos, responde a una finalidad perfectamente legítima. Sin embargo, una interpretación excesivamente rigurosa de las normas sobre plazos procesales de los tribunales nacionales puede conducir a la vulneración del derecho a un tribunal, en su vertiente de derecho de acceso al recurso, previsto en el artículo 6.1 CEDH. La combinación particular de los hechos, en este caso, destruyó la relación de proporcionalidad entre las limitaciones (tal y como las aplica el Tribunal Supremo) y las consecuencias de su aplicación.

Por el contrario, en la STEDH de 11 de octubre de 2001 (caso Rodríguez Valín c. España) se rechazó la vulneración denunciada con motivo de la inadmisión de un recurso de amparo, basada también en su extemporaneidad.

En la STEDH del 15 de febrero de 2000 (caso García Manibardo c. España), el Tribunal aprecia la vulneración del derecho de acceso a un recurso de apelación civil, entre otras razones, porque “no se concedió a la demandante, en tiempo útil, dicha justicia gratuita, a causa de una negligencia cometida por un órgano judicial que no le era, por lo tanto, imputable cuando reunía *a priori* las condiciones para gozar del beneficio de esta justicia gratuita, como le fue concedido posteriormente”.

El requisito de la consignación previa de la cantidad a la que ha sido condenado por la resolución recurrida y su aplicación para impedir el acceso al recurso de apelación civil fue analizado por la STEDH del 15 de febrero de 2000 (caso García Manibardo c. España) y la Corte concluye que el establecimiento de la obligación de consignar previamente la cantidad objeto de la condena, como requisito de admisión del recurso de apelación, responde a una finalidad legítima compatible con el artículo 6.1 CEDH. Sin embargo, a la vista de las concretas circunstancias del caso, el tribunal europeo estima que en ese supuesto se vulneró el derecho de acceso a un tribunal del artículo 6.1 CEDH en el grado de apelación.

## **5. DOCTRINA SOBRE RECURSOS EN DERECHO CIVIL**

El artículo 13 del Convenio obliga a los Estados miembros a que toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, tenga derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

¿Qué debe entenderse por “recurso efectivo”? Evidentemente no hay que entender como “recurso” el de apelación o cualquier “recurso contra una decisión judicial”, sino que debe tomarse la mención en un sentido más general. Se trata de la exigencia de que el Estado ante el que se recurre por la subsistencia de la violación de uno de los derechos humanos tenga previsto un procedimiento idóneo para atender la reclamación. El remedio debe alcanzar el fin convencional y debe ser eficaz y útil; por tanto, la autoridad que lo aplica ha de tener la posibilidad de disponer medidas idóneas para resarcir al sujeto perjudicado (cesación del acto, anulabilidad, retirada o modificación del acto lesivo, resarcimiento civil, sanción penal o disciplinaria...).

El artículo 13 no requiere que el recurso sea solucionado por un juez, pudiendo intervenir una “instancia” diferente, lo que abre la vía a recursos administrativos, que no sean políticos, siempre que la autoridad designada ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y se respeten asimismo las garantías de procedimiento. La efectividad de la resolución requiere que esté motivada y que tenga efectos obligatorios. Las sentencias de los jueces pueden ser objeto, especialmente, del recurso al que se refiere el artículo 13, aunque este precepto no puede ser entendido como garantía de un segundo grado de jurisdicción ni como derecho a la reapertura o a la revisión de un proceso. En particular no pueden ser objeto de recurso, en el sentido del Convenio, las decisiones de las jurisdicciones superiores, para evitar una posible serie de recursos sin fin.

El giro en la jurisprudencia del TEDH se produce a raíz de la STEDH del 9 de noviembre de 2004 (caso Sáez Maeso c. España). En el TEDH apareció la vulneración del derecho de acceso al recurso por la combinación concreta de los hechos, entre los que destaca: el transcurso de un plazo de siete años entre las dos decisiones sobre admisión del Tribunal Supremo y que, después de admitido a trámite el recurso por el Tribunal Supremo, el mismo tribunal declarara la inadmisión del recurso sin ofrecer a la recurrente la posibilidad de realizar alegaciones al respecto, como exigía el artículo 93.3 LJCA. Sobre ese particular, concluye que se ha producido una infracción de la proporcionalidad, así como una “interpretación particularmente rigurosa hecha por los tribunales de una regla de proceso que privó al demandante del derecho de acceso a un Tribunal, con el fin de que su recurso de casación fuera examinado”.<sup>6</sup> En materia no penal, la interpretación de los requisitos de admisibilidad de los recursos internos depende, en principio, de las instancias jurisdiccionales nacionales, a menos que su interpretación pueda ser calificada de arbitraria, de poco razonable o de contraria a la equidad del proceso; y, más en particular, como contraria a la proporcionalidad, último criterio que viene a erigirse en piedra de toque del control

---

6 Esta línea interpretativa se consolida en los años siguientes con la STEDH del 7 de junio de 2007 (caso Salt Hiper S.A. c. España); la STEDH del 22 de julio de 2008 (caso Barrenechea Atucha c. España); la STEDH del 8 de enero de 2009 (caso Golf de Extremadura c. España); y la STEDH del 15 de diciembre de 2009 (caso Llavador Carretero c. España). En todas estas sentencias concurren unas circunstancias, de hecho, muy similares a las acaecidas en el caso Sáez Maeso: transcurrió un período de tiempo considerable entre la decisión inicial de admisión y la decisión final de inadmisión; después de admitido a trámite el recurso por el Tribunal Supremo, el tribunal declaró la inadmisión del recurso y la decisión final se adoptó sin ofrecer a la recurrente la posibilidad de realizar alegaciones al respecto como exigía el art. 93.3 LJCA.

por el TEDH, de las resoluciones judiciales nacionales que cercenan injustificadamente el acceso a un recurso previsto en la ley interna.<sup>7</sup>

El más reciente criterio introducido por la jurisprudencia del TEDH (STEDH del 22 de julio de 2008, definitivo el 22 de octubre de 2008 caso Barrenechea Atucha) es el de considerar como infracción el artículo 13 CEDH cuando un tribunal interno rechaza el acceso al recurso; y el requisito defectuosamente cumplido, según la interpretación del tribunal interno, impide a este ejercer su función del control judicial.

En el caso, la Corte entiende que el recurrente había dado cuenta suficiente de los motivos de recurso (con cita de las normas legales infringidas) y esto permitía (mas no impedía) al Tribunal Supremo su control judicial. Es un criterio interesante que obliga al Tribunal a tomar conciencia de su propia función como garante del ordenamiento jurídico.

Vemos, pues, que, ante el rigor interpretativo, se usan a veces vías de escape, ya con base en los cánones de razonabilidad (arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente), ya con base en la interpretación de la finalidad perseguida por la norma, ya por apreciar un exceso formalista, y ya conforme a un general principio de proporcionalidad entre la aplicación de la norma y los efectos que produce. Por último, con una llamada al Tribunal como garante del ordenamiento jurídico.

## **6. OTROS MECANISMOS DE RECURSO “LATO SENSU” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL**

Vamos a tratar aquí de otros mecanismos de interferencia externa en la función judicial interna de los Estados miembros, como son las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

### **a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Organización de Estados Americanos aprobó en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Inspirada en el

---

7 En este sentido, la STEDH del 20 de octubre de 2003, caso Stone Court Shipping Company, S. A. c. España; y la STEDH del 13 de octubre de 2009, caso Ferré Gisbert c. España. En sentido parecido, la STEDH del 4 de noviembre de 2014, caso SA de Ucieza c. España.



Convenio Europeo de Derechos humanos, proclama como derechos: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; el derecho de igualdad ante la ley; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión; el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar; y el derecho a la Constitución y a la protección de la familia. Asimismo, el derecho de protección a la maternidad y a la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho a la inviolabilidad del domicilio; el derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia; el derecho a la preservación de la salud y al bienestar; el derecho a la educación; el derecho a los beneficios de la cultura; el derecho al trabajo y a una justa retribución; el derecho al descanso y a su aprovechamiento; y el derecho a la seguridad social. También cabe mencionar: el derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles; el derecho de justicia; el derecho de nacionalidad; el derecho de sufragio y de participación en el Gobierno; el derecho de reunión y de asociación; el derecho a la propiedad; el derecho de petición; el derecho de protección contra la detención arbitraria; el derecho a proceso regular; y el derecho de asilo.

La Declaración creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que elabora informes de fondo, con conclusiones y recomendaciones a los Estados miembros, a través de sus diversas estructuras (y según cada Tratado sectorial). En situaciones de gravedad y urgencia, la Comisión puede, a iniciativa propia o a solicitud de parte, pedir que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente. También puede realizar informes sobre el fondo y, en tales casos, someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte puede acordar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar un daño irreparable a las personas, en un asunto no sometido aún a consideración; y su función es la de dictar sentencias, resoluciones, opiniones y otras decisiones. En las sentencias determinarán si ha existido o no violación de los Derechos de la Declaración (la decisión sobre el caso) y podrán establecer pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede. Desde 1982, la Corte ha dictado 1,915 resoluciones diversas; de estas, pocas sentencias. Desde el 2000, año en que incrementó su actuación sentenciadora, ha dictado unas 30 sentencias completamente ejecutadas; y, en la actualidad, la Corte tiene unos 200 casos en

procesos de supervisión sobre cumplimiento de sentencia (sentencias interpretativas) y 30 casos pendientes de sentencia.

## **b) El Comité De Derechos Humanos de las Naciones Unidas**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, además de establecer una serie de derechos que los Estados Parte se obligan a reconocer y respetar, entre ellos el del doble examen del artículo 14.5 al que ya nos hemos referido, crea un Comité de Derechos Humanos (artículo 28 del Pacto), compuesto por 18 miembros. La comunicación escrita de cualquier persona afectada (demanda individual) da lugar a alegaciones al respecto y concluye con unas observaciones o un dictamen, que se incluye en el informe anual que deberá presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Derivado del Pacto, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que todo Estado Parte que llegue en el Pacto a ser parte en el presente Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. También se requiere que el mismo asunto no ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional y que el individuo haya agotado todos los recursos de la jurisdicción interna (aunque no se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos internos ante el Estado denunciado se prolongue injustificadamente). En ese sentido, el Comité presentará sus observaciones tanto al Estado Parte que esté interesado, como al individuo, con comentarios y recomendaciones; y las incluirá en su informe anual.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas realiza sesiones anuales y aprueba alrededor de un centenar de resoluciones, decisiones y declaraciones de la Presidencia sobre cuestiones que atañen a las personas en cualquier región y circunstancia. Cabe poner en marcha procedimientos de denuncia, agotado los recursos de la jurisdicción interna, salvo que parezca que esos recursos serían ineficaces o podrían prolongarse injustificadamente. Estas resoluciones no tienen carácter jurisdiccional, pero sí alta significación política, pues un Estado condenado por infracción de Derechos Humanos es desmerecido en el contexto internacional y es requerido por el Consejo para que cumpla. Las condenas pueden hacer referencia a un estado general de cosas o a casos particulares.

La admisión de la “competencia” del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para entender de reclamaciones de particulares contra el Estado español, aunque no es técnicamente un “recurso”, significa que, agotada la vía interna, el particular puede encontrar satisfacción al plantear una denuncia ante tal Comité.

En tal sentido, el Pacto actúa, cuando menos, como un elemento disuasorio ante posibles interpretaciones desviadas de los derechos civiles y políticos. Los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, aunque no vinculantes, deben ilustrar (y así lo han hecho) las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales sobre el alcance de los derechos civiles y políticos.

## **7. LOS MECANISMOS DE CONSULTA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA DE LOS TRIBUNALES INTERNOS**

Aunque no constituyen recursos, en el sentido de derecho de las partes para instar una revisión de sentencias ante un Tribunal Superior, no podemos dejar de mencionar aquí ni la cuestión de inconstitucional ni la cuestión prejudicial, mecanismos de ayuda al juez para una resolución del caso ajustada a derecho. Se trata de mecanismos de consulta que permiten al juez conocer bien si una norma es contraria a la Constitución (cuestión de inconstitucionalidad) y, por esto, no debe ser aplicada; o bien la interpretación que procede de una norma de derecho comunitario que ha de aplicar sobre la concordancia o no de una ley interna del Estado con el derecho de la unión (cuestión prejudicial).

### **a) La cuestión de inconstitucionalidad**

Conforme al artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley.

El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley, cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto

constitucional que se supone infringido; y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámites, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme.

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Una vez esta se produzca, el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Respondida la cuestión, el pleito será resuelto con consideración a la resolución del Tribunal Constitucional. Si ha declarado un determinado precepto contrario a la Constitución, el juez no lo aplicará; si por el contrario, lo considera constitucionalmente correcto, el juez resolverá con libertad en cuanto a su aplicación e interpretación. Aquí también cabe destacar las sentencias interpretativas, o sea, las que admiten la constitucionalidad de un precepto en una determinada interpretación.

## **b) La cuestión prejudicial**

Los tribunales nacionales deben garantizar que la legislación europea se aplique correctamente, pero a veces los tribunales de distintos países interpretan las normas de distintas maneras. Si un tribunal nacional tiene dudas sobre la interpretación o validez de una norma europea, puede pedir una clarificación al Tribunal de Justicia europeo. El mismo mecanismo puede utilizarse para determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea.

El artículo 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión. La tramitación de la cuestión prejudicial se regula con carácter general en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea. En tanto, los artículos 93 a 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia regulan, a estos efectos, el procedimiento prejudicial ordinario, el acelerado y el de urgencia.

Una cuestión prejudicial en el sistema europeo es aquel mecanismo de carácter incidental, cuyo objetivo es garantizar la aplicación efectiva y homogénea del Derecho de la Unión Europea; y evitar interpretaciones divergentes, que permite u obliga a los órganos judiciales nacionales plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las dudas relativas a la interpretación del Derecho originario de la Unión Europea y a la interpretación o validez del Derecho derivado de la Unión Europea aplicable a los litigios cuyo conocimiento les ha sido atribuido.

Un juez nacional puede elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando tenga dudas sobre la aplicación de una norma comunitaria en una determinada causa; y será competencia de este Tribunal el resolver la cuestión sobre dicha norma comunitaria, tanto si es válida como si no, total o parcialmente, e informará al juez nacional.

El órgano judicial interno solo está obligado a formular la cuestión prejudicial, si se trata de una duda que compete al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional, acabando así con el procedimiento en el ámbito interno. Este es un procedimiento incidental de un litigio principal que el TJUE ayuda a resolver, suspendiéndose temporalmente el procedimiento a la espera de la respuesta del TJUE, que vincula al juez nacional. Si en respuesta a la cuestión prejudicial, el TJUE determina que una norma nacional debe interpretarse en un determinado sentido para ser compatible con el Derecho de la Unión, el juez debe acoger esa interpretación. No hay una nulidad o derogación de la Ley interna, pero si es contraria al Derecho de la Unión, no debe aplicarse, por el efecto directo del Derecho Comunitario (la interpretación de la norma tendrá efectos *erga omnes*, o sea, es como un recurso de nulidad *de facto*).

Además, existe una interrelación entre la tutela judicial efectiva y la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Sobre ese particular, el Tribunal Constitucional ha dicho: “Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5.a)]. Tal duda objetiva puede

derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14).

Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “acto aclarado”, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que “la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo” (STJUE del 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, *Cilfit*, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006.

En sentido contrario a lo anterior, “dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al derecho de la unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE” [STC 232/2015, FJ 5.b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, del 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, del 18 de diciembre, FJ 3; y 99/2015, del 25 de mayo, FJ 3].

Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del “acto aclarado”, también ha dicho el Tribunal Constitucional que “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva” [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de las anterior STC 145/2012, del 2 de julio, FFJJ 5 y 6]. En igual sentido, está la SSTC 148/2016, del 19 de septiembre, FJ 5.b); la 162/2016, del 3 de octubre, FJ 2; la 75/2017, del 19 de junio, FJ 2; y la 59/2019.







# **CAPÍTULO XII**

## **EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL**

**Genaro A. Silvestre Scroggins**



# CAPÍTULO XII

## EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

Genaro A. Silvestre Scroggins

### INTRODUCCIÓN

A falta de un acuerdo entre las partes, todo conflicto de carácter privado está supuesto a ser resuelto por las vías instituidas por la constitución y las leyes del país al que pertenecen las partes o en el que se produzca el conflicto, y siempre que estas hayan sido establecidas con anterioridad a los hechos generadores del conflicto.

La base institucional para la solución de las controversias se encuentra, en la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado dominicano, los cuales son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado, una vez cumplidas las formalidades constitucionales para su adopción, formando el denominado bloque de la constitucionalidad al amparo de las disposiciones de los artículos 256 y 74 de la Constitución dominicana (CD).

Así, la jurisdicción, entendida como la potestad que tienen los Estados para impartir justicia, a través de los mecanismos institucionales creados por la Constitución y las leyes, esto es, los órganos jurisdiccionales o tribunales, que son los encargados de administrar e impartir justicia y ejecutar lo juzgado, según ha sido previsto en la propia Constitución (Art. 149.1, CD).

Este concepto de jurisdicción, plasmado de manera expresa en el texto constitucional del 2010, había sido desarrollado también doctrinariamente, en la siguiente forma:

El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma, sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Solo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia, (Couture, 1964, 89).

El ejercicio del poder jurisdiccional corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley, pues los tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes (artículo 149, CD); pero, dada la naturaleza y diversidad de los conflictos derivados de la actividad humana y la interrelación de las personas naturales y jurídicas, generan la necesidad de realizar una clasificación atendiendo a los diversos factores involucrados.

Así, la jurisdicción será determinada en las normas atendiendo a razones territoriales; a la cuantía de los asuntos; a la materia misma de la controversia, mediante la atribución de las competencias jurisdiccionales, entendida la competencia como la actitud legal para conocer y decidir ciertos asuntos, atendiendo a la naturaleza de los mismos o al domicilio de las partes.

La interrelación de las personas no se circunscribe a las de un solo país, por lo que, siendo la jurisdicción un asunto propio de la soberanía de cada Estado, cada uno tiene organizadas las cuestiones relativas al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por tanto, existen normas a lo interno y lo externo de cada Estado, destinadas a regir lo relativo a aquellos asuntos en los que la controversia trasciende las fronteras nacionales.

Estas normas de aplicación supranacional las constituyen, precisamente, los tratados internacionales, a través de los cuales se ha creado el marco normativo y unificador de los criterios para determinar, en algunos casos, la jurisdicción competente para la solución de las controversias que trascienden las fronteras; y en otros, la ejecución de lo decidido en un país distinto de aquel en que se dicte la decisión que pone fin al conflicto.

En ese orden de ideas, y haciendo una delimitación del alcance de este trabajo, el mismo se circunscribirá a las normas de procedimiento civil que están destinadas a regir, en el plano internacional, lo relativo a esos conflictos de alcance supranacional dentro del marco del derecho internacional privado, particularmente en el aspecto procesal, teniendo como fuente principal los tratados internacionales de los cuales la República Dominicana es parte signataria y ratificados por el Congreso Nacional.

## **1. ELEMENTOS PROCESALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

### **1.1. CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DE DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL**

Ambos resultan ser conceptos desarrollados por los organismos internacionales creados por las diferentes naciones. En términos formales, estos han sido tratados como materia de derecho propiamente dicho a mediados del siglo XX, principalmente a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante tratados internacionales destinados no solo a regular los conflictos de competencia internacional los conflictos de leyes internacionales y la cooperación procesal, sino a determinar la condición jurídica de los extranjeros en los diferentes estados.

En términos doctrinales, estas son materias que existen, desde mucho antes, pero a las que no se le había adjudicado una denominación específica, refiere el autor Rodolfo Dávalos Fernández. Ciertamente, la denominación se originó en los Estados Unidos de América cuando el jurista Joseph Storey la usó en su obra “Comentarios en el conflicto de leyes” (en inglés, “Commentaries in the Conflict of Laws”), publicada en 1834. Aunque juristas anglosajones prefieren denominar a esta disciplina con el nombre de “Conflicts of Laws”, también ha recibido denominaciones tales como: derecho intersistemático, derecho privado internacional, derecho civil internacional y derecho extraterritorial, pero la denominación más extendida es la de derecho internacional privado. (Ver también Dávalos Fernández, 2006, 11-13).

A falta de un código de derecho internacional privado general, la creación de tratados internacionales para regular determinadas actividades ha permitido que la separación por materias y su desarrollo haya sido concretizado, paulatinamente y de manera principal, a través de órganos de carácter permanente creados, el primero, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como es caso de la “Conferencia de La Haya de derecho internacional privado”; y, el segundo, por la Organización de Estados Americanos (OEA), denominado “Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado”.

La “Conferencia de La Haya de derecho internacional privado” resulta de capital importancia porque reúne a la mayor parte de los países y

porque, conforme al artículo 1 de su Estatuto, tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado. Sin embargo, en cuanto a la Conferencia de La Haya se refiere, debemos destacar que la República Dominicana ha sido admitida como Estado y ha solicitado convertirse en Miembro, habiendo sido admitida por medio de votación, pero aún debe aceptar el Estatuto para que la admisión sea efectiva, según el estatus con el que, al momento de la redacción de esta obra, sigue apareciendo en el portal de Internet de dicha organización, al igual que Colombia y El Líbano.

De la que sí es parte la República Dominicana es de la “Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado”, de la OEA, la cual define el concepto de derecho internacional privado en la siguiente forma:

El derecho internacional privado es el conjunto de normas que regula las relaciones entre los individuos en un contexto internacional. Estos ‘individuos’ pueden ser personas naturales o jurídicas (como sociedades) privadas, en lugar de actores públicos o estatales. Las ‘relaciones’ pueden ser en materia civil o de familia (por ejemplo, litigios transfronterizos, adopción o divorcio) o asuntos comerciales (por ejemplo, contratos internacionales o quiebras). El conjunto de normas se compone de instrumentos internacionales (como las convenciones y leyes modelos), la jurisprudencia, la práctica y la costumbre. Originalmente, el campo del derecho internacional privado se limitaba al ‘conflicto de leyes’, o a la determinación de la ley estatal de ser aplicada para regir o resolver estos casos. (<http://www.oas.org/es/sla/ddi>).

Según la “Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado”:

(...) a mayor congruencia entre las leyes de los diferentes Estados, mayor es la facilidad con la que los actores privados pueden llevar a cabo sus negocios transfronterizos y resolver sus asuntos personales. La armonización, codificación y el desarrollo del derecho internacional privado es el proceso por el cual se puede lograr a través del tiempo dicha congruencia entre las leyes de los Estados. (<http://www.oas.org/es/sla/ddi>).

Esta definición incluye, además de las materias específicas, a los individuos objeto de las mismas, lo que nos permite ubicarnos en el

contexto de la materia a tratar; es decir, se trata de una materia cuya fuente principal son los tratados internacionales relativos al derecho privado y comercial.

De la definición de derecho internacional privado, así como del contenido de los tratados, a través de los cuales se ha desarrollado esta materia, encontramos que se trata de un híbrido entre el derecho material, el derecho procesal derivado de los tratados internacionales y las normas procesales de la legislación interna de los Estados. Esto así, debido a que en los tratados internacionales que contienen regulaciones sobre las relaciones de carácter privado y comercial entre personas naturales o jurídicas en el marco del derecho internacional, no distinguen lo material de lo estrictamente procesal y tienden a viabilizar la aplicación en el plano internacional de los derechos reconocidos a lo interno y externo de cada país.

Así las cosas, en el contexto del derecho internacional, tanto internacional privado como el derecho procesal civil, componen un mismo cuerpo, estando ambos indisolublemente unidos en los instrumentos elaborados y suscritos entre los Estados, porque no existen en realidad normas dentro del derecho internacional que, de manera concreta y exclusiva, puedan definirse típicamente como de una u otra materia. En otras palabras, no existen tratados cuyo contenido nos permita separar lo material de lo procesal.

Es decir, se trata de las dos alas de un mismo pájaro, unidas por un conjunto de normas que regulan el reconocimiento de los derechos de los que son titulares los individuos en el ejercicio de su actividad comercial de carácter privado, el procedimiento a seguir para determinar los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados y el marco en que habrán de regir las legislaciones encaminadas a regular las relaciones jurídicas entre los Estados con los nacionales extranjeros y entre sus nacionales con personas de otras nacionalidades; así como, la forma de solucionar los conflictos jurídicos que se originan con motivo de esas relaciones.

Sin embargo, en su aplicación práctica, ambas materias son perfectamente divisibles, más aún si se tiene en cuenta que, dentro del país en que se apliquen sus disposiciones, es la casuística la que determinará la norma correspondiente, según se trate de un caso extrajudicial, administrativo y jurisdiccional; y, en cuanto a lo jurisdiccional, según la etapa procesal en que se encuentre.

El derecho internacional privado regula, según la legislación de cada país, las relaciones jurídicas que los extranjeros pueden tener en él, en razón de su propia persona, de los bienes que posean, de la forma de adquirirlos o enajenarlos, o de los actos jurídicos que, en general, realicen en el territorio de un Estado como sujeto de derechos y obligaciones sin ser nacionales de este.

Además, el derecho internacional privado hace referencia a los conflictos de competencia dentro del marco de las relaciones privadas internacionales, ya sean estas de carácter familiar, económico o financiero, contribuyendo a la solución de los conflictos de leyes internacionales, a la cooperación jurisdiccional en el curso de los procesos y a la determinación del estatus jurídico de los extranjeros en sus relaciones privadas con los nacionales de cada país.

El legislador dominicano ha definido las relaciones privadas internacionales como aquellas determinadas por elementos personales o subjetivos referidos a las partes de una relación jurídica, tales como: nacionalidad, residencia o domicilio en el extranjero; así como por los elementos objetivos de dicha relación, cuando estos estén conectados con un sistema jurídico extranjero. (Ley núm. 544-14, 2014).

Esta relación jurídica tiene la particularidad de tener un elemento extraño al derecho local, que suscita ya sea conflictos de jurisdicción o de ley aplicable, y su fin es determinar quién puede conocer sobre el tema y qué derecho debe ser aplicado. Para este trabajo nos ocuparemos del aspecto relativo al derecho procesal civil internacional.

## **2. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PROCESAL CIVIL**

### **2.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DIPr**

En la formación del derecho internacional, particularmente en lo que a derecho internacional privado se refiere, tienen incidencia esencial tres tipos de fuentes que, sin seguir un orden jerárquico, son las siguientes:

**2.1.1. La convencional:** es la contenida en los tratados o convenciones internacionales;



**2.1.2. La fuente constitucional:** la Constitución crea el Estado y sus principales órganos de dirección y autoridades que lo representan en el ámbito internacional, así como los mecanismos a través de los cuales pueden entrar en vigencia los tratados o convenciones internacionales a lo interno de cada Estado;

**2.1.3. La ley nacional o ley interna de cada Estado,** a través de las cuales se desarrollan las normas y principios derivados de los tratados internacionales y la Constitución.

Obviamente, cada una de las fuentes de derecho internacional, de las precedentemente mencionadas, se nutre de sus propias fuentes particulares y, como estamos hablando de derecho internacional, sin seguir un orden necesariamente jerárquico, nos referiremos, en primer lugar, a la fuente que tiene su origen en los tratados internacionales.

## 2.2. LA FUENTE CONVENCIONAL

Según ha sido definido por la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados” o simplemente la “Convención de Viena”, se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya se encuentre en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (Artículo 2, Convención de Viena).

De esa definición deriva, en primer lugar, que los tratados se harán por escrito, aún cuando la convención no lo diga expresamente; en segundo, que puede ser hecho en un solo instrumento o documento o en varios; y en tercero, que puede ser denominado de diferentes formas, por lo que no es raro encontrar que, al referirse a los tratados, se diga: “Convención” o “Convenio”, entre otras denominaciones.

Estos tratados de carácter general y que sirven de marco referencial supletorio del derecho interno de cada Estado, definen, en el marco del derecho internacional, las responsabilidades legales de los Estados en sus interrelaciones entre sí; así como, respecto a los individuos que forman parte de sus respectivas naciones.

En cuanto a los individuos, como sujetos de derechos y obligaciones, en el ejercicio de sus actividades de carácter privado y comercial, ya sean estas personas naturales o jurídicas, o entre estos y los Estados, cuando

estos últimos actúan en el marco del derecho privado en sus relaciones con personas naturales o jurídicas, se procura la creación de un marco jurídico que trascienda las fronteras mediante la unificación progresiva de las normas regulatorias.

Por diferentes razones de carácter histórico y político, todavía no ha sido posible unificar el contenido de los diferentes tratados por medio de la creación de un código de derecho internacional de aplicación universal; sin embargo, los organismos internacionales a los que hemos hecho referencia han desempeñado una labor similar al separar por materia el contenido de los tratados, creando las diferentes ramas de derecho internacional según su objeto de regulación y los sujetos a quienes están destinados.

Un primer elemento que contribuye a la unificación de las normas de derecho internacional lo constituyen los valores y principios que, por tener aceptación universal, se convierten en el primer elemento a tomar en cuenta al momento de la creación de una norma del derecho internacional. Dentro de estos valores se encuentra, en primer lugar, la dignidad humana, sin esta no existirían los demás valores ni principios; de modo que, los demás valores que de allí se derivan no es necesario siquiera mencionarlos y, en cuanto se refiere a los principios, aplican por igual todos los destinados a servir de garantía a la protección de los derechos humanos, a los cuales su suman, en el orden procesal, los principios propios del derecho internacional, particularmente los que se refieren a la aplicación y entrada en vigencia de los tratados, tales como:

**2.2.1. *Pacta sunt servanda*:** Principio según el cual, a lo interno de cada país, los tratados previamente aprobados en los organismos internacionales y ratificados por el Congreso o por el organismo correspondiente, deben ser cumplidos.

Este principio tiene un carácter absoluto y que fue contemplado en términos imperativos: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe” (Art. 26, Convención de Viena, 1969). Además, aparece como norma general tanto en el preámbulo, como en el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), en la cual los Estados miembros se comprometen a:

(...) crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”. “(...) cumplirán de buena fe las

obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta (Preámbulo, Carta de la ONU).

El principio *pacta sunt servanda* tiene carácter coercitivo, ya que de este se deriva la fortaleza del lazo contractual existente entre los Estados, por medio del cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales. De este modo, un Estado-parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado (Art. 27.1, Convención de Viena, 1969).

**2.2.2. Bona fide:** Junto al principio *pacta sunt servanda*, este principio se encuentra inserto en la parte *in fine* del Artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 que, sobre el particular, dispone que los tratados: “(...) deben ser cumplidos de buena fe” (Art. 27.1, Convención de Viena, 1969).

**2.2.3. Res inter alios acta:** Aplicable a todo tratado, significa que las disposiciones y el contenido de los tratados solo obliga a los Estados que los suscriben, no siendo aplicable a otros estados que no hayan sido parte del mismo o que no hayan manifestado su adhesión. Para los fines de los tratados internacionales y, según la Convención de Viena, se debe entender por “parte de un tratado”: un Estado o una organización internacional que ha consentido en obligarse por el mismo y con respecto al cual el tratado está en vigor (Art. 2, Convención de Viena, 1969).

**2.2.4. Igualdad y reciprocidad:** Hay dos principios, íntimamente relacionados y que son consustanciales a las relaciones internacionales: el principio de igualdad y el de reciprocidad.

En cuanto a la igualdad de trato, la Constitución dominicana establece: “En igualdad de condiciones con otros Estados, la República Dominicana acepta un ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones” (Art. 26.4, CD).

En cuanto a la reciprocidad, la jurisprudencia constitucional nacional y comparada, ha sostenido el siguiente criterio:

En materia de suscripción de acuerdos o tratados internacionales, el principio de reciprocidad, como también ha dicho la corte colombiana: ‘Hace alusión a la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro’. Asimismo, respecto del principio de igualdad, es útil recordar que al momento en que un Estado se apresta a convenir

un acuerdo con otro Estado, debe advertir que uno de los propósitos que auspician el fomento de las relaciones internacionales es que ambas naciones, ambas partes contratantes, obtengan, en igualdad de condiciones o bien, en condiciones razonablemente parecidas o equilibradas, tantas obligaciones como beneficios (República Dominicana. Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0315/15).

**2.2.5. El consentimiento:** Como toda convención, las establecidas a través de los tratados internacionales están sujetas, para su perfeccionamiento, a las mismas reglas básicas del derecho común relativas al consentimiento; de modo que, para manifestar el consentimiento y obligarse por medio un tratado internacional, los Estados deben hacerlo mediante un representante que deberá estar habilitado para tales fines.

De conformidad con el Art. 7 de la Convención de Viena de 1969, se considerará que una persona representa a un Estado: a) si presenta los adecuados plenos poderes; o b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate, ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

En el ordenamiento jurídico dominicano y de conformidad con las atribuciones que le confieren las disposiciones del Art. 128 de la Constitución, el Poder Ejecutivo. Es decir, el presidente de la República es el que está habilitado para tales fines, pero es aceptado que el Primer Mandatario de la nación se haga representar por medio de una persona habilitada con plenos poderes para tales fines.

Los Estados deben preocuparse de que sus representantes, en la firma de los tratados, tengan los conocimientos suficientes sobre el tema del tratado, así como de que quienes los representen posean los poderes habilitantes para representar al Estado en la firma, porque de conformidad con el Art. 46 de la Convención de Viena, no es admisible pretender evadir el cumplimiento de un tratado bajo el pretexto de que el consentimiento de un Estado en obligarse por medio de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados. Dicha causa no podrá ser alegada por ese Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Esta “norma de importancia fundamental”, a la que se hace referencia en dicha Convención no es otra que la Constitución, y que, en el caso particular de la República Dominicana, reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus Poderes públicos las hayan adoptado (Art. 26, CD).

**2.2.6. El solo consenso obliga:** Salvo las reservas que pueden ser hechas al momento de la suscripción del tratado, una vez cumplidas las formalidades a las que hemos hecho referencia precedentemente; así como lo previsto por el Art. 46 de la Convención de Viena, en cuanto a la posibilidad de que el tratado pueda ser contrario a la norma fundamental, una vez cumplidas las formalidades constitucionales antes mencionadas, el solo consenso obliga, *ex consensu advenit vinculum*.

Las formas en que puede ser expresado el consentimiento y las calidades de quien puede darlo en nombre de cada Estado, están previstas por las disposiciones de la Convención de Viena, principalmente en sus Artículos 2 y 7, pero lo esencial es que ese consentimiento haya sido expresado libremente, resultando nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas. La referida Convención declara nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza, en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas. (Art. 52, Convención de Viena, 1969).

**2.2.7. El principio del *ius cogen*:** Forma parte del derecho internacional, consagrado en el Art. 53 de la Convención de Viena, según el cual existen normas que son de carácter imperativo y que no admiten la posibilidad de ser modificadas por convenios particulares entre dos o más Estados, resultando nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general.

Para los efectos de la Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

## 2.3. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DIPr

### 2.3.1. Antecedentes históricos y reformas constitucionales:

Al momento de la fundación de la República en 1844, la mayor parte de las naciones solo tenían en cuenta el derecho internacional, en cuanto al reconocimiento de las naciones y la representación diplomática, lo cual queda reflejado por las escasas disposiciones sobre el tema en el contenido de sus constituciones. Esa fue la realidad dominicana en el contenido de las constituciones promulgadas desde el 1844 hasta 1963, ambas incluidas.

Treinta años después de fundada la República, la Constitución de 1874 incorporó la primera disposición que hace referencia, de manera expresa al derecho internacional, pero limitado a los conflictos bélicos, en su artículo 103, establece:

Art. 103. Los poderes encargados por esta Constitución de declarar la guerra no deberán hacerlo sin haber antes propuesto el arbitramiento de una o más potencias amigas. Único. Para afianzar este principio, deberá introducirse en todos los tratados internacionales que celebre la República, la cláusula de que ‘todas las diferencias que pudiesen suscitarse entre las partes contratantes deberán ser sometidas al arbitramiento de una o más naciones en caso de guerra’(Art. 3, CD, 1874).

Esa disposición fue reproducida, en iguales o similares términos en algunas constituciones posteriores, tales como: la de 1875 (Art. 104); la de 1877 (Art. 75); la de 1881 (Art. 100); la de 1887 (Art. 101); la de 1896 (Art. 101); la de 1907 (Art. 98); y la de 1908 (Art. 102), hasta que, finalmente, fue eliminada en la Constitución de 1934. En las demás constituciones, aprobadas antes y después de la de 1874, la única referencia al derecho internacional era lo relativo a la facultad del Congreso Nacional de aprobar los tratados suscritos por el presidente de la República.

En la Constitución de 1934 se incorporó una disposición de derecho internacional limitada a las relaciones con Haití, la cual copiamos a continuación:

Art. 3. El territorio de la República Dominicana, incluso el de sus islas adyacentes, es y será inalienable. Sus límites comprenden todo lo que antes se llamaba ‘Parte Española de la isla de Santo Domingo y las islas adyacentes’, son, por lo tanto, por el lado de occidente, lo

mismo que, en virtud del tratado de Aranjuez de 1777, lo dividían en 1793 de la ‘Parte Francesa’. Solamente por este lado podrán ser objeto de modificaciones, siempre que ellas sean legalmente establecidas por medio de un tratado con la República de Haití debidamente aprobado por el Congreso, o por medio de un juicio arbitral, cuyo protocolo de compromiso sea aprobado por el Congreso y cuya sentencia esté exenta de todo vicio de nulidad reconocido por el derecho internacional (Art. 3, CD, 1934).

Esa disposición de la Constitución de 1934, que bien pudo ser ampliada, fue posteriormente eliminada en la Constitución de 1963, la cual, respecto al derecho internacional, solo hace referencia en dos aspectos: el relativo a las facultades del Congreso Nacional de aprobar los tratados suscritos por el Poder Ejecutivo; y el de los derechos de los trabajadores, en su Art. 13, que reconoce como un deber del Estado promover y favorecer los acuerdos de las organizaciones internacionales dirigidos a afirmar y regular los derechos del trabajo.

La Constitución de 1966 dio mayor apertura al derecho internacional, según se puede apreciar por el contenido del segundo párrafo del Art. 3, el cual se transcribe a continuación: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y Americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y de apoyar toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas” (Art. 3, CD, 1966).

Desde entonces, existe un nuevo enfoque constitucional sobre el derecho internacional, que se mantuvo invariable en las constituciones del 1994 y 2002, cuyo contenido fue ampliado en los artículos 26 y 74 de la Constitución de 2010, mantenidos intactos en la del 2015. La primera de las disposiciones constitucionales (Art. 26) mencionadas en el párrafo anterior declara de forma expresa, en su parte capital, que la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional. En este sentido, el párrafo 1 de dicho artículo dispone: “Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado” (Art. 26.1, CD, 2015).

De manera más específica, en lo que a los derechos humanos compete, el Art. 74.3 constitucional establece que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por

el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

## **2.4. ADOPCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN TRATADO:**

La forma de adopción de un tratado internacional en la República Dominicana es la que prevé la Constitución en las disposiciones combinadas de los Artículos 93, 128 y 185. Así, la norma fundamental ha previsto la entrada en vigencia de un tratado internacional en tres pasos:

### **2.4.1. El Poder Ejecutivo**

Es el que tiene competencia para la suscripción de los acuerdos en nombre de la República (Art. 128, CD 2015);

### **2.4.2. Previo a su ratificación por el Congreso Nacional**

El acuerdo debe ser sometido al control preventivo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en virtud de las disposiciones de los artículos 6 y 185.2 de la Constitución y, supletoriamente, los artículos 9, 55, 56 y 57 de la Ley núm. 137-11;

### **2.4.3. En caso de que el Tribunal Constitucional**

No encuentre ninguna contradicción entre el tratado y la norma fundamental, sin la cual no tendrán validez ni obligarán a la República, será enviado al Congreso Nacional para su aprobación (Art. 93, CD).

El cumplimiento de las formalidades constitucionales para la adopción de un tratado internacional ha sido objeto de examen por parte de la jurisprudencia, tanto de la Suprema Corte de Justicia, actuando como Corte Constitucional, como del Tribunal Constitucional dominicano.

El 10 de agosto de 2005, la Suprema Corte de Justicia consideró no conforme a la Constitución la suscripción del “Acta de entendimiento” del 19 de marzo de 2002, de un denominado “Comité de Impulso” efectuado por el subsecretario de Estado de Relaciones Exteriores de ese entonces, quien actuó en representación del Estado dominicano. En su sentencia, la Suprema llegó a esa conclusión al considerar que el representante no había sido provisto de “plenos poderes” por parte del presidente de la República y que ese documento no había sido sometido a la aprobación del Congreso Nacional.



Veamos un fragmento de las consideraciones dadas en su decisión por la Suprema Corte de Justicia:

(...) que no existe documentación que demuestre el otorgamiento de los plenos poderes que debió otorgar el presidente de la República al subsecretario de Estado de Relaciones Exteriores, Pichardo Olivier, para la firma del instrumento en cuestión, ni la que permita verificar si el mismo fue sometido al Congreso Nacional para su aprobación o ratificación, en cumplimiento de las disposiciones de los cánones constitucionales arriba señalados; que de acuerdo al mandato del artículo 46 de nuestra Carta Fundamental: ‘Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a la Constitución...’ (Pleno SCJ, Sentencia N.º 43, agosto de 2005, Boletín Judicial 1137).

Un caso que resulta de particular interés para la aplicación de las normas del derecho internacional en la República Dominicana es el de la declaratoria de nulidad de la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se produjo mediante una simple carta del presidente de la República, quien lo hizo así bajo el entendido de que ya se había cumplido el trámite constitucional para la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante la cual fue creada dicha Corte.

Para anular dicha aceptación, el Tribunal Constitucional dominicano expuso, entre otros, los siguientes razonamientos:

9.18. En la especie, la declaración de reconocimiento que hizo la República Dominicana de la jurisdicción de la CIDH, de acuerdo con la normativa del precitado artículo 62, fue efectuada mediante el instrumento de aceptación que es objeto de impugnación de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa. Dicho instrumento de aceptación, aunque constituye un acto unilateral no autónomo producido en el marco de CADH, tiene la misma fuerza de las convenciones internacionales, y, por tanto, la capacidad ínsita de producir efectos jurídicos en el plano internacional; efectos que, a su vez, pueden repercutir en el derecho interno y afectar directamente a los dominicanos. En consecuencia, resulta lógico convenir que la voluntad del Poder Ejecutivo de establecer un vínculo jurídico internacional debe requerir la participación de otros órganos estatales más allá de los que expresamente consientan el tratado que le sirva de marco (en este caso, la CADH), como una especie de contrapeso

o ejercicio de vigilancia de los demás poderes del Estado, y con la finalidad última de salvaguardar el principio rector de supremacía constitucional establecido por el artículo 46 de la Constitución dominicana de 2002, equivalente al artículo 6 de la Constitución de 2010. Es decir, el Estado dominicano no ha de acumular obligaciones significativas hasta tanto los órganos correspondientes las aprueben a través de los procesos legitimadores requeridos por su Constitución y el resto del ordenamiento interno. Resulta, en efecto, de la mayor importancia que antes de adherirse a un compromiso internacional de cualquier índole, la República Dominicana verifique su conformidad con los procedimientos constitucionales y legales nacionales previamente establecidos. Sin embargo, esta verificación fue omitida en la especie respecto al instrumento de aceptación, que no fue sometido al Congreso Nacional como dispone el precitado artículo 55.6 de la Constitución de 2002, lo cual, a juicio del Tribunal Constitucional, genera su inconstitucionalidad (República Dominicana. Tribunal Constitucional, Sentencia N.º TC/0256/14).

En la mencionada decisión del Tribunal Constitucional dominicano, también se hace referencia una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, en la que, sobre una situación análoga, sostuvo:

La Corte ha dejado en claro que, aun tratándose de instrumentos internacionales que son desarrollo de otros, si a través de los mismos se crean nuevas obligaciones, o se modifican, adicionan o complementan las previstas en el respectivo convenio o tratado del que hacen parte, esos también deben someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación por el Congreso y revisión automática de constitucionalidad por parte de esta corporación, en razón a que implican para los Estados partes, la asunción de nuevos compromisos que deben ser avalados en los términos previstos por la Carta Política. En estos casos, la Corte ha considerado que los mismos se miran como verdaderos tratados, aun cuando no estén sometidos al trámite de la ratificación, y, por tanto, deben someterse al procedimiento interno de incorporación al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-801/09 del 10 de noviembre de 2009).

En resumen, según las decisiones jurisprudenciales citadas, cuando un tratado de derecho internacional permita su adopción parcial o sujeto a una aceptación de manera gradual, o de instrumentos que son desarrollo de otros, si a través de los mismos se crean obligaciones nuevas, o se modifican, adicionan o complementan las contenidas en

el que es objeto de desarrollo, estos también deben someterse a los procedimientos de aprobación previstos en la Constitución.

## **2.5. LA LEY NACIONAL Y LA LEY EXTRANJERA COMO FUENTE DE DERECHO**

La función principal del derecho procesal civil internacional es la de conciliar la legislación nacional con la extranjera, haciendo viables los procesos más allá de la nacionalidad o el domicilio de las partes en conflicto, creando los mecanismos que hagan posible tanto el proceso mismo, como la ejecución de la decisión que le pone fin.

Los tratados establecen reglas generales por medio de las cuales se establecen fórmulas para la determinación de la ley a aplicar en cada caso en particular, partiendo de la nacionalidad de las partes, el domicilio o la naturaleza u objeto de la controversia.

Veamos, en primer término, lo que dispone la legislación nacional, comenzando por la Constitución.

## **3. EL ACCESO A LA JUSTICIA**

### **3.1. AUSENCIA DE LÍMITES CONSTITUCIONALES Y RESERVA DE LEY**

A partir de la Reforma Constitucional del 2010, en la cual se fueron incorporando los avances que, en materia de derechos humanos y garantías procesales, habían sido previstos en los diferentes tratados internacionales, se incluyó la siguiente disposición: “Extranjeros y extranjeras tienen en la República Dominicana los mismos derechos y deberes que los nacionales, con las excepciones y limitaciones que establecen esta Constitución y las leyes...” (Art. 25, CD).

De las limitaciones a las que hace referencia el Artículo 25 constitucional, precedentemente citado, ninguna se refiere a lo relativo al acceso a la justicia; de modo que, en cuanto este aspecto, los extranjeros tienen, en principio, los mismos derechos y garantías que los nacionales. No obstante, existe en dicho Artículo 25 una reserva de ley que permite al legislador establecer límites respecto de los extranjeros, en cualquier orden, pero esa libertad de la que goza el legislador para fijar límites,

tiene también sus propios límites particulares, principalmente en lo concerniente al contenido esencial del derecho de acceso a la justicia, al derecho igualdad y al principio de la razonabilidad.

En la actualidad, las limitaciones a las que se refiere dicho artículo son más bien dirigidas a lo concerniente al derecho al sufragio y a la participación en la actividad política, previstas en la propia Constitución y también en la ley sobre cuestiones de orden migratorio y laboral. De este modo, en cuanto al acceso a la justicia, los extranjeros gozan actualmente de los mismos derechos que los nacionales, sobre todo cuando lo relativo a la fianza al extranjero transeúnte ya no es exigible en ninguna materia, como veremos en el siguiente punto.

### 3.2. ABOLICIÓN DE LA FIANZA DEL EXTRANJERO TRANSEÚNTE

En cuanto al acceso a la justicia, el único límite que habían tenido los extranjeros en la República Dominicana dentro del proceso civil, lo constituía la denominada fianza *judicatum solvi*, prevista en el artículo 16 del Código Civil dominicano, cuyas disposiciones son reproducidas por los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, estas disposiciones han quedado abolidas paulatinamente, en primer lugar por aplicación de las normas del derecho internacional en el ámbito interamericano; y, en segundo lugar, bajo el influjo de la jurisprudencia en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, así como de leyes sobre materias particulares hasta la aprobación, en el 2014, de la Ley núm. 544-14 sobre derecho internacional privado.

En el ámbito del derecho interamericano, la fianza *judicatum solvi* dejó de tener aplicación a partir de la entrada en vigencia del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Conferencia de la Habana de 1928, en cuyo Artículo 383 se dispuso:

No se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio.

La jurisprudencia dominicana se inclinó, en principio, por la aplicación de la fianza al extranjero transeúnte para la garantía del pago de las costas y de los daños y perjuicios que pudiera causar con su demanda. Un ejemplo de esto lo constituye la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 6 de septiembre de 1991, en la que consideró

necesaria dicha fianza aun en casación, como lo podemos ver en el siguiente fragmento:

Considerando, que de acuerdo con el Artículo 16 del Código Civil, enmendado por la Ley 845 del 15 de julio de 1978: 'En todas las materias y todas las jurisdicciones, el extranjero transeúnte que sea demandante principal o interviniente voluntario estará obligado a dar fianza para el pago de las costas y de los daños y perjuicios resultantes de la litis, a menos que posea en la República Dominicana inmuebles de un valor suficiente para asegurar ese pago'; que, por tanto, la fianza debe ser presentada en casación si el demandante desempeñó el papel de demandante originario....

Pero una norma que establezca límites a un derecho fundamental, como el acceso a la justicia, no es vista con simpatía en un proceso constitucionalizado; sobre todo, cuando dicha norma no ha sido concebida teniendo en cuenta algunos principios constitucionales, como el trato igualitario y la razonabilidad.

Los artículos que, dentro del proceso civil, exigían dicha fianza, limitaban el acceso a la justicia con unos fines muy particulares; y la causa excepción estaba condicionada a que el extranjero poseyera un tipo específico de bienes, por medio de los cuales tendría que garantizar su solvencia.

Esto implicaba que el legislador estaba presuponiendo la suerte del proceso al considerar necesaria la garantía por las consecuencias de una eventual derrota, bajo la presunción de que el extranjero transeúnte nunca tendría la posibilidad de prosperar en su demanda, es decir, la ley lo considera derrotado antes de iniciar el proceso, de modo que las disposiciones que establecían la referida fianza constituían una limitación no razonable al acceso a la justicia.

A partir del 22 de febrero del año 2012, la Suprema Corte de Justicia varió de posición mediante la sentencia núm. 166 de esa fecha y a través de su Sala Civil, en ejercicio del control difuso, declaró la inconstitucionalidad de la referida fianza, para lo cual expuso los razonamientos siguientes:

Considerando, que el contenido del artículo 16 del Código Civil, en la medida que exige a una parte la prestación de una fianza para poder litigar, no es conforme con la Constitución de la República Dominicana de 1994, que es la aplicable en el caso de la especie, a cuyos artículos nos referiremos en lo adelante;

Considerando, que el indicado texto legal choca con los tratados internacionales por los motivos siguientes: a) que el artículo 8, literal j, numeral 5 de la Constitución expresa: ‘la ley es igual para todos’; b) que, asimismo, en su artículo 46 refiere: ‘son nulos de pleno derecho, toda ley, reglamento, decreto, resolución o acto contrario a la Constitución’; c) que el Estado dominicano ha suscrito numerosos tratados internacionales, los cuales son ley positiva en nuestro país luego de ser sancionados por el Congreso, en los cuales se prohíbe cualquier tipo de discriminación; d) que estando la prestación de fianza a cargo del extranjero transeúnte, se constituye a todas luces en una discriminación a una parte en perjuicio de la otra parte; y, que incluso, existen países que han suscrito acuerdos internacionales con el nuestro e incluyen la exoneración de la fianza, lo cual evidencia aun más la inaplicabilidad de este artículo; e) que al obligar a una parte en el proceso a avanzar lo que podría ser una condenación, también se está violando la ley y la Constitución, ya que se trata de un pago anticipado; y f) que la señalada fianza no cumple con las exigencias del debido proceso;

Considerando, que la fianza *judicatum solvi* vulnera, además, principios contenidos en nuestra Constitución y que integran el bloque de la constitucionalidad, tales como: 1) El principio de igualdad de todos ante la ley, contenido en la Constitución en el precitado artículo 8 de la misma, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 16 de diciembre de 1966, el artículo 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre de 1969; 2) El principio de acceso a la justicia contenido en el artículo 8.2 J de la Constitución, en el 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya citado y, además, en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en razón de que pone obstáculos al referido acceso a la justicia; y 3) Viola el principio de razonabilidad, por carecer de utilidad; y

Considerando, que al establecer una situación de discriminación en perjuicio de los extranjeros transeúntes que no poseen inmuebles en el territorio nacional, el artículo 16 del Código Civil deviene en ser contrario a la Constitución de la República y por tanto debe ser declarado inconstitucional (Casación Civil, Sentencia núm. 22 del 22 de febrero del 2012, Boletín Judicial 1215).

Los criterios externados por la Sala Civil Suprema Corte de Justicia en la referida sentencia fueron posteriormente reiterados y ampliados en

sentencia núm. 1145, de fecha 29 de octubre de 2014, B. J. 1247; y en Sentencia núm. 1768 de fecha 27 de septiembre de 2017, esta última de Boletín inédito al momento de la redacción del presente trabajo.

### 3.3. ELIMINACIÓN EXPRESA DE LA FIANZA *JUDICATUM SOLVI* POR MATERIA

Las decisiones precedentemente comentadas fueron dictadas por la Suprema Corte de Justicia en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad; en consecuencia, no podían tener efecto *erga omnes* sino *inter partes*. Además, dado el hecho de que la cuestión de la constitucionalidad de dichas disposiciones llegó a ser resuelta en virtud de una acción directa, ni ante la Suprema Corte de Justicia cuando ejerció las funciones de Tribunal Constitucional, ni después de creado este, estos textos estarían técnicamente vigentes de no haber actuado el legislador que, a través de las leyes que se citan más adelante, fue eliminando toda posibilidad de exigir dicha fianza: primero, mediante leyes destinadas a regular materias especializadas; y, finalmente, mediante una disposición general. Así podemos citar, en orden cronológico, las siguientes:

- a) El principio VII del Código de Trabajo prohíbe cualquier discriminación, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, edad, raza, color, ascendencia nacional, origen social, opinión política, militancia sindical o creencia religiosa, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de protección a la persona del trabajador;
- b) La Ley núm. 20-00, del 8 de mayo de 2000, sobre Propiedad Industrial, que en el numeral tercero del artículo 167 consagra: “Ninguno de los procedimientos a que diere lugar la aplicación de la presente ley quedará sometido a la prestación de la garantía previa, establecida en el artículo 16 del Código Civil y en los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil y sus modificaciones”;
- c) La Ley núm. 65-00 sobre derecho de autor, cuyo artículo 184 contiene la disposición siguiente: “El demandante extranjero transeúnte no estará obligado a prestar la fianza *judicatum solvi* establecida en el artículo 16 del Código Civil de la República Dominicana y en los artículos 166 y 167 del Código de Procedimiento Civil”;

- d) La Ley núm. 108-05 sobre Registro Inmobiliario, en su artículo 63 declara excluida de la Jurisdicción Inmobiliaria la fianza *judicatum solvi* contra el extranjero transeúnte que sea demandante principal o interviniente voluntario en un proceso;
- e) En la Ley núm. 479-08, del 11 de diciembre de 2008, fue eliminada la exigencia de la fianza contra las personas morales o jurídicas al consagrar en el párrafo I del artículo 11 la siguiente disposición: “Las sociedades extranjeras no estarán obligadas a prestar fianza judicial en caso de que actúen como demandantes ante los tribunales de la República o ante cualquier instancia administrativa”; y
- f) La Ley núm. 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales, en las disposiciones combinadas de sus artículos 7.6 y 66, prohíbe la exigencia de fianza en materia de acción de amparo y en los procedimientos constitucionales; esto así, inspirado en el principio de gratuidad de la justicia.

### **3.4. ELIMINACIÓN DE LA FIANZA AL EXTRANJERO POR DISPOSICIÓN GENERAL**

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley núm. 544-14 sobre derecho internacional privado, la exigencia de la fianza ha quedado completamente abolida de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la derogación tácita que, por medio del Párrafo del Art. 9 de esta ley, dispuso lo siguiente:

“Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse, ya sea por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país, en caso de ser demandantes o intervinientes ante los tribunales dominicanos”.

Los términos categóricos en que fue redactado el párrafo anterior no dejan asomo de duda de la abolición total y definitiva de la fianza *judicatum solvi* en la República Dominicana.



## 4. DOMICILIO FORO Y COMPETENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 4.1. VASOS COMUNICANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Indudablemente, una cosa es el acceso a la justicia por parte de los extranjeros a lo interno de cada país y otra su realización material, es decir, que el acceso sea efectivo, en lo cual, la norma a aplicar constituye uno de los elementos más importantes. Es ahí justamente donde los tratados juegan un papel determinante al establecer los vasos comunicantes entre la ley nacional y la extranjera.

#### 4.1.1. La Ley interna sobre derecho internacional privado:

La Ley núm. 544-14 tiene por objeto (Art.1) regular las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial en la República Dominicana, en particular:

- a) La extensión y los límites de la jurisdicción dominicana;
- b) La determinación del derecho aplicable; y
- c) Las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

En el contenido de dicha ley se ha pretendido reunir, en un solo cuerpo, todas las disposiciones legales que internamente se refieren a la competencia de los tribunales dominicanos para el conocimiento de los litigios civiles y comerciales que involucran a extranjeros. Esto así, según se desprende de la exposición de los motivos de dicha ley, particularmente los considerandos 2.º y 3.º, en los cuales se declara, entre otras cosas, que constituye un imperativo ineludible el establecimiento de normas organizadoras de las relaciones del tráfico privado internacional, a partir de las corrientes reguladoras vigentes en el mundo. En el considerando 3.º de la referida ley se declara que las disposiciones de derecho internacional privado contenidas en el Código Civil y en las leyes especiales deben ser sustituidas íntegramente por un nuevo instrumento legal.

A lo interno de la República Dominicana, todo lo relativo al derecho internacional privado tiene como materia de consulta, después de la Constitución, lo dispuesto en la Ley núm. 544-14, salvo la excepción hecha por la propia ley en su Art. 2, donde se declaran excluidas de manera expresa las materias siguientes:

- 1) Administrativas;
- 2) El arbitraje comercial que se rige por la Ley núm. 489-08, del 19 de diciembre de 2008; la Ley de Arbitraje Comercial; y la Ley núm. 50-87, del 6 de abril de 1987, que deroga y sustituye la Ley núm. 42 del 1942 sobre las Cámaras Oficiales de Comercio, Agricultura e Industrias de la República; y
- 3) La quiebra y otros procedimientos análogos, sin menoscabo de las disposiciones incluidas en esta ley.

La referida ley de derecho internacional privado, salvo su propia existencia, aporta novedades reales, sobre todo si tenemos en cuenta que:

- a) En base al principio de la jerarquía de las normas, toda ley aprobada por el Congreso Nacional tendrá efecto y aplicación en la medida en que sus disposiciones se encuentren acordes con la Norma Constitucional y los tratados internacionales;
- b) Es la Constitución (Art. 25), como se ha explicado precedentemente, la que reconoce a los extranjeros los mismos derechos y deberes que a los nacionales;
- c) La ley nacional solo tiene aplicación y alcance dentro del territorio nacional, no tiene efectos extraterritoriales; y
- d) En el ámbito extraterritorial rigen las convenciones o tratados internacionales, tanto para la República Dominicana como para el resto de la comunidad internacional.

En la Sexta Conferencia Panamericana celebrada en La Habana, Cuba, del 16 de enero al 28 de febrero de 1928, fueron aprobados varios convenios de derecho internacional, dentro de los cuales se encuentra el Código de Derecho Internacional Privado (CDIPr.), que dentro del ámbito iberoamericano sirve como instrumento de unificación de la materia para los países suscriptores al disponer: “Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales” (Art. 1, CDIPr., 1928).

En el aspecto específico del derecho procesal civil, la Convención sobre Condición de los Extranjeros, suscrita en la VI Conferencia Interamericana de La Habana (Cuba) en 1928, estableció: “Los extranjeros están sujetos, tanto como los nacionales, a la jurisdicción y leyes locales, observando

las limitaciones estipuladas en las convenciones y tratados” (Art. 2, Convención de Derechos de los Extranjeros, 1928).

Esa disposición es la que, dentro del marco del derecho internacional iberoamericano, reconoce la jurisdicción a los tribunales nacionales para juzgar los ciudadanos de los demás países suscriptores de la referida Convención.

Posteriormente, el 19 de marzo de 1940, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo (Convención de Montevideo) establece como regla general que “los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimiento del Estado en donde se promuevan” (Art. 1, Convención de Montevideo, 1940). Con posterioridad al referido Convenio, y ya en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, fue aprobado el “Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro”, hecho del 25 de noviembre de 1965, al cual nos referiremos más adelante en el punto relativo a competencia en el derecho internacional.

#### **4.2. DOMICILIO Y LEY DE FORO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

El domicilio del demandado constituye el primer elemento para determinar la competencia, tanto en el derecho interno como en el ámbito del derecho internacional; es el foro general de atribución de competencia en materia civil y comercial nacional e internacional de carácter contencioso.

Hacemos énfasis en cuanto al carácter contencioso debido a que, cuando se trata de una acción privada de carácter administrativo, la jurisdicción es voluntaria, es decir, en ausencia de conflicto no existe nadie a quien demandar, por tanto, la parte interesada se ve obligada a dirigirse al órgano jurisdiccional del objeto de su acción o solicitud, que es la que determina la competencia, independientemente del domicilio de la parte interesada.

En los asuntos contenciosos, en los que existen dos o más partes involucradas con interés distinto, la competencia se determina en función de domicilio de aquel contra quien se interpone la demanda, el cual puede estar ubicado en el estado de su nacionalidad o en cualquier otro. La determinación de la competencia, en función del domicilio,

tiene su fundamentación principal en el derecho al juez natural y determinado por la ley, con anterioridad al juicio, que en el ámbito del derecho internacional americano encuentra sustentación en el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que establece:

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.

En el marco del derecho internacional general, el Art. 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos contiene similares disposiciones:

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.

La cuestión del juez natural es reconocida como parte de las garantías mínimas del debido proceso y del bloque de la constitucionalidad, así lo reconoció la Suprema Corte de Justicia en su Resolución núm. 1920-2003, del 3 de noviembre de 2003, cuando en la exposición de motivos dice:

(...) que el bloque de constitucionalidad encierra garantías orgánicas sobre cuestiones, tales como: la independencia del Juez, del juez natural y otras, lo mismo que garantías de carácter procesal que tutelan los derechos en la forma, tiempo y oportunidad para celebrar los actos del juicio en las instancias procesales.

De manera más concreta, en cuanto al juez natural se refiere, la Suprema Corte de Justicia estableció en la referida Resolución Núm. 1920-2013, lo siguiente:

El derecho a ser juzgado por un juez natural o regular y preconstituido está expresamente consagrado en el Artículo 8.1 de la Convención

Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Tal garantía implica que el órgano judicial ha de preexistir al acto punible; ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial, y creado mediante ley, con competencia exclusiva, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión.

Para determinar el domicilio y, particularmente en materia contractual, el Art. 111 de Código Civil dominicano establece: “Cuando un acta contenga por parte de algunos de los interesados elección de domicilio para su ejecución en otro lugar que el del domicilio real, las notificaciones, demandas y demás diligencias, podrán hacerse en el domicilio convenido y ante el juez del mismo”.

Esta disposición del Código Civil dominicano, al ser contraria a lo dispuesto por el Art. 6 de la Ley núm. 544-14, podría decirse que ha quedado tácitamente derogada. Sin embargo, no hay que olvidar que lo dispuesto por el Art. 111 del Código Civil, se refiere al domicilio contractual, es decir, al domicilio determinado por las partes en un contrato, que es, en principio, la ley de las partes, en aplicación del Artículo 1134 del mismo Código, en el sentido de que convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho.

En consecuencia, según el derecho interno, el domicilio sería determinado de dos maneras distintas, como sigue:

- a) Mediante convención entre las partes; y
- b) En ausencia de convención entre las partes, según lo dispuesto por la Ley núm. 544-14.

La ley dominicana núm. 544-14, sobre Derecho Internacional Privado (Art. 5), describe el domicilio como el lugar de residencia habitual de las personas; además, ha establecido que ninguna persona física podrá tener más de un domicilio. La residencia habitual es definida en dicha ley (Art. 6) como el lugar donde una persona física esté establecida a título principal, aunque no figure en registro alguno y carezca de autorización de residencia, el cual será determinado teniendo en cuenta las circunstancias de carácter personal o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar.

### 4.3. EL DOMICILIO EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

Si bien las reglas antes mencionadas aplican a lo interno de nuestro país, su aplicación solo será posible en la medida en que no contravengan las reglas del derecho internacional privado, para lo cual y, como forma de garantizar la uniformidad de las normas que rigen el domicilio de las personas físicas, la “Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado” del 5 de agosto de 1979, estableció (Art. 2) los lineamientos generales siguientes:

El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias:

- 1) El lugar de la residencia habitual;
- 2) El lugar del centro principal de sus negocios;
- 3) En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; y
- 4) En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

Esta Convención establece, además, las pautas para determinar el domicilio de las personas, atendiendo a determinadas particularidades; así, el domicilio de los incapaces será el de su representante. De su lado, el domicilio de los esposos será aquel en el que estos residan de forma conjunta; y el domicilio de los funcionarios diplomáticos, el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante.

### 4.4. EL DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Para los demás países que no pertenecen al ámbito interamericano, pero con los cuales la República Dominicana mantiene relaciones, rigen las disposiciones aprobadas en los convenios de la Haya, básicamente las del “Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro”, del 25 de noviembre de 1965.<sup>1</sup> Este convenio dispone (Art. 4) que, para su aplicación, el acuerdo de elección de foro se considerará válidamente concluido si resulta de la aceptación, por una parte, de la proposición escrita de la otra parte, designando expresamente el tribunal o los tribunales elegidos.

---

1 Aún está pendiente de que la República Dominicana formalice su adhesión a este Convenio.

El referido Convenio de elección de foro se aplicará (Art. 2) en las relaciones internacionales a los acuerdos de elección de foro concluidos en materia civil o comercial, pero se hace exclusión expresa de las materias relacionadas con los derechos de familia, la materia de quiebra, convenio de quiebra o procedimientos análogos, comprendidas las decisiones que puedan resultar y que se refieran a la validez de los actos del deudor; así como, las de la materia sobre derechos reales inmobiliarios.

En todas las demás materias a las que se aplica el Convenio sobre elección de foro, y bajo las condiciones que prescribe, las partes pueden designar, para conocer de los litigios nacidos o que puedan nacer entre ellas con ocasión de una relación jurídica determinada, que sea en los tribunales de uno de los Estados contratantes. Entonces, el tribunal especialmente competente será el que prevean, en su caso, la ley o las leyes internas de este Estado o el de un tribunal expresamente designado de uno de los Estados contratantes a condición, en todo caso, de que dicho tribunal sea competente según la ley o las leyes internas de ese Estado (Art. 1).

#### **4.5. NOTIFICACIÓN EN EL EXTRANJERO PARA COMPARECER ANTE LOS TRIBUNALES DOMINICANOS**

La competencia del tribunal llamado a conocer de una demanda de carácter civil o comercial, la determina -en principio- el lugar del domicilio, como hemos analizado en otra parte del presente trabajo. Pero también existe la posibilidad de que las partes convengan en otorgar competencia a los tribunales dominicanos para conocer de las acciones relativas a un conflicto surgido entre ellas, independientemente de que uno de ellos sea extranjero o de domicilio en el exterior, como puede ocurrir que la persona tenga residencia o domicilio en la República Dominicana, pero se encuentre fuera del país al momento en que se interpone la demanda.

En ambas hipótesis, precedentemente planteadas, el procedimiento a seguir para la notificación de la demanda es el establecido por el Art. 69.8 del Código de Procedimiento Civil dominicano, que dispone que a aquellos que se hallen establecidos en el extranjero se les emplazará en el domicilio del fiscal del tribunal que deba conocer de la demanda; a partir de ahí, el fiscal visará el original y remitirá la copia al ministro de Relaciones Exteriores.

Aunque la ley no lo dice expresamente, el acto deberá indicar el lugar exacto de su destino final, es decir, la dirección del lugar donde se encuentre el domicilio real o provisional de la persona a quien se le notifica el acto, ya que -de otro modo- el Ministerio de Relaciones Exteriores no tendría forma de hacer llegar el acto a su destinatario y no causaría ningún efecto.

La redacción del referido texto del Código de Procedimiento Civil es complementada por el artículo 184 de la Ley Orgánica del Cuerpo Consular Dominicano núm. 1438, del 14 de enero de 1938. En la Sentencia núm. 3, del 20 de junio de 2001, la Suprema Corte de Justicia hizo una interpretación de las disposiciones del procedimiento a seguir para la notificación en el extranjero, estableciendo el siguiente criterio:

Considerando, que es criterio constante de esta Suprema Corte de Justicia que cuando, como en el caso, (...) el demandado tiene su domicilio real en el extranjero, la notificación debe hacerse conforme lo dispuesto en el párrafo 8 del Artículo 69 citado, esto es, en el domicilio del fiscal del tribunal que deba conocer de la demanda, el cual luego de visar el original, remitirá la copia al Ministro de Relaciones Exteriores; que cuando no se procede en la forma indicada y el acto no llega a manos del interesado, es obvio que no ha comenzado a correr el plazo del recurso de apelación, puesto que solo una notificación regular, la cual no tuvo lugar en la especie, abre el plazo para la interposición del recurso;

Considerando, que la protección que el legislador ha querido brindar a los demandados que no residen en el país se pone aún más de manifiesto cuando de manera mandatoria dispone en el artículo 184 de la Ley Orgánica del Cuerpo Consular Dominicano N.º 1438 del 14 de enero de 1938, que: 'los Cónsules harán llegar a manos de los interesados las notificaciones a que se refiere el párrafo 8 del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que le hayan sido enviadas para tal fin por la Secretaría de Relaciones Exteriores. Deberán en consecuencia reclamar de las personas notificadas su presentación en la oficina consular para la entrega de dichos actos o trasladarse a sus domicilios para verificar, previo recibo por duplicado que enviarán al Ministerio de Relaciones Exteriores, reservando una copia en sus archivos. En caso de que la persona notificada se negare a recibir el acto o hubiere imposibilidad de efectuar la entrega deberán los cónsules devolverlo a la Secretaría de Relaciones Exteriores'; que la forma imperativa en que está redactado el texto legal antes transcrito



revela, sin duda alguna, la necesidad de preservar el derecho de defensa de la persona requerida con domicilio en el extranjero (...).

En cuanto a la efectividad del procedimiento así cumplido, la Suprema Corte de Justicia ha considerado que, para que se efectúe el voto de la ley, el acto debe ser recibido por su destinatario, a falta de lo cual, y sin importar la causa que impida la no recepción, el acto no sería considerado válido. (Cas. Civil, Sentencia núm. 2, del 6 de septiembre de 2000).

De manera más reciente, y en lo que concierne a las notificaciones, el Tribunal Constitucional ha establecido el criterio de que solo puede tomarse como válida y eficaz una notificación, si la misma es recibida por la persona a la cual se destina o si es entregada debidamente en su domicilio; por tanto, en cualquier caso, la inactividad procesal solo puede surtir efecto legalmente válido con respecto a dicha persona solo si se comprueba que ciertamente esta ha recibido, en las circunstancias enunciadas, el documento o sentencia que la conmina a efectuar una determinada actuación judicial (Ver Sentencia del TC/0034/2013, del 15 de marzo de 2013).

La constancia de la recepción resulta imprescindible para comprobar el cumplimiento del debido proceso. Así lo determinó el Tribunal Constitucional en su Sentencia TC 0420/15, donde, en ocasión de un recurso de revisión de decisión jurisdiccional, consideró que comprobó que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia declaró inadmisibile el recurso de casación por prescripción del plazo, otorgándole plena validez y eficacia al solo oficio de remisión que hiciera el Ministerio de Relaciones Exteriores al cónsul de la República Dominicana en el estado de Nueva York, sin procurar la constancia de que en realidad la persona a la cual se destinó tal documento efectivamente lo recibió.

En la referida sentencia el Tribunal Constitucional consideró que tal proceder (el de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia) compromete e impide el cumplimiento de las normas del debido proceso, lo cual tiene que encontrar total aplicación en las diferentes actuaciones, tanto en las propiamente judiciales como en el campo puramente administrativo, entrañando, en consecuencia, una vulneración al derecho fundamental de defensa, cuestión que arriesga la garantía fundamental de obtener una tutela judicial efectiva con respeto al debido proceso. El Tribunal Constitucional consideró, además, que la Tercera Sala de la SCJ, en el momento en el cual declaró

inadmisible el recurso de casación por extemporáneo, incurrió en una franca transgresión al derecho de defensa del recurrente, entrando en una abierta contradicción con la orientación jurisprudencial que esa misma Alta Corte había consolidado.

## **5. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

### **5.1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERAMERICANO**

La competencia en materia civil y comercial se determina, esencialmente, en función de tres factores: el lugar, la materia y la persona. Esto aplica tanto en el derecho interno como en el ámbito internacional.

En el ámbito del derecho internacional iberoamericano rige, como regla general, que será en primer término juez competente para conocer los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante al que pertenezca el juez o tenga en él su domicilio, y salvo el derecho local contrario; pero esta sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación (Art. 318, Código de Bustamante).

El referido Código prohíbe la sumisión expresa o tácitamente para un recurso a juez o tribunal diferente de aquel a quien esté subordinado, según las leyes locales, el que haya conocido en primera instancia (Art. 320).

La sumisión expresa se realiza mediante la suscripción de una convención privada de las partes (Art. 321). Un caso común de sumisión expresa es el que se da, particularmente, en materia de arbitraje, en lo que se conoce como la competencia prorrogada, sobre lo cual la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado de la siguiente forma:

(...) que cuando el arbitraje es voluntario descarta la intervención de las jurisdicciones de derecho común por efecto de una prorrogación convencional de competencia, en las mismas condiciones que si se

tratara de sustituir la competencia de una jurisdicción del Estado a otra... (SCJ - Casación Civil 30/11/2011, B.J. N.º 1212 de noviembre de 2011).

La sumisión tácita se establece por el hecho de que el demandante acuda al juez interponiendo la demanda; y por el demandado, con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria (Art. 322). Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados, y subsidiariamente el de su residencia (Art. 323).

Para mayores detalles respecto a estas reglas de competencia, se sugiere ver las disposiciones del Título II, capítulos I y II del Código de Bustamante. La Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Montevideo, Uruguay, el 5 de agosto de 1979, establece (Art. 2): “Los jueces y autoridades de los Estados Parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

Un Estado Parte podrá negarse a aplicar la ley nacional del otro, cuando las instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos (Art. 3). En cuanto a la interposición de recurso, de conformidad con el Art. 4 de la referida Convención sobre normas generales, todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados Parte que haya resultado aplicables.

## **5.2. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL**

En el derecho internacional general, la República Dominicana no se ha integrado formalmente a la “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, a pesar de haber sido admitida como Estado que ha solicitado convertirse en Miembro, habiendo sido admitida por medio de votación. Sin embargo, aún está pendiente de su aceptación

al Estatuto de dicha Conferencia, para que la admisión sea efectiva, lo que no ha ocurrido al momento de la redacción de esta obra y, por tanto, ese es el estatus con que nuestro país sigue apareciendo en el portal de internet de dicha organización, al igual que Colombia y Líbano. Esa situación ha impedido que la República Dominicana haya podido integrarse completamente, mediante las correspondientes adhesiones, a los tratados de derecho internacional general a los que tiene aplicación, en cuanto a la competencia jurisdiccional, como es el caso del “Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro”, del 25 de noviembre de 1965, aprobado en Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que sobre el particular dispone:

En las materias a las que se aplica el presente Convenio y bajo las condiciones que prescribe, las partes pueden, por un acuerdo de elección de foro, designar para conocer de los litigios nacidos o que puedan nacer entre ellas con ocasión de una relación jurídica determinada: 1) Sea los tribunales de uno de los Estados contratantes, siendo entonces el tribunal especialmente competente el que prevean, en su caso, la ley o las leyes internas de este Estado; y 2) Sea un tribunal expresamente designado de uno de los Estados contratantes a condición, en todo caso, de que dicho tribunal sea competente según la ley o las leyes internas de ese Estado (Ver Art. 1, Convenio de la Haya, elección de foro, 1965).

Según el Art. 2 del citado Convenio de La Haya, las materias en que se aplicará el mismo son las siguientes:

- 1) En materia del Estado o capacidad de las personas, o en materia de derecho de familia, comprendidos los derechos y obligaciones personales y patrimoniales entre padres e hijos y entre cónyuges;
- 2) En materia de obligaciones alimenticias en la medida en que no queden incluidas en la Norma del número 1;
- 3) En materia sucesoria;
- 4) En materia de quiebra, convenio de quiebra o procedimientos análogos, comprendidas las decisiones que puedan resultar y que se refieran a la validez de los actos del deudor; y
- 5) En materia de derechos reales inmobiliarios.

### 5.3. CONVENIOS PENDIENTES DE ADHESIÓN POR PARTE DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Existen otros convenios sobre derecho internacional privado, aprobados en la “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, que están pendientes de que nuestro país declare su adhesión y de que, debido a las materias sobre las que versan, resultarían de mucha utilidad para la agilización de los procesos civiles. Estos son los siguientes:

- 1) Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (hecho el 15 de noviembre de 1965), aplicable en materia civil o comercial a todos los casos en que un documento judicial o extrajudicial deba ser remitido al extranjero para su notificación o traslado;
- 2) Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (hecho el 18 de marzo de 1970). Este está destinado a regir, en materia civil o comercial, que la autoridad judicial de un Estado contratante podrá, en conformidad a las disposiciones de su legislación, solicitar de la autoridad competente de otro Estado, por carta rogatoria, la obtención de pruebas, así como la realización de otras actuaciones judiciales;
- 3) Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial (hecho el 1 de febrero de 1971) aplicable a las decisiones dictadas en materia civil o comercial por los tribunales de los Estados contratantes, sin importar cualquiera que sea la denominación dada en el Estado de origen, tanto al procedimiento como a la misma decisión, tal como sentencia, providencia o mandato de ejecución;
- 4) Convenio para Regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio (hecho el 15 de junio de 1955). Este convenio constituye el marco referencial internacional para la determinación de la competencia en razón del domicilio;
- 5) Convenio sobre la Administración Internacional de las Sucesiones (hecho el 2 de octubre de 1973), el cual contiene disposiciones que obligan a los Estados contratantes a emitir un certificado internacional designando a la(s) persona(s) habilitada(s) para administrar la sucesión mobiliaria e indicando sus poderes. El certificado será emitido por

la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del causante.

## **6. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

### **6.1. LA AUTENTICACIÓN**

Originalmente, para dar autenticidad y hacer valer un documento en un país distinto adonde había sido creado, era necesario recurrir a una serie de trámites burocráticos y de “legalizaciones” sucesivas que hacían el proceso extremadamente lento y costoso; pero esa situación cambió considerablemente a partir del “Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros”, suscrito en La Haya el 5 de octubre de 1961, denominado también “Convenio sobre Apostilla”, el cual entró en vigor el 24 de enero de 1965.

La apostilla consiste en la autenticación del origen de un documento público, ya se trate de un acta del estado civil (de nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, etcétera), de una sentencia o de un acta notarial, entre otros. Obviamente, el “Convenio sobre Apostilla” y las exigencias de este solo aplican para los países suscriptores al mismo; en cambio, para aquellos países que no forman parte del Convenio se aplicarán las reglas particulares que, mediante convenios bilaterales o multilaterales, se encuentren vigentes en esos países. De hecho, la República Dominicana no fue miembro original del “Convenio sobre Apostilla”, pero declaró su adhesión al mismo el 12 de diciembre de 2008, siendo ratificado el 30 de agosto de 2009.

Por otra parte, conforme al “Convenio de La Haya”, una apostilla nunca puede ser utilizada para el reconocimiento de un documento en el país en el cual fue emitido, es decir, la apostilla no será exigida ni otorgará validez a un acta notarial emitida por un notario de la República Dominicana si su finalidad es ser presentada ante las autoridades en este país. Solo se exige en los casos en que el documento ha de ser presentado ante las autoridades de un país distinto del que emite el documento. Tampoco será necesaria la apostilla si las leyes del país donde ha de ser presentado el documento susceptible de apostilla no la exigen.

Aunque la ley de cada país puede determinar qué documentos se consideran públicos, a los fines del “Convenio sobre Apostilla” (Art. 1) se considerarán como documentos públicos los siguientes:

- a) Los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público, o de un secretario, oficial o agente judicial;
- b) Los documentos administrativos;
- c) Los documentos notariales;
- d) Las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como: menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas.

El mismo Artículo 1 excluye del requerimiento de apostilla lo que se describe a continuación:

- a) Los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares; y
- b) Los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

La única formalidad que puede exigirse para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido (Art. 3), será la fijación de la apostilla que se colocará sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo y que deberá acomodarse al modelo anejo al presente Convenio (Art. 4).

La apostilla podrá redactarse en la lengua oficial de la autoridad que la expida. Las menciones que allí figuren también podrán ser escritas en una segunda lengua. El título “Apostille (Convention de La Haye du 5 octubre 1961)” deberá mencionarse en lengua francesa.

Asimismo, es deber de cada Estado contratante designar las autoridades consideradas en base al ejercicio de sus funciones como tales, a las que dicho Estado atribuye competencia para expedir la apostilla (Art. 6). La apostilla se colocará sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo y deberá acomodarse al modelo estándar previsto en el Convenio (Art. 4), según se copia a continuación:

<b>APOSTILLE</b> (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)	
1. País: .....	
El presente documento público	
2. ha sido firmado por.....	
3. quien actúa en calidad de.....	
4. y está revestido del sello/timbre de.....	
Certificado	
5. en ..... 6. el día .....	
7. por.....	
8. N.º .....	
9. Sello/timbre:	10. Firma:
.....	.....

## 6.2. FORMALIDADES EXIGIDAS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La documentación a ser utilizada como medio de prueba ante las autoridades dominicanas, solo debería exigirse la apostilla a la cual hemos hecho referencia. Sin embargo, aún han sido derogadas las disposiciones de la Ley núm. 716 del 1944, sobre las Funciones de los Cónsules, la cual, entre otras cosas, establece: “Art. 3. Todo documento que se destine a exhibirse ante funcionarios públicos dominicanos, administrativos o judiciales, deberá estar certificado por el funcionario consular de la jurisdicción en que fuere expedido” (Ver Ley núm. 716 del 1944).

## 6.3. EXIGENCIA DEL IDIOMA OFICIAL NACIONAL

En cuanto al idioma, los documentos a ser presentados como medios de prueba ante los tribunales dominicanos deben ser sometidos a la traducción en castellano o español, para ser admitidos como medios válidos de prueba no solo por ser el idioma oficial de la República Dominicana (Art. 29, CD), sino porque así lo exigen varias leyes.



La Ley Núm. 5136 del 1912, en su Artículo 2, establece: “Toda solicitud, exposición o reclamo por ante cualquiera de los Poderes del Estado o sus dependencias será expuesto por escrito u oralmente, según proceda, en idioma castellano, so pena de no ser tomada en consideración...”. Dicho artículo termina diciendo: “Asimismo se harán traducir por los intérpretes correspondientes, los documentos escritos en un idioma extraño que deba conocer la autoridad pública”.

En tanto, en la Ley núm. 544-14, sobre derecho internacional privado (Art. 98), se exige que todo documento redactado en un idioma que no sea el español se acompañará de su traducción. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, si alguna de las partes la impugnare dentro de los siguientes cinco días después del traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta, y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario Judicial ordenará, respecto de la parte en que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado (Art. 98.1).

La Ley Núm. 821 del 1927 sobre Organización Judicial (Art. 102) dispone que en los distritos judiciales en donde hubiere intérprete judicial no se admitirá en juicio, ni en ninguna oficina judicial, ninguna traducción que no haya sido hecha por dicho intérprete, o certificada por él como fiel y conforme con el original.

#### **6.4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES Y ACTOS EXTRANJEROS**

La primera disposición que, en el marco del derecho civil dominicano, hace referencia a la ejecución de las sentencias extranjeras es el Artículo 2123 del Código Civil, que en su parte *in fine* dispone: “(...) No pueden tampoco resultar la hipoteca de los fallos que se hayan dado en país extranjero, sino cuando se declaren ejecutivos por un tribunal de la República, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puedan contenerse en las leyes políticas o en los tratados”.

En materia procesal civil existe una disposición de alcance general, relativa a la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, que establece: “Las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por los oficiales extranjeros son ejecutorios en el territorio de la República, de la manera y en los casos previstos por la ley” (Art. 122, Ley núm. 834 del 1978).

La referida disposición no establecía el procedimiento a seguir para tales fines, porque aparentemente el legislador no consideró necesario reglamentar el procedimiento y, como según ha sido establecido en el Art. 4 del Código Civil no le es dable a ningún juez rehusarse a juzgar, pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. En caso de hacerlo podría ser perseguido como culpable de denegación de justicia, los jueces o los tribunales otorgaban la ejecutoriedad, fundado básicamente en lo siguiente aspectos:

- a) La comprobación de la autenticidad del documento, mediante la apostilla y el visado por el Cónsul correspondiente;
- b) La constancia del carácter definitivo de la decisión; y
- c) La traducción por un intérprete judicial en los casos de documentos redactados en un idioma distinto al castellano o español.

En sociedades y sistemas de justicia con un grado de avance superior al nuestro, quizás no haya que decirle a un juez cómo hacer cada cosa y no todos tienen las mismas destrezas, habilidades, experiencias y los conocimientos para administrar justicia en condiciones y, sobre todo, sin existir los mecanismos para atacar el acto de ejecutoriedad una vez otorgado, era necesario que, ya fuera mediante un procedimiento transitorio establecido por la Suprema Corte de Justicia en virtud del Art. 29 de la Ley núm. 821 sobre organización judicial o mediante una ley, se reglamentará lo concerniente a las condiciones para el otorgamiento de la ejecutoriedad y los recursos contra la decisión.

Los primeros pasos normativos en materia de ejecutoriedad de decisiones judiciales se dieron con la aplicación del Código de Bustamante, pero este solo tiene aplicación en el ámbito iberoamericano y no en todos los países de Iberoamérica. No obstante, respecto de los países que no formaban parte de dicho Convenio seguía sin existir una reglamentación clara, cosa que ha venido a ser, más o menos, resuelta con la Ley núm. 544-14, la cual, en su Artículo 97, establece los requisitos a los que deben someterse los documentos públicos extranjeros. Veamos:

Según dicha ley, la fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros se somete a los siguientes requisitos:

- 1) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en la ley de la autoridad,

donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio; y

- 2) Que el documento contenga la legalización o apostilla, y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en la República Dominicana.

Cuando los documentos extranjeros incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de estas se tendrán por probada, pero su eficacia será la que determine las normas dominicanas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

## 6.5. TRIBUNAL COMPETENTE PARA EMITIR EL EXEQUÁTUR

Contrario a como ocurría anteriormente, los tribunales de derecho común, esto es, los Tribunales de Primera Instancia, en atribuciones civiles podían ser competentes para conocer y decidir las solicitudes de exequátur para las sentencias extranjeras; sin embargo, a partir de la Ley Núm. 544-14, esa competencia fue concentrada en la Cámara Civil y Comercial del Tribunal de Primera Instancia del Distrito Nacional (Art. 91).

La decisión que se adopte en este caso será susceptible de apelación. Afortunadamente, esa competencia solo aplica para las decisiones de carácter contencioso, no así para las decisiones dictadas por los tribunales extranjeros en materia administrativa o jurisdicción voluntaria. El Tribunal Constitucional dominicano, en ocasión de un recurso de revisión de sentencia de amparo, estableció el criterio siguiente:

(...) lo relativo a la presente acción de amparo preventivo, esta sede constitucional entiende que la misma debe ser rechazada por el hecho de que el examen y la solución del presente conflicto escapa del alcance de la acción de amparo, por cuanto requiere de una evaluación del asunto, a los fines de comprobar la regularidad y la autoridad irrevocable de la sentencia extranjera, conforme a las reglas del país de origen de la misma, así como su legítima ejecutoriedad en República Dominicana y su conformidad con nuestros principios constitucionales, mediante el procedimiento de homologación y obtención de exequátur ante los tribunales ordinarios, establecido en los artículos 89 al 91 de la Ley núm. 544-14, de derecho internacional privado de la República Dominicana (Sentencia TC/0292/2018).

Con esa decisión, el Tribunal Constitucional reconoce las disposiciones de la Ley Núm. 544-14, como el mecanismo idóneo para la obtención del exequátur para la ejecución de las sentencias extranjeras en la República Dominicana.

## **6.6. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES**

En materia de arbitraje, en el ámbito interamericano, existe la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975, establece (Artículo 4):

Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

En el derecho internacional general rige la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), la cual se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado, donde se pide su reconocimiento y ejecución (Art. 1.1). En este último convenio se describe (Art. 1.2), el alcance de la expresión “sentencia arbitral” la cual, según dicho convenio, no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

Al igual que el primero de dichos tratados, este último dispone (Art. 3), en cuanto al procedimiento para el reconocimiento, que cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, no pudiendo imponerse condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

El reconocimiento de un laudo o sentencia arbitral implica, en definitiva, la ejecución, pues de nada serviría reconocer su existencia y validez, sino para que sea ejecutado. De modo que el reconocimiento trae aparejada la obligación de crear los mecanismos para la ejecutoriedad, es decir, hacer efectivo el acto de que se trate.

El convenio de New York establece (Art. 4) que los documentos a depositar para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral serán: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; y b) Documento que contiene la “cláusula compromiso” o “cláusula arbitral”. En caso de que los documentos no estuvieren redactados en el idioma oficial, deberán ser certificados por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Al establecer los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de las decisiones arbitrales, se crea el marco jurídico internacional para ejecutar un laudo o sentencia arbitral en un país distinto del cual fue dictado; sin embargo, el legislador dominicano consideró necesario reglamentar la ejecución por medio de la Ley N.º 489-08 sobre Arbitraje Comercial, la cual, en su Artículo 42, establece: “Los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero se ejecutan en la República Dominicana, de conformidad con la presente ley y los tratados, pactos o convenciones vigentes en el país, que les fueren aplicables”.

Las disposiciones del texto que acabamos de copiar constituyen una redundancia, pues en los tratados reconocen las referidas decisiones. Por otra parte, la ley dispone (Art. 43) que los interesados deben depositar mediante instancia, por ante el tribunal correspondiente, un original del laudo y del convenio arbitral o del contrato que lo contenga.

## **6.7. NORMA SUPLETORIA RESPECTO DE LA EJECUTORIEDAD**

Al establecer los requisitos para el otorgamiento del exequátur (Art. 97), la Ley Núm. 544-14 sobre derecho internacional privado no exige que las sentencias o jurisdiccionales tengan carácter definitivo para su ejecución en el territorio nacional; tampoco se exige lo relativo a la prueba de la ejecutoriedad y la exigencia de una notificación previa, y ocurre lo mismo con la Ley Núm. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, lo

cual podría parecer como que el legislador ha incurrido en una omisión, pero no existe tal omisión por las razones expuestas a continuación:

El legislador ha atribuido competencia expresa a los tribunales civiles para conocer y decidir lo relativo a la ejecutoriedad de las decisiones jurisdiccionales (Art. 91, Ley núm. 544-14) y de las sentencias o laudos arbitrales (Art. 9.5, Ley núm. 489-08). Por tanto, en ambos casos, los tribunales civiles no pueden sustraerse del cumplimiento de las formalidades propias de cada juicio (Art. 69.7, CD); en este caso particular de la aplicación está lo que, en cuanto a la ejecutoriedad de las sentencias extranjeras, establece la Ley núm. 834 del 1978.

La Ley núm. 834 constituye un derecho común y, en su artículo 122, establece que las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros son ejecutorias en el territorio de la República, de la manera y en los casos previstos en la ley, sin hacer distinción alguna entre sentencias o decisiones jurisdiccionales y sentencias o laudos arbitrales. Cuando la ley prevé la ejecutoriedad de la manera y en los casos previstos en la ley, se refiere a lo dispuesto en los Artículos 115 al 117 de la Ley Núm. 834, esto es: a) La presentación de la copia certificada, ya sea de las sentencias jurisdiccionales o de la sentencia arbitral; b) La notificación previa de la decisión de que se trate; y c) La prueba del carácter ejecutorio o definitivo.

En cuanto a la prueba del carácter definitivo de las decisiones, se trata de una de las garantías mínimas del debido proceso, ya que, según las previsiones constitucionales: toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley (Art. 69.9, CD) y la irrevocabilidad a la que se refiere el Art. 60.3 de la CD. A la luz de lo establecido por el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no podría innovarse que esas garantías constitucionales a las que hemos hecho referencia solo tengan aplicación en el proceso penal, pues tal y como lo dispone la referida Convención:

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.

## 6.8. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN QUE OTORGA EXEQUÁTUR

Como la solicitud de exequátur se realiza en jurisdicción voluntaria o graciosa, *inaudita altera pars*, es decir, sin oír a la otra parte, la cual, en el caso de que sea acogida la solicitud, la parte a quien se le ha de oponer la decisión que otorga el exequátur no tiene participación en el proceso en primer grado.

Surge entonces la pregunta: ¿Cómo impugnar la decisión que otorga el exequátur? La respuesta la ofrecemos en los siguientes puntos.

## 6.9. RECURSO DE APELACIÓN PARA QUIEN SOLICITA EL EXEQUÁTUR

En cuanto a las decisiones jurisdiccionales extranjeras, la Ley núm. 544-14 de derecho internacional privado, dispone, en el párrafo II de su Art. 91, lo siguiente: “La decisión del tribunal será susceptible de apelación, conforme al derecho común”.

Esa disposición, por la forma en que ha sido redactada, puede ser interpretada en el sentido de que el recurso en esta materia sería el de la forma ordinaria de los emplazamientos, como si se tratara de una cuestión de carácter contencioso. Sin embargo, es preciso tener presente que el mismo Artículo 91 dispone, en su párrafo I, que el tribunal establecido en este artículo para el conocimiento del trámite del exequátur, realizará el procedimiento en jurisdicción graciosa, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 97.

De modo que el procedimiento de derecho común a que se refiere el párrafo II, no puede ser otro que el mismo de la jurisdicción graciosa en la cual la apelación se interpone por medio de una instancia sobre requerimiento ante el tribunal superior, Corte de Apelación a que corresponda el Tribunal que dictó la decisión impugnada. Este procedimiento es el que, en derecho común, está previsto respecto de las medidas cautelares que se solicitan a los tribunales civiles en materia de jurisdicción voluntaria o graciosa, tales como: embargo conservatorio, inscripción provisional de hipoteca judicial o embargo en reivindicación, previstas en los Artículos 48, 54 y 826 del Código de Procedimiento Civil. Las medidas cautelares antes mencionadas, al igual que el exequátur, están previstas a ser dictadas por los tribunales civiles en sus competencias administrativas y en jurisdicción voluntaria o graciosa, *inaudita altera pars*, no en materia contenciosa; mientras que, la parte

interesada, esto es el solicitante de dichas medidas, tiene abierto el recurso de apelación por vía de requerimiento ante el tribunal superior, esto es la Corte de Apelación correspondiente, para el caso de que tales medidas les sean rechazadas o no les sean otorgadas en la forma solicitada.

Las disposiciones del Artículo 443 y los siguientes del Código de Procedimiento Civil no tienen aplicación en la especie, pues estos se refieren al proceso contencioso civil, no al proceso civil administrativo. De modo tal que, cuando en el párrafo II del Art. 91 de la referida ley se habla de apelación como vía de impugnación, se refiere a la parte que solicita la ejecución, para el caso de que esta le sea negada o no sea otorgada en la forma solicitada; esto así, porque el procedimiento para la solicitud de exequátur se realiza *idaudita altera pars*, sin previa notificación de la solicitud a la parte contra la cual se pretende ejecutar. Las partes contra las cuales se pretenda ejecutar, sean estas naturales o jurídicas, no tienen abierto el recurso de apelación contra una decisión administrativa dictada en un proceso en jurisdicción voluntaria o graciosa en el cual no hayan participado, igual ocurre en el caso de terceros que no hayan sido parte del proceso del cual haya emanado la decisión para la cual se solicita exequátur. Esto así, porque en nuestro ordenamiento jurídico la forma de impugnar las decisiones dictadas en jurisdicción graciosa es la acción principal en nulidad.

## 6.10. MODO DE IMPUGNACIÓN PARA LOS TERCEROS

Tanto en la Ley núm. 544-14 sobre derecho internacional privado, como en la Ley núm. 489-08, prevén que el procedimiento para la solicitud y el otorgamiento del exequatur se hará en jurisdicción voluntaria o graciosa. Es decir, esto es dentro de las competencias administrativas del tribunal ante el cual se solicite, el cual adoptará la decisión *inaudita altera pars*, sin oír a la otra parte, los terceros interesados en impugnar la decisión dictada sobre el exequátur, deberán hacerlo mediante el procedimiento ordinario previsto en nuestro ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas por los tribunales dominicanos en materia administrativa, estos mediante una acción principal en nulidad. En nuestro ordenamiento jurídico, los que no han sido parte de un proceso del cual emana la decisión dictada por los tribunales civiles en materia administrativa no tienen abierto el recurso de apelación, tampoco pueden impugnarla mediante una vía de recurso extraordinario, ya que la decisión que se adopta en jurisdicción graciosa no tiene por objeto



solucionar una controversia judicial entre partes, sino que la función del juez se limita a constatar la regularidad o no de una situación jurídica. Sobre este particular, existe profusa jurisprudencia nacional, de la cual citamos algunos ejemplos a continuación:

Con motivo de un conflicto derivado de la homologación de un contrato de *cuota litis*, suscrito entre un abogado y su cliente, el cual fue homologado por el tribunal correspondiente, la discusión principal giró en torno al tipo de recurso o la vía mediante la cual debía ser impugnada la homologación. El asunto fue finalmente resuelto por la Suprema Corte de Justicia mediante los razonamientos de los cuales se extrae el siguiente fragmento:

(..) que por ser un auto que homologa un contrato entre las partes se trata de un acto administrativo distinto a un auto aprobatorio del estado de costas y honorarios, que no es susceptible de recurso alguno, sino sometido a la regla general que establece que los actos de juez que revisten esa naturaleza solo son atacables por la acción principal en nulidad... (Ver Primera Sala, 9 de abril de 2014, B. J. 1241).

Con motivo de una demanda en nulidad de sentencia de rectificación de acta de nacimiento, se dio un conflicto entre las partes respecto de la acción a interponer para impugnar el contenido del acta rectificadora por sentencia dictada en jurisdicción graciosa, siendo finalmente resuelto el asunto por la Suprema Corte de Justicia, con los razonamientos de los cuales se extrae el siguiente fragmento:

Considerando, que esta jurisdicción comparte lo expresado por la alzada, pues en efecto, como fue correctamente valorado por esta, ese ha sido el criterio de esta sala, en el sentido de que las decisiones de carácter administrativo o de administración judicial emitida por los tribunales de justicia sobre instancia o a requerimiento de una parte, en principio no son susceptibles de las vías de recurso ordinario, ni extraordinario, pues estas decisiones no tienen por objeto solucionar una controversia judicial entre partes, sino más bien el juez solo contacta (sic) la regularidad o no de una situación jurídica, tal y como ocurre en el presente caso, ya que la aludida sentencia administrativa a que hace mención la recurrente, surge como consecuencia de la instancia elevada por ella mediante la cual perseguía la rectificación de un alegado error material en su acta de nacimiento; que entre las condiciones esenciales para que un acto judicial pueda ser

impugnado por las vías recursivas se encuentra la de que constituya una verdadera sentencia, es decir, que resuelva una contestación entre partes, lo cual no ocurre en la indicada sentencia, por lo que tal y como juzgó la corte *a qua*, las decisiones, autos o resoluciones administrativas no están revestidas de la autoridad de la cosa juzgada, pues necesariamente no desapoderan al juez que las ha emitido y tal como se indicó precedentemente, no son, en principio, impugnables por ninguna vía de recurso, sino más bien pueden ser objeto de una acción principal en nulidad... (Ver Primera Sala SCJ, Sentencia 1363, 14 de diciembre de 2016. Boletín inédito).

Ese criterio que, en materia civil ordinaria, resulta de una interpretación tácita de las normas que rigen el proceso civil; pero en materias especializadas como la inmobiliaria, resulta de una disposición expresa de la Ley, siendo este el caso del párrafo 2 del Art. 80 de la Ley de Registro Inmobiliario, respecto del cual la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el siguiente criterio:

(...) que el recurso de apelación en materia inmobiliaria, solo puede ser interpuesto por las personas que hayan sido parte en el proceso, de conformidad con lo que establece el artículo 80 párrafo II, de la Ley núm. 108-05, de Registro Inmobiliario, antes transcrito, y que dicho proceso haya sido contradictorio; que, al no tener el recurrente la posibilidad de poder recurrir en apelación, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia entiende, como lo ha establecido en otras decisiones, que estos podían hacer uso de la vía directa en demanda de nulidad de deslinde por ante el Tribunal de Tierras de Jurisdicción Original (Ver Tercera Sala, Sentencia núm. 150, del 15 de marzo de 2017, Boletín inédito).





# **CAPÍTULO XIII**

## **EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL**

**Santiago Ripol Carulla**



# CAPÍTULO XIII

## EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

Santiago Ripol Carulla

### INTRODUCCIÓN

La garantía jurisdiccional de los derechos de los particulares en las relaciones privadas internacionales constituye uno de los problemas que conciernen al derecho internacional privado, tal como esta disciplina se entiende, por la mayoría de la doctrina, en España. La correcta regulación de estas garantías plantea, a su vez, tres problemas básicos, en torno a cuyo estudio se articula el presente tema.

Los problemas a los que se hace referencia son:

- Establecimiento de los límites de la jurisdicción del Estado, esto es, la delimitación de la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado, para conocer de los litigios derivados del tráfico jurídico externo;
- La regulación de las peculiaridades que la presencia de un elemento extranjero introduce en el proceso; y
- El reconocimiento y la ejecución en un Estado de las decisiones dictadas por un tribunal extranjero.

Desde el punto de vista de las fuentes que regulan esta cuestión, al tratarse de normas relativas al proceso (y no al fondo del litigio) son normas que han sido establecidas por el legislador estatal del foro. Sin embargo, debe indicarse que, en el caso de España, esta afirmación inicial ha variado de forma muy importante a raíz de la importancia adquirida por los convenios internacionales de los que España es parte y, sobre todo, de la regulación llevada a cabo en este ámbito por la Unión Europea en los últimos años.

El Título IV del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Ámsterdam, 2000) incluyó el artículo 61, de acuerdo con el cual el Consejo, “a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de

justicia”, adoptará, entre otras, “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65”. Este, por su parte, concreta tales medidas a “las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”.

De todos modos, como ha señalado A. Borrás, estas realizaciones de la Comunidad Europea en la materia no parten de cero, puesto que, sobre la base del artículo 220 TCE (en su versión original de 1957), los Estados miembros de la Comunidad Europea concluyeron el Convenio de Bruselas del 29 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, del que España es parte desde 1968, mediante el Convenio de adhesión de San Sebastián.

En la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye un Capítulo III sobre Cooperación judicial en materia civil, cuyo único artículo -el 81 (antiguo artículo 65 TCE)- establece:

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

- a. El reconocimiento mutuo entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- b. La notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- c. La compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d. La cooperación en la obtención de pruebas;
- e. Una tutela judicial efectiva;



- f. La eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
  - g. El desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; y
  - h. El apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de Justicia.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al derecho de familia, con repercusión transfronteriza, se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del derecho de familia, con repercusión transfronteriza, que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.

El DUE goza de primacía respecto de la normativa española, de modo que en las materias -como las señaladas- en las que la UE tiene competencia, la legislación europea es la aplicable. Si existiera una colisión entre esta normativa europea y la aprobada por el legislador español, el DUE prevalece (Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, 15 de julio de 1964, *Costa v. ENEL*; 14 de diciembre de 1971, *Politi*; 13 de julio de 1972, *Comisión c. Italia*; 9 de marzo de 1978, *Simenthal*; y 1 de julio de 1992, *Declaración del Tribunal Constitucional de España*).

Comentando el conjunto de instrumentos adoptados por la UE, con base en el artículo 81 TFUE, A. Fernández-Tresguerres ha escrito:

Siguiendo la técnica normativa propia del derecho internacional privado, el primer interés de la Unión Europea fue consolidar el principio de confianza mutua judicial mediante reglas uniformes de competencia internacional destinadas a suprimir el exequátur. Su

base jurídica es el artículo 81 del TFUE, que facilita la eliminación de obstáculos en el desarrollo de los procedimientos civiles, ante la necesidad de compatibilizar las reglas de procedimiento (Tresguerres García, 2019, 191).

## **1. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES, ARTÍCULOS 22-22 NONIES DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

La competencia judicial internacional (CJI) puede definirse como:

La aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria. En otras palabras, se trata de determinar en qué casos y con arreglo a qué criterios y principios, los órganos jurisdiccionales y las autoridades públicas españolas pueden conocer de los litigios suscitados por las situaciones privadas internacionales (Calvo-Caravaca; Carrascosa González, 2018, 106).

El profesor J.D. González Campos señaló que la noción de competencia judicial internacional se caracteriza por los cuatro aspectos siguientes:

1. La categoría del litigio derivado del tráfico jurídico externo, en el que existe una o más circunstancias de extranjería;
2. Por cada legislador estatal se atribuye a sus propios juzgados y tribunales, por lo que se trata de una ordenación legal de carácter unilateral (aunque como se ha indicado previamente dos o más Estados puedan regular esta materia mediante un tratado internacional o a través de disposiciones adoptadas por los órganos de una organización internacional, como la Unión Europea);
3. Constituye una cuestión de competencia judicial que, por lo tanto, opera como presupuesto del proceso y que tiene un carácter global *rationae materiae*: cuando se suscite el litigio con elementos extranjeros, ante los juzgados o tribunales de cualquier orden jurisdiccional, estos deberán establecer antes de conocer el

asunto y decidir las pretensiones, si les corresponde la facultad de ejercer la potestad jurisdiccional en dicho litigio; y

4. Es una noción aplicable tanto a la jurisdicción contenciosa como a la voluntaria.

Los criterios que los diferentes ordenamientos jurídicos estatales utilizan para reconocer la competencia judicial internacional de sus tribunales son varios, en particular:

- Criterios personales: nacionalidad, residencia habitual o residencia de las dos o de una de las partes en el proceso;
- Criterios territoriales: el hecho de que los bienes objeto del litigio se hallan en el propio territorio, el hecho de que el negocio jurídico del que deriva el litigio se haya celebrado en el Estado territorial, o el hecho de que la obligación que se deriva del negocio jurídico deba cumplirse en este último; y
- Otros criterios de menor importancia sin *forum connexitatis*, *forum reciprocitatis*.

El derecho español regula la cuestión de la CJI de los juzgados y tribunales españoles en el ámbito civil y mercantil, principalmente en dos textos legales: la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) y, sobre todo, la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (1985). Ahora bien, estas leyes son de aplicación subsidiaria, de modo que solo serán aplicables en defecto de texto internacional -convenios internacionales, multilaterales o bilaterales, reglamentos europeos (e.gr. Bruselas Ibis o Bruselas IIbis)- o cuando este remita a las leyes nacionales.

Como se ha estudiado, la UE tiene competencia para adoptar normas uniformes que regulan la competencia judicial de los tribunales de los Estados miembros en los casos internacionales. A estos efectos, la UE ha aprobado los Reglamentos Bruselas I-bis del 12 de diciembre de 2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil -sin duda, el más importante en este sector-, y Reglamentos Bruselas II-bis 2201/2003 del 27 de noviembre de 2003 (materia matrimonial y responsabilidad parental). Su nombre proviene del Convenio de Bruselas de 1968, al que se ha hecho referencia y al que han sustituido (Unión Europea, Reglamento 2015/848, 2015).

En julio de 2015 (BOE, 22 de julio) la LOPJ sufrió una importante reforma,<sup>1</sup> cuyo objetivo es actualizar el régimen previsto en la LOPJ al Derecho de la Unión Europea (apartado IV). En su redacción original la competencia judicial internacional de los tribunales españoles estaba determinada en el artículo 22 LOPJ. De su lado, la reforma de 2015 ha descompuesto este artículo 22 en nueve subartículos (*bis*, *ter*, *quarter*...hasta *nonies*). Se distingue entre foros con carácter exclusivo, foros generales y foros especiales. Los artículos 22 *octies* y *nonies* contienen las normas de aplicación o funcionamiento.

Por otro lado, están los foros “con carácter exclusivo”. Se trata de litigios o grupos de litigios, cuyo conocimiento, dado el fuerte interés de España en la materia o la estrecha vinculación del litigio con el ordenamiento español, se reserva a los tribunales españoles, excluyendo a los de cualquier otro Estado.

Están recogidos en el artículo 22 que contiene cinco supuestos de exclusividad jurisdiccional:

- (a) Derechos reales y contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles en España;
- (b) Validez, nulidad o disolución de sociedades españolas o respecto de las decisiones de sus órganos;
- (c) Inscripciones en un registro español;
- (d) Derechos de propiedad industrial registrados en España, o reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en España; y
- (e) Arrendamientos de temporada.

De igual modo, están los foros generales, establecidos en los artículos 22 *bis* y *ter*, por los que se atribuye competencia a los Tribunales españoles en los litigios relativos al tráfico externo con independencia de la materia sobre la que versa el litigio, siempre que haya una sumisión expresa o tácita (autonomía de la voluntad) a los Tribunales españoles (artículo 22 *bis*) o el domicilio del demandado se halle en España (artículo 22 *ter*). Se entenderá que las personas físicas tienen su domicilio en España cuando tengan aquí su residencia habitual; las personas jurídicas, por su parte, tienen su domicilio en España, cuando radique aquí su sede social, centro de administración o administración central y/o su centro de actividad principal.

---

1 Que solo alcanza al ámbito civil, pues los artículos 23 (CJI en el orden penal), 24 (CJI en el orden contencioso-administrativo) y 25 (orden social) no se han modificado.

La LOPJ introduce un foro especial para los supuestos de pluralidad de demandados: si uno de ellos tiene su domicilio en España. En este caso se podrá demandar a todos en España siempre que se ejercite una sola acción o varias, entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación. Es una novedad importante, pues introduce una disposición que incorporaba tanto el Reglamento Bruselas I *bis* [artículo 8 (1)], como algunos convenios internacionales, aunque no la versión original de la LOPJ.

En lo que a los foros especiales respecta, son aquellos en los que la competencia se atribuye a los Tribunales españoles, en atención a ciertas circunstancias propias de los litigios relativos a un concreto sector de materias; a saber: ámbito personal y familiar (artículo 22 *quater*), ámbito patrimonial (artículo 22 *quinquies*), materia cautelar y provisional (artículo 22 *sexies*) y materia concursal (artículo 22 *septies*). En tanto, F. Garcimartín señala que el foro especial, por razón del ámbito patrimonial, será el que tendrá mayor relevancia práctica, “pues el Reglamento Bruselas I *bis* se remite a las normas nacionales, cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado”. En consecuencia, por ejemplo, “la CJI de los Tribunales españoles frente a demandados con domicilio en los EE.UU., Canadá o la mayoría de los países sudamericanos viene determinada por el artículo 22 *quinquies* LOPJ, no por los reglamentos europeos” (Almacén El Derecho, 2015). Como se ha dicho, los artículos 22 *octies* y *nonies* se refieren a las normas de aplicación o funcionamiento de las normas reguladoras (de atribución de foros) mencionadas.

En primer lugar, la ausencia de foro. Señala el artículo 22 *octies* que “los tribunales españoles solo pueden declararse competentes en los casos previstos por la ley”. Por lo tanto, cuando un litigio relativo a una situación privada internacional se presenta ante los tribunales españoles, estos deberán declararse de oficio incompetentes en caso de ausencia de foro de competencia judicial internacional en su favor; y deberán hacerlo en cualquier momento del procedimiento. Ahora bien, esta declaración de incompetencia no cabe “cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados por los tribunales extranjeros”, en coherencia con artículo 22.e).

Por lo demás, se establece por primera vez en nuestro derecho interno un foro de necesidad, según el cual: aunque los tribunales españoles no tuviesen CJI conforme a las reglas señaladas anteriormente, deberán

aceptar su competencia cuando el supuesto litigioso presentase vinculación con España y los tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia. Respecto de esta novedad, F. Garcimartín ha señalado: “La idea no es mala, pero la carga para el actor es excesiva, pues literalmente le obliga a plantear su reclamación en todos los Estados ‘conectados con el supuesto’ y obtener una decisión declarando su falta de competencia (¿Qué sucede si, por ejemplo, uno de esos Estados se halla en guerra o si existe el riesgo de encarcelamiento del demandante por motivos políticos o religiosos?)”, por lo que concluye: “La *ratio* de la norma exige una flexibilización de sus condiciones de aplicación por vía interpretativa” (Almacén El Derecho, 2015).

Finalmente, el artículo 22 *nonies* contempla los supuestos de litispendencia y conexidad, limitándose a señalar que estas “excepciones (...) se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”.

## 2. EL PROCESO CIVIL CON ELEMENTO EXTRANJERO

### 2.1. LA REGLA *LEX FORI REGIT PROCESSUM*

El proceso civil con elementos extranjeros se rige, según fórmula establecida por J. Balduino en el siglo XIII, por las normas propias del derecho del foro. Se trata de una regla admitida por todos los ordenamientos jurídicos, a pesar de que muy raramente se proclame expresamente. Tal es el caso de España, a través del artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”.

El profesor Calvo Caravaca ha señalado tres aspectos de este precepto:

- 1) Recoge una regla unilateral. Señala la ley aplicable a los procesos que se desarrollan ante tribunales españoles y nada indica sobre la ley reguladora de los procesos que tienen lugar ante tribunales extranjeros;

- 2) Por otro lado, “este artículo se aplica con carácter supletorio en todos los órdenes jurisdiccionales” (Calvo Caravaca y Carrascosa, 2018, 527-528); y
- 3) Ofrece una visión de la regla *lex fori regit processum* en términos muy generales, hasta el punto de que este precepto “es, en realidad, una norma principal, una norma que contiene un principio más que un mandato concreto. Por ello, cabe establecer excepciones justificadas al principio general de la aplicación de la *lex fori* a las actuaciones procesales”.

A continuación, examinaremos los aspectos del proceso civil con componente de extranjería, relativos a las partes que se presentan, por regla general, como una excepción a la regla *lex fori regit processum*.

Personalidad procesal o capacidad para ser parte y, por tanto, para ser “titular de los derechos y obligaciones que dimanan del proceso”. Al tratarse de un concepto ligado a la idea de subjetividad jurídica, cabe entender que esta cuestión ha de regularse por la ley personal del extranjero. Una solución similar debe aplicarse a la capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio. Ante la legitimación del extranjero-idoneidad para aparecer en un concreto proceso como parte demandante o demandada, la ley aplicable a este supuesto es la *lex causae* o ley rectora del fondo del asunto, y no la ley del foro. La representación y defensa del extranjero en el proceso se regula por la ley del foro, al igual que la exención de costas procesales o el llamado beneficio de la pobreza (asistencia judicial gratuita).

El artículo 534 del Código Civil prevé la caución de arraigo en juicio, que se concibe como un privilegio de nacionalidad, esto es, como una facultad del nacional español, y en ningún caso del extranjero, y regida por el principio de reciprocidad, de modo que solo puede requerirse en los casos y en las formas en que se exija a los españoles en el Estado a que pertenezca el actor extranjero. No obstante esto, el juez tiene la facultad de exigir o no la constitución de esta garantía y de fijar la cuantía de la caución de arraigo en juicio, la cual, como se ha dicho, puede ser solicitada por el nacional español.

Por lo demás, España ha ratificado diversos tratados internacionales en los que se suprime la caución entre los Estados Parte. En este sentido, merece destacarse el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia.

El alcance de la regla es el siguiente:

- 1) Actos procesales (“como la demanda, reconvencción, recursos, diligencias preliminares, desistimiento, renuncia a la acción, posibilidad o no de *mitatio libelli*, conciliación previa, etcétera”);
- 2) Clases y estructura del proceso (“como las fases de alegación, probatoria, la tutela judicial ejecutiva y declarativa, etcétera”);
- 3) Consecuencias de las actividades procesales (como “las medidas cautelares, costes, preclusión de alegaciones o argumentaciones y aportación de documentos y datos al proceso”);
- 4) Lenguas que pueden emplearse en el proceso; y
- 5) Plazos para realizar actos procesales (Calvo Caravaca y Carrascosa, 2018, 529-530).

Calvo Caravaca llama la atención sobre la compatibilidad de esta regla con el DUE. En efecto -afirma-: “El hecho de que el proceso se rija por la ley procesal del Estado ante cuyos tribunales se litigue no resulta contrario al DUE y en particular no vulnera las libertades europeas de circulación”. Es cierto -añade A. Calvo- que esto puede provocar un cierto *fórum shopping* procedimental europeo, pues las partes pueden experimentar la tentación, y no resistir a esta, de litigar ante los tribunales del Estado miembro, cuyo derecho procesal les resulte más beneficioso.

En efecto, puede litigar ante los tribunales de un Estado miembro porque, por ejemplo, el derecho procesal del mismo admite una serie de pruebas que otro Estado miembro no admite, o porque implica un juicio con jurado mientras que otro Estado miembro ese mismo litigio se desarrolla sin jurado. El TJUE ha puesto de relieve varios datos adicionales:

- a) El DUE prohíbe que la ley procesal aplicable resulte discriminatoria en perjuicio de un sujeto protegido por el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (STJUE 1.º de febrero de 1996, Perfil, C-177/94, FJ 17);
- b) Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro el establecer normas que regulen los aspectos procesales, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin



embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situación similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la UE confiere a los ciudadanos (principio de efectividad); y

- c) El TJUE ha llegado a afirmar que la regla *lex for regit processum* es una regla incorporada de facto al DUE (Sentencia Vinyils, del 8 de junio de 2017) (Calvo Caravaca y Carrascosa, 2018, 526).

La regla *lex fori regit processum* se fundamenta en la distinción entre normas procesales y normas sustantivas, lo que no siempre es una cuestión fácil.

Calvo Caravaca, quien para hacer notar este extremo, pone el siguiente ejemplo: “la prescripción liberatoria es considerada en los sistemas anglosajones una cuestión procesal o causa extintiva de la acción y en los sistemas europeo-continental una cuestión sustantiva o límite temporal para el ejercicio del derecho subjetivo que se pretende hacer valer”. El artículo no resuelve efectivamente esta cuestión, puesto que su formulación es excesivamente genérica y “concede un ámbito casi ilimitado a la aplicación de la ley del foro”. Por ejemplo, “es imposible saber qué aspectos de la prueba son regidos por la ley del foro. Hubiera sido más útil precisar analítica, casuísticamente, los supuestos en que la ley del foro es competente para regular las actuaciones procesales desarrolladas ante los tribunales españoles, frente a aquellos otros en que, por el contrario, se concede competencia a otra ley más adecuada”. Por lo que se refiere a la excepción incluida en el inciso final, A. Calvo Caravaca reconoce que se trata de una excepción “pensada para la asistencia judicial internacional, en la que, de ordinario, los tribunales de un Estado requerido por los de otro para realizar, por ejemplo, una notificación o practicar una prueba actúan conforme a su propia ley procesal y no con arreglo a la del Estado requirente” (Calvo Caravaca y Carrascosa, 2018, 530).

## 2.2. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

### 2.2.1. Concepto

En el portal de internet del Ministerio de Justicia de España (2020) puede leerse:

La cooperación jurídica internacional puede ser entendida, en un sentido amplio, como una manera formal de colaboración entre dos países para la realización de actuaciones jurisdiccionales fuera del respectivo ámbito territorial. El ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades judiciales de un Estado, como manifestación tradicional de la soberanía estatal, se limita al interior de sus fronteras. No obstante, el contexto actual, en el que los movimientos migratorios y las relaciones entre los individuos trascienden las fronteras estatales, hace necesaria la cooperación entre los Estados para poder satisfacer las demandas de justicia y seguridad de los individuos y de la sociedad; así como, para luchar de una manera efectiva contra la delincuencia internacional. Para eso, los Estados se han dotado de mecanismos jurídicos que permitan la actuación extraterritorial en el ejercicio de la jurisdicción, al tiempo que se salvaguarde la soberanía de cada Estado.

La asistencia judicial internacional, por lo tanto, consiste en la realización de un acto de asistencia o el auxilio que un juez o autoridad competente presta a otro juez o autoridad extranjera en el trámite, la práctica o realización de ciertos actos procesales. Estos actos procesales podrían ser, por ejemplo, la ejecución de documentos judiciales (notificaciones, citaciones y emplazamientos a juicio); así como, la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil.

Debemos diferenciar los conceptos cooperación o asistencia judicial internacional, por una parte; y auxilio judicial internacional, por otro. Pues el auxilio judicial, además del auxilio judicial propiamente dicho (solicitudes de notificación y traslado de documentos judiciales y obtención de pruebas a través de comisiones rogatorias libradas por los distintos órganos judiciales), comprende “la colaboración entre autoridades centrales en materia de sustracción de menores, obtención de alimentos en el extranjero e información de derecho extranjero” (Ministerio de Justicia de España, 2020).

### **2.2.2. Fuentes del derecho español en la materia. Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional. Planificación del estudio**

Entre las fuentes del derecho español en la materia están las siguientes:

- a) Las normas de la Unión Europea y los Tratados internacionales en los que España sea parte;

- b) Las normas especiales del derecho interno; y
- c) Subsidiariamente, la Ley 29/2015, del 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que integra las previsiones de los artículos 177 LEC y 276-278 LOPJ.

Esta Ley, que regula la cooperación jurídica internacional entre las autoridades españolas y extranjeras en materia civil y mercantil (incluyendo la responsabilidad civil derivada del delito y los contratos de trabajo), se aplicará tomando en cuenta los siguientes principios: 1) Cooperación, atendiendo a los intereses de los ciudadanos, aunque no haya en principio reciprocidad; 2) Comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros, sin intermediación alguna; y 3) Subsidiariedad respecto a otras fuentes y supletoriedad, cuando las haya.

Las solicitudes de cooperación podrán ir por las siguientes vías (siempre que estuvieran previstas en el ordenamiento jurídico de ambos Estados): a) Por la vía consular o diplomática; b) A través de las respectivas autoridades centrales; c) Directamente entre los órganos jurisdiccionales; y d) Por conducto notarial, si esto es compatible con la naturaleza del acto de cooperación. En cuanto a las solicitudes, la Ley determina sus requisitos, que comprobará la autoridad central (artículo 10), el idioma (artículo 11), el procedimiento (artículos 12 y 13) y los posibles motivos de denegación, que contempla como una excepción, pues la regla general es atender la cooperación solicitada (artículo 14). La DA 1 de la Ley considera que son de aplicación preferente normas sectoriales, tales como: Ley Concursal; Ley 54/2007, del 28 de diciembre, de Adopción Internacional; Ley del Registro Civil; Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley de Arbitraje; o Ley de Jurisdicción Voluntaria. Esta DA también considera especiales las normas de la Ley y el Reglamento Hipotecario, el Código de Comercio, el Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros. Sin embargo, hace un añadido que no aparece en las demás normas “en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”.

A continuación, procederemos al estudio del derecho español sobre la cooperación judicial internacional. Analizaremos, en primer lugar, la regulación de los 2 actos principales de cooperación: notificación y obtención de pruebas, estudiando en cada uno de ellos la evolución de la normativa española, las disposiciones correspondientes de la Ley

29/2015 (carácter subsidiario), el régimen convencional aceptado por España, y el DUE aplicable (con primacía). En segundo lugar, bajo el título “Cuestiones de la práctica” se reproduce información sobre el particular, ofrecida por el Ministerio de Justicia.

### **2.3. NOTIFICACIONES DE EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA**

El régimen interno del derecho español, en materia de notificaciones en el extranjero, fue objeto de una importante reforma en el año 2000. A pesar de que en la actualidad, en España rige el Reglamento 1393/2007, del 13 de noviembre, que regula la notificación y el traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (Ley 29/2015), es interesante incluir en este punto una referencia a la evolución de la regulación española en la materia y establecer una comparación entre el régimen anterior a la LEC 1/2000 y el previsto por esta Ley, después modificado por el Reglamento 1393/2007 y la Ley 29/2015, que se estudiarán después.

El cambio entre el régimen tradicional y el previsto por la LEC 2000 ha sido estudiado por J. M. Suárez Robledano y a él lo seguimos en la exposición de este punto (Suárez Robledano, 2001, 53-87). En ese sentido, los artículos 273-278 LOPJ y los artículos 264, 269, 283, 769 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, configuraban el régimen interno del derecho español en materia de notificaciones en el extranjero. Tal y como señala J. M. Suárez Robledano, estos artículos disponían, en lo esencial:

... para que produzcan en España efectos y tengan valor en juicio los documentos otorgados en otros países es preciso el cumplimiento de los siguientes inexcusables requisitos: 1) Que el asunto o contrato al que se refieran sea lícito en España; 2) Que sus otorgantes tengan capacidad legal para obligarse según las leyes de su país; 3) Que al otorgar el documento se hayan cumplido las formas y solemnidades establecidas en el país del documento o contrato; 4) Que se acompañen copias del mismo y de su traducción cuando no esté redactado en castellano; y 5) Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos precisos para su autenticidad en España.

Según C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, por legalización ha de entenderse: “La certificación por un funcionario público de la autenticidad de la firma de un documento público otorgado por autoridad extranjera; así como, de la condición o cualificación de la autoridad en cuestión”.

Como se ha adelantado, el artículo 323 (“Documentos públicos extranjeros”) de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 introdujo cambios sustantivos. Este artículo establece que se considerarán como documentos públicos extranjeros: aquellos a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, se atribuya la fuerza probatoria que a los documentos públicos les predica el artículo 319 LEC; y para el caso de inexistencia de dichas disposiciones, se considerarán como documentos públicos expedidos en el extranjero los que reúnan los siguientes requisitos:

- 1) Que en el otorgamiento o confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país, donde se hayan otorgado para hacer prueba plena en el juicio;
- 2) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos, para su autenticidad en España; y
- 3) Que, si el documento incorpora declaraciones de voluntad, la existencia de estas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos, existiendo, pues, remisión a las normas del derecho internacional privado general, contenidas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil.

Debe destacarse la supresión de la traducción antes exigida, aunque en realidad tal exigencia sigue derivando de lo establecido con carácter general en el artículo 231 LOPJ y del separado artículo 144 de la LEC 1/2000.

## **2.4. REGULACIÓN POR LA LEY 29/2015**

Esta cuestión está regulada en los artículos 20 al 27 de la Ley/2015 que, en síntesis, establecen:

- Esta normativa se aplica a los requisitos especiales aplicables a los actos de notificación y traslado de documentos judiciales que deban ser remitidos desde España a un Estado extranjero o desde un Estado extranjero a España, sin perjuicio de las diversas vías de comunicación del artículo 9.
- Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acudir a la autoridad central española (Ministerio de Justicia), o dirigirse directamente a la autoridad competente del Estado requerido, o incluso usar el correo postal certificado con acuse de recibo, o equivalente, si no se opone la legislación del Estado de destino.
- Para los órganos jurisdiccionales extranjeros que quieran comunicar en España, se admiten los mismos medios y, de modo expreso, el correo certificado con acuse de recibo o equivalente.
- La fecha de notificación o traslado será la de efectiva realización conforme con el derecho interno del Estado requerido o del lugar de la notificación y traslado.
- Los documentos deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda. Si la comunicación proviene de autoridades extranjeras y se dirige a un destinatario en España, los documentos deberán ir acompañados de una traducción al español, a una lengua autonómica o a una lengua que el destinatario entienda.
- Si el demandado no comparece, se suspenderá el procedimiento mientras no se acredite que el documento ha sido regularmente notificado. Transcurridos seis meses desde la fecha de envío del documento, la autoridad competente proveerá a instancia de parte interesada aunque no haya podido certificar que la notificación ha tenido lugar.
- Podrá pedirse al Estado requerido un certificado de que se ha realizado la diligencia y la forma en que se ha llevado a cabo.
- Los emplazamientos, citaciones, requerimientos y cualquier otro acto de comunicación judicial dirigido a Estados extranjeros, se realizará por vía diplomática a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Estas actuaciones no se regulan por la presente Ley.

El artículo 28 se refiere a las notificaciones extrajudiciales.

## **2.5. RÉGIMEN CONVENCIONAL**

Respecto al régimen convencional, debe tomarse en consideración que España es parte en dos importantes tratados internacional relativos a este tema: el Convenio de La Haya del 1.º de marzo de 1954, sobre procedimiento civil, y el Convenio de La Haya del 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.

El primero de ambos convenios establecía como cauce ordinario para las notificaciones destinadas a personas que se encuentren en el extranjero el de la petición consular o diplomática del Estado exhortante dirigida a la autoridad designada por el Estado exhortado que, a su vez, remitiría tal notificación al destinatario. Este régimen dio lugar a dos inconvenientes: la lentitud de la transmisión de la notificación y la falta de garantías adecuadas para la persona que recibe la notificación con retraso.

A efectos de subsanar ambos inconvenientes, el Convenio de La Haya de 1965 introdujo dos novedades: 1) Cada Estado contratante debe designar una autoridad central que reciba las solicitudes de notificación de los demás Estados contratantes y les dé curso; y 2) El deber del juez del Estado requirente de aplazar su decisión cuanto sea necesario, en el supuesto de que el demandado no comparezca hasta que se asegure de que la notificación fue efectivamente realizada -y en tiempo útil- para que el demandado haya podido defenderse, pudiendo adoptar hasta entonces medidas provisionales o cautelares.

Finalmente, debe recordarse que desde 1987 España también es parte de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (Panamá, 30 de enero de 1975).

## **2.6. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: REGLAMENTOS 1206/2001 Y 1393/2007**

En el ámbito del DUE está el Reglamento 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. Su

artículo 1 establece que este Reglamento será de aplicación cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, conforme a su derecho interno, solicite: a) La práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro; o b) La realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro.

En ese sentido, traemos a colación este párrafo: “A fin de evitar *fishing expedition* en la litigación transfronteriza europea no se permitirá solicitar obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar” (Fernández-Tresguerres García, 2019, 195).

Por su parte, el Reglamento 1393/2007, del 13 de noviembre, regula la notificación y el traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. Este es aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea, con prioridad sobre toda norma jurídica, incluido el Convenio de La Haya de 1965; además, es de aplicación imperativa (no facultativa), de modo que los tribunales estatales están obligados a hacer la notificación por los medios y en el modo establecido en el Reglamento.

Finalmente, regula que los documentos se notifican mediante una serie de anexos formales que contiene el propio Reglamento (de modo que no ha lugar a redactar una comisión rogatoria) y a través de determinados canales, siendo el principal la notificación directa entre autoridades judiciales.

## **2.7. OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO**

Las comisiones rogatorias son el “instrumento en virtud del cual la autoridad judicial de un Estado solicita a la autoridad competente de otro Estado la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de un determinado acto de instrucción o de otros actos judiciales, fundamentalmente la realización o práctica de una diligencia probatoria”.

## **2.8. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA**

El régimen jurídico español en la materia está establecido en el artículo 276-278 LOPJ y en el artículo 177 LEC 1/2000. De acuerdo con estos



artículos, las peticiones serán remitidas al extranjero por conducto del presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las transmitirá y enviará a la autoridad extranjera competente a través de la vía diplomática o consular.

No se establece un plazo específico para las pruebas a practicar fuera de España; por lo demás, el artículo 277 LOPJ establece el principio de reciprocidad a los efectos de regir la asistencia judicial en España a las solicitudes de prueba formuladas por tribunales extranjeros.

En cualquier caso, según el artículo 278, podrán denegarse las diligencias solicitadas en los casos siguientes: cuando sea contraria la solicitud formulada al orden público español, cuando no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o no se encuentre redactada en español, cuando la prueba interesada en España no se corresponda con las atribuciones propias del juez español para practicar la prueba en cuestión, y cuando el proceso que se siga en el extranjero sea de la exclusiva competencia de los jueces y tribunales españoles.

## **2.9. REGULACIÓN POR LA LEY 29/2015**

Los artículos 29 al 32 regulan la práctica y obtención de pruebas en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España, o en España para que surtan efecto en un proceso extranjero.

En concreto, reglamentan el contenido de la solicitud (artículo 30) y el modo en que deben describirse las diligencias de obtención de prueba (artículo 31). El artículo 32 trata de la práctica en España de la prueba solicitada por una autoridad extranjera. Ha de respetar nuestras garantías y practicarse conforme a la normativa procesal española.

## **2.10. RÉGIMEN CONVENCIONAL**

España ha firmado múltiples tratados internacionales sobre esta materia, tanto bilaterales (Francia, Reino Unido, Italia, Checoslovaquia...) como multilaterales, en particular los Convenios de La Haya sobre el procedimiento civil (1954) y sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil (1970), que sustituye a la regulación de los artículos 8 a 16 del anterior, tal como se indica en su artículo 29.

La Convención de La Haya de 1970 contiene tres formas de practicar la comisión rogatoria: 1) Funcionarios diplomáticos o consulares; 2) Funcionarios nombrados expresamente para la comisión rogatoria; y 3) Autoridad central, que es el cauce general, obligándose cada Estado a nombrar una autoridad al efecto (en España, la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia).

Cabe destacar que la Convención regula también los aspectos formales y de contenido básicos de la comisión rogatoria. En principio, la comisión rogatoria no será denegada y la prueba solicitada se practicará según las leyes del Estado requerido. En el ámbito latinoamericano debe mencionarse la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, al que ya se ha hecho referencia.

## **2.11. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: REGLAMENTO 1206/2001**

En el contexto de la Unión Europea existe el Reglamento 1206/2001, del 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Es aplicable a todos los Estados miembros (salvo Dinamarca) y prevalece, sobre todo, el convenio internacional firmado por los Estados miembros. Tiene carácter imperativo (los tribunales deberán seguir el formulario previsto) y opta por un sistema descentralizado -de cooperación entre tribunales- de obtención de pruebas.

## **2.12. CUESTIONES DE LA PRÁCTICA**

El ya citado portal de internet del Ministerio de Justicia de España (2020) contiene la siguiente información sobre la práctica a seguir en esta materia: “En cuanto a la competencia para solicitar el auxilio judicial en materia civil, en España le corresponde a la autoridad judicial que sigue el procedimiento, si bien la forma de transmisión de las solicitudes varía en función de la normativa aplicable”.

Generalmente, el auxilio que se solicita sobre la base de los distintos Convenios, tanto bilaterales como multilaterales, firmados por España sobre la materia, se establece un sistema de transmisión de las solicitudes a través de las Autoridades Centrales designadas por

cada país. En el caso de España, la Autoridad Central designada a dicho efecto es el Ministerio de Justicia, a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional. En el caso de que se invoque el principio de reciprocidad, la forma de transmisión será la vía diplomática, si bien el Ministerio de Justicia, a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, canaliza igualmente dichas solicitudes.

Por último, en el caso de solicitudes de auxilio judicial que han de tramitarse y ejecutarse entre dos Estados Miembros de la Unión Europea, se remitirán directamente entre los órganos judiciales de dichos países sin intervención directa por parte del Ministerio de Justicia. El Ministerio de Justicia, además de actuar como Autoridad Central para la recepción y remisión de las solicitudes de asistencia judicial internacional en materia penal, ejerce una labor de asistencia a los diferentes operadores jurídicos en este ámbito para facilitar su labor en esta materia.

España participa, además, en dos grandes redes de cooperación jurídica internacional para, de esta forma, ofrecer “un contacto aún más directo y rápido entre las autoridades con el fin de resolver los problemas que se plantean en el ámbito de la cooperación”. Se trata, en primer lugar, de la Red Judicial Europea (RJE) en materia civil y mercantil, que reúne a las autoridades nacionales responsables de prestar asistencia a los órganos jurisdiccionales locales y cuyo objetivo es facilitar la cooperación judicial y legal entre los Estados miembros. En ese sentido, la RJE (en materia civil y mercantil) fue creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, el 28 de mayo de 2001, y empezó a funcionar el 1.º de diciembre de 2002. Todos los Estados miembros, salvo Dinamarca participan en la RJE (en materia civil y mercantil).

La segunda es la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), que fue creada en 2004 en el marco de las Cumbres Iberoamericanas. Es una estructura formada por Autoridades Centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones; así como, por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Además, está orientada a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal, y al reforzamiento de los lazos de cooperación entre nuestros países.

## **3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS**

### **3.1. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

La Unión Europea ha considerado que para hacer efectivo el mercado interior es preciso desarrollar un marco jurídico que permita la libre circulación de decisiones judiciales y no judiciales entre los Estados miembros. Y lo ha conseguido, de modo que tal que los efectos jurídicos en España de las sentencias dictadas por los tribunales de los demás Estados miembros de la UE se rigen por el DUE y no por el derecho español. Así que, debe recordarse que en este punto rige el principio de primacía del DUE.

El principal instrumento adoptado por la UE para conseguir la libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales es, sin duda, el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que se ha hecho referencia previamente.

Este Reglamento es una refundición del Reglamento 44/2001, tomando en cuenta la jurisprudencia del TJUE; de ahí, que sea conocido como Reglamento Bruselas I *bis* o *recast*. Su objetivo es la determinación de normas armonizadas de competencia jurisdiccional en el conjunto de la Unión, además de la eliminación del *exequátur*, en términos generales, sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se aplica desde enero de 2015 a todos los países miembros de la UE, incluido Dinamarca.

Asimismo, este Reglamento determina los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que son competentes para resolver litigios en materia civil y mercantil con un elemento internacional. Suprimido el *exequátur*, las resoluciones judiciales serán reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno (artículos 36 a 38), así como las resoluciones judiciales ejecutorias y los documentos públicos con fuerza ejecutiva, que gozarán en los términos de los artículos 39 a 41 del Reglamento de fuerza ejecutiva. También se dirige a la supresión del *exequatur* el Reglamento (CE) 805/2004 del 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; aunque, como advierte Fernández-

Tresguerres García: “La utilización de este Reglamento es facultativa y alternativa con los procedimientos previstos en el Reglamento 1215/2012” (Fernández-Tresguerres García, 2019, 189-193).

Otros instrumentos de DUE relativos a esta materia son:

- Reglamento (CE) 2201/2004 del Consejo, del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II-bis);
- Reglamento 4/2009 del Consejo, del 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos;
- Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 2015 sobre Procedimientos de Insolvencia;
- Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo;
- Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, del 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales;
- Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registrales; y
- Convenio del 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano (Convenio de Lugano II).

### 3.2. LOS ARTÍCULOS 41 A 61 DE LA LEY 29/2015. RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES

El reconocimiento de resoluciones judiciales está regulado por los artículos que van del 41 al 61 de la Ley de CJI.<sup>2</sup> Según el artículo 41, mientras que las resoluciones judiciales extranjeras pueden ser reconocidas y ejecutadas; los documentos públicos extranjeros, solo ejecutados.

En ese sentido, se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones de este título (artículos 41 y siguientes). En ningún caso, la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo, pero cabe reconocimiento parcial para uno o varios de sus pronunciamientos.

La Ley se refiere al reconocimiento de las resoluciones firmes recaídas en un procedimiento *contencioso*, y las definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de *jurisdicción voluntaria*. Esta incluye las dictadas en procedimientos derivados de *acciones colectivas*, con mayores exigencias para reconocer la competencia del juez que las dictó, pero no las medidas cautelares y provisionales, salvo excepciones.

### 3.3. EL EXEQUÁTUR

El exequátur es el procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución. También se utilizará para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España, por las causas del artículo 46, que son:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público;
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse;

---

2 Una buena exposición sistemática de la Ley puede encontrarse en el portal de internet Notarios y Registradores (<https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-la-ley-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil/>) a la que seguimos en ocasiones textualmente.

- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles, o respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española;
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España;
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, toda vez esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España; y
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

El juez competente es, con carácter general, el de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. De igual modo, puede plantearse también como *cuestión incidental*, pero con efectos solo para ese proceso. Los artículos 54 y 55 regulan, respectivamente, el proceso y el régimen de recurso. Una vez reconocida, la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen. Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes.

Las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables en España una vez se haya obtenido el exequátur. El procedimiento de ejecución de las resoluciones extranjeras en España se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluyendo la caducidad de la acción ejecutiva. En ese sentido, el artículo 56 regula la ejecución de documentos públicos extranjeros.





# **CAPÍTULO XIV**

## **CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL**

### **LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL JUEZ NACIONAL**

#### **LA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

**Santiago Ripol Carulla**



# CAPÍTULO XIV

## CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

### LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL JUEZ NACIONAL

#### LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

**Santiago Ripol Carulla**

#### **INTRODUCCIÓN**

El presente módulo pretende realizar una presentación general de las cuestiones que suscita la integración del derecho comunitario europeo en el ordenamiento jurídico español, y el papel fundamental que representa la cuestión prejudicial. Previamente, se realizan ciertas consideraciones sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El estudio de estas cuestiones resulta imprescindible dentro del marco de un Curso sobre Constitucionalización del Proceso Civil. A efectos de conocer el derecho español y la actuación de los tribunales españoles en el proceso civil, es muy importante tener en cuenta que el juez nacional español también es un juez comunitario.

Una de las características singulares del Derecho de la Unión Europea (DUE) es que la garantía de su correcta aplicación corresponde tanto a las instituciones comunitarias, como a las administraciones y tribunales nacionales, que en este sentido actúan como órganos propiamente comunitarios. Por este motivo, el presente tema (centrado en la aplicación del DUE por el juez nacional) se ha estructurado en tres apartados: el primero se dedica al estudio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y, particularmente, de los recursos que se pueden interponer ante este; y el segundo se centra en la cuestión prejudicial, que actúa como auténtico punto de engarce entre el TJUE y los tribunales nacionales. De su lado, el tercero y último apartado examina los principios que rigen las relaciones ente el derecho comunitario europeo y los derechos internos. Estos principios, que han sido desarrollados por la jurisprudencia del TJCE (en la mayoría de los casos a partir de la solicitud de una cuestión prejudicial por algún tribunal nacional), deben ser tomados en

consideración por el juez nacional cuando aplica el Derecho de la Unión Europea (DUE).

## **1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA**

### **1.1. COMPOSICIÓN**

El artículo 13 del Tratado de la Unión Europea (TUE) se refiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una institución de la Unión. Los aspectos básicos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) están regulados por el artículo 19 del TUE. En cuanto a su composición, este artículo establece que comprende: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados.

El Tribunal de Justicia (TJ) está compuesto por un juez de un Estado miembro y está asistido por ocho abogados generales (artículo 252 del TFUE); y puede reunirse en Pleno, Gran Sala (13 jueces) o en Salas de cinco y tres jueces. Con carácter general los asuntos se examinan en Sala (artículo 251, TFUE). De hecho, la Gran Sala se reúne a petición de un Estado miembro o de una institución que sea parte en el procedimiento, y para los asuntos particularmente complejos o importantes. Asimismo, el Pleno queda reservado para casos excepcionales previstos en el Estatuto del TJ (por ejemplo, destitución del Defensor del Pueblo y cese de los Comisarios europeos); así como, para asuntos de importancia excepcional (artículo 16 del Reglamento de Procedimiento).

El TJ es competente para conocer los asuntos de mayor relevancia y el significado para el desarrollo y el funcionamiento de la UE, que son: 1) recursos directos más importantes interpuestos por los Estados miembros y las instituciones; 2) casos más relevantes planteados por los tribunales nacionales; 3) recursos de apelación formulados contra las decisiones del Tribunal General (TG) y que hayan sido seleccionados por el propio TJ ante la dificultad e importancia del asunto; 4) quejas por la revisión de las decisiones del Tribunal General cuando esté en peligro la unidad y consistencia del DUE; y 5) solicitudes de opinión sobre la compatibilidad de los textos de los acuerdos internacionales con el Tratado.

De acuerdo con el artículo 254 del TFUE, el TG se compone de al menos un juez por cada Estado miembro y no dispone de abogados

generales permanentes. Actúa en Salas (de tres o cinco jueces), Gran Sala (13 jueces) o Pleno (artículo 50 del Reglamento de Procedimiento). A diferencia del TJ puede actuar en formación de un único juez.

El TG es competente para conocer de los recursos directos (artículo 256 del TFUE) interpuestos por personas físicas y personas jurídicas dirigidas contra: a) actos de las instituciones, órganos y organismos de la UE, que les afecten directa e individualmente; b) actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución; c) inacción de dichas instituciones y órganos u organismos; d) recursos interpuestos por los Estados miembros contra la Comisión; e) recursos interpuestos por los Estados miembros contra el Consejo en relación con actos adoptados por este en el ámbito de las ayudas de Estado, medidas de defensa de la competencia y actos por los que se ejerce competencias de ejecución; y f) recursos dirigidos a obtener la reparación de los daños causados por las instituciones de la UE y sus agentes.<sup>1</sup> Las resoluciones del TG pueden ser objeto de recurso de casación ante el TJ en un plazo de dos meses.

Los tribunales especializados adjuntos al TG están regulados en el artículo 257 del TFUE, que establece que los crearán el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Este artículo establece las condiciones para ser miembro, y remite al Reglamento de Procedimiento que los regule la ordenación de su composición y el alcance de sus competencias. También determina que las resoluciones dictadas por estos tribunales podrán ser recurridas ante el TG mediante recurso de casación limitado a las cuestiones de derecho o mediante recurso de apelación, si así lo permite el Reglamento, para tratar asimismo cuestiones de hecho. Hasta la fecha solo se ha creado el Tribunal de la Función Pública de la UE (Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004, convertida en Anexo I del Estatuto), encargado de resolver los litigios del contencioso de la función pública de la UE.

En el marco de un incremento general en el número total de jueces del Tribunal de Justicia, el Tribunal de la Función Pública fue suprimido el 1.º de septiembre de 2016 e integrado en el Tribunal General [Reglamento

---

1 Es competente también para conocer de: 2) Recursos basados en contratos celebrados por la UE que prevean expresamente la competencia del TG; 3) Recursos en materia de marca comunitaria; 4) Recursos de casación contra resoluciones dictadas por el Tribunal de la Función Pública; y 5) Recursos contra las decisiones de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y contra decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos.

(UE, EURATOM) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016].

## 1.2. COMPETENCIAS

El TJUE es la institución garante del cumplimiento del DUE, tanto por parte de las instituciones y los órganos de la Comunidad como por los Estados miembros (artículo 19 del TUE). En atención a este aspecto, es posible decir que el TJUE posee tres tipos de competencias: contenciosa, consultiva y cuestión prejudicial. Esta última se examinará en un apartado aparte.

## 1.3. COMPETENCIA CONTENCIOSA

El TJUE puede ser llamado a ejercer la competencia contenciosa por cualquiera de los cinco recursos que se estudian a continuación.

Mientras que el primero tiene por objeto controlar la acción de los Estados miembros, en tanto sean ejecutores del DUE; los restantes se dirigen a controlar la actuaciones y omisiones de las instituciones de la UE.

## 1.4. RECURSO DE CONSTATAción DE INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS ESTADOS MIEMBROS (ARTÍCULOS 258-260, TFUE)

**1.4.1. Noción de infracción:** Es el incumplimiento por un Estado miembro de “una de las obligaciones que le incumben en virtud del (presente) Tratado”, expresión que debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto la violación del derecho primario (tratados constitutivos y sus modificaciones) como del derecho derivado, y englobando no solo la conducta positiva (inadecuada transposición de directivas), sino la conducta negativa (por ejemplo: no transposición de directivas dentro de plazo) de los Estados miembros.

**1.4.2. Procedimiento:** Consta de dos fases principales: una primera de carácter precontencioso o administrativo, que empieza por el envío de la Comisión de una carta de requerimiento o *mise en demeure* al Estado miembro, dándole la posibilidad de que presente sus observaciones; esta fase acaba con el llamado dictamen motivado de la Comisión. Por otro

lado, hay una segunda etapa de carácter propiamente contencioso, que se abre cuando el Estado miembro no se atiene al dictamen motivado dentro del plazo fijado por la Comisión. La demanda también puede ser interpuesta por un Estado miembro (artículo 259 del TFUE), aunque este supuesto se produce raramente en la práctica.

**1.4.3. Efectos de la sentencia:** Naturaleza declarativa, no siendo posible la ejecución forzosa por la Unión. De acuerdo con el Apartado 2, del Artículo 260, cabe destacar que, tras dictar una nueva sentencia que declare el incumplimiento, el TJ imponga una sanción pecuniaria o una multa coercitiva al Estado que hubiese incumplido su sentencia.

## **1.5. RECURSO DE ANULACIÓN (ARTÍCULO 263, TFUE)**

**1.5.1. Actos impugnables:** El TJUE está facultado para controlar la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes; y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Asimismo, controlará la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

**1.5.2. Sujetos legitimados activamente:** Pueden interponer este recurso los llamados demandantes privilegiados (Estados miembros, Consejo, Comisión y Parlamento europeo); también, el Banco Central Europeo y el Comité de las Regiones, aunque limitados en estos dos casos a aquellos supuestos en que se hallen en juego sus prerrogativas institucionales, como los ordinarios o no privilegiados (personas físicas y jurídicas, contra las decisiones de que sean destinatarias).

**1.5.3. Motivos de anulación:** Incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

**1.5.4. Plazo:** El recurso deberá ser interpuesto en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que este haya tenido conocimiento del mismo.

## 1.6. EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD (ARTÍCULO 277, TFUE)

**1.6.1. Concepto:** No es un recurso autónomo, sino un procedimiento incidental que se debe plantear en el marco de un recurso de anulación.

**1.6.2. Finalidad:** Busca paliar el carácter restrictivo que para los demandantes no privilegiados (personas físicas y jurídicas) tiene el recurso de anulación antes examinado, mediante la posibilidad de atacar actos de eficacia individual basados en reglamentos que se estiman viciados por causas de nulidad.

**1.6.3. Efectos de la sentencia:** El acto es declarado inaplicable para el caso concreto del recurrente. Sin embargo, mantiene su aplicabilidad frente al resto de Estados y particulares. La sentencia no tiene efectos *erga omnes*.

## 1.7. RECURSO DE INACTIVIDAD O “CARENCIA” (ARTÍCULO 265, TFUE)

**1.7.1. Omisiones impugnables:** Omisiones del Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo, que violan el derecho comunitario. Este recurso constituye el “pendant” del recurso de anulación del Artículo 263, ya que mientras este último pretende sancionar una acción ilegal de las instituciones, el recurso por inactividad busca sancionar una omisión de estas.

**1.7.2. Legitimación activa:** Nuevamente debe distinguirse entre demandantes privilegiados (que son los Estados miembros y las demás Instituciones de la Comunidad) y demandantes ordinarios: “Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al TJUE por no haberle dirigido una de las Instituciones de la Comunidad ante una decisión de alcance individual”.

**1.7.3. Plazo:** Dos meses, desde el requerimiento a la Institución para que actúe.

**1.7.4. Efectos de la sentencia:** Obligar a la institución requerida a adoptar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia.



## 1.8. RECURSO POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (ARTÍCULOS 268 Y 340, TFUE)

**1.8.1. Naturaleza:** Se trata de un recurso autónomo, por lo que no hace falta la anulación previa del acto determinante del daño. De ahí, su utilidad para ampliar las vías de recurso de que disponen los demandantes ordinarios con arreglo al Artículo 263 del TFUE.

**1.8.2. Requisitos:** Debe tratarse de un acto de las instituciones comunitarias o de sus agentes, considerado ilícito por el demandante: “La Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones”, incluido el Banco Central Europeo.

Debe existir un daño real, aunque también cabría invocar la existencia de daños futuros (si estos son inminentes y previsibles).

Debe existir un nexo causal entre acto y daño: el daño producido debe proceder directamente del acto comunitario o de un acto nacional adoptado en estricta ejecución del comunitario.

**1.8.3. Legitimación activa:** Estados miembros y particulares.

**1.8.4. Plazo:** Cinco años desde la producción del hecho causante del perjuicio.

**1.8.5. Efectos de la sentencia:** Condenar a la Institución a reparar el daño. En la práctica la fijación del *quantum* de la indemnización se deja a un acuerdo entre las partes. Si no se consigue, se plantea un nuevo recurso y esta segunda sentencia fijará el *quantum*.

## 1.9. COMPETENCIA CONSULTIVA

Destaca el control preventivo del Artículo 218.11, TFUE, TCE, según el cual, en caso de celebración de acuerdos internacionales por la UE: “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de este o revisión de los Tratados”.

## **2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL (ARTÍCULO 267 DEL TJUE)**

### **2.1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS COMPETENCIAS DEL TJUE**

La finalidad de la competencia prejudicial es lograr la cooperación o colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE, con vistas a asegurar una aplicación uniforme del DUE en el conjunto de los Estados miembros. Desde un punto de vista procesal, la cuestión prejudicial es una cuestión incidental sobrevenida en el curso de un litigio sustanciado ante un tribunal nacional, y con carácter accesorio; por tanto, respecto del proceso principal.

Los sujetos legitimados para plantear la cuestión prejudicial son de dos tipos: sujetos facultados para hacerlo y sujetos obligados a esto. Además, están facultados para plantear la cuestión prejudicial cualquier tribunal nacional que estime necesario un pronunciamiento previo del TJUE, para poder emitir su fallo. En cambio, los tribunales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, están obligados a someter la cuestión al TJUE.

Las cuestiones prejudiciales pueden ser de dos clases:

1. Cuestión prejudicial de interpretación: Aunque el TJUE debe en principio de limitarse a interpretar la norma comunitaria (cuya aplicación al supuesto litigioso es competencia del tribunal nacional), su interpretación debe tener en cuenta las circunstancias del litigio concreto para el que ha sido pedida; y
2. Cuestión prejudicial de apreciación de validez: Su finalidad última es la misma que la del recurso de anulación del Artículo 263 del TFUE, es decir, el control de la legalidad de los actos comunitarios. En particular, representa una vía abierta a los demandantes no privilegiados para, por mediación del juez nacional, impugnar disposiciones comunitarias. Además, el TUE ha ampliado los supuestos a los actos adoptados por el BCE.

## **2.2. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

La importancia de la cuestión prejudicial en el desarrollo del DUE y en su aplicación nacional es enorme. En cierta medida, la cuestión prejudicial constituye el medio utilizado para establecer un cauce de diálogo entre los tribunales nacionales (encargados de asegurar el cumplimiento del DUE) y el TJUE.

Las principales dudas y cuestiones sobre la aplicación del DUE, surgidas en la práctica, se han formulado al Tribunal de Luxemburgo por vía de la cuestión prejudicial, y este, al darles respuesta, ha ejercido asimismo una función de armonización jurídica, puesto que su sentencia prejudicial no solo incide sobre el juez nacional que la ha solicitado, sino por la vía del precedente, sobre todos los Estados e instituciones comunitarias.

La importantísima acción ejercida por la cuestión prejudicial puede advertirse en el apartado siguiente, en el que se examinan los principios que rigen las relaciones entre el DUE y los ordenamientos jurídicos nacionales. Como tendrá ocasión de estudiarse, prácticamente todos estos principios han sido elaborados por el TJCE, como resultado del planteamiento de una cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia ha entendido la importancia de la cuestión prejudicial y, por tanto, no ha dudado en aprovechar el reenvío de las cuestiones prejudiciales para precisar sus funciones. Estas son:

- 1) Asegurar la interpretación uniforme del DUE;
- 2) Preservar la unidad del ordenamiento jurídico a través de la cuestión de validez, cuando la validez de una norma es contestada por una jurisdicción nacional; y
- 3) Facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos y habilitarlos para ejercer sus derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE ante las jurisdicciones nacionales, al amparo de los principios de efectividad y equivalencia.

Por otra parte, el TJ ha hecho uso del mecanismo de la cuestión prejudicial para establecer su modelo de organización jurisdiccional. Al hacerlo: 1) Ha modulado los requisitos para el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales internos en un doble sentido: procurando que se le remitan cuestiones de interés y fomentando el

máximo nivel de precisión en cuanto al régimen normativo del Estado al que pertenece el tribunal que formula la cuestión; y 2) Ha fijado el alcance y los efectos de la sentencia prejudicial, estableciendo, a través de su jurisprudencia, criterios relativos a la vinculación del juez nacional con las decisiones prejudiciales y con la eficacia de las mismas en el ordenamiento interno. A continuación, se examinan estos dos elementos.

### **2.3. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. ACTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL**

Para analizar el primero de estos, conviene reconocer de entrada que el Tribunal de Luxemburgo no responde a un modelo jurisdiccional que disponga de mecanismos de selección discrecional de los casos (mecanismos de filtro). Así actúa, por ejemplo, la Supreme Court (norteamericana), la House of Lords (británica), o incluso el Bundesgerichtshof (alemán), a los que les es permitido, a modo de *cerciorari*, modelar su relación con los órdenes jurisdiccionales inferiores y condicionar los resultados de su actividad judicial. Por el contrario, el Tribunal de Justicia ejerce sus funciones solamente en la medida en que las jurisdicciones nacionales deciden llevar a cabo el reenvío en función de las necesidades del caso que conocen en el proceso en curso.

Para poder ejercer sus funciones judiciales al más alto nivel y elaborar una doctrina jurisprudencial que tenga influencia en el proceso de integración jurídica, el TJ no ha dudado en implantar unos requisitos ciertamente exigentes para incentivar el planteamiento de cuestiones prejudiciales. Este ejercicio se ha realizado, principalmente, a través de las conocidas sentencias CILFIT (del 6 de octubre de 1982, asunto *CILFIT*, núm. 238/81) y Foto-Frost (del 22 de octubre de 1987, asunto *Foto-Frost*, núm. 314/85). De esta forma, el Tribunal de Luxemburgo ha logrado asemejarse a las instancias jurisdiccionales anteriormente citadas, caracterizadas por relaciones de jerarquía.

Al margen de las críticas que puedan dirigirse a esta jurisprudencia y de sus desarrollos, lo importante, a efectos de este estudio, es poner de manifiesto cómo resuelve el juez comunitario los conflictos de interpretación de las normas comunitarias. En este sentido, el Tribunal ha optado claramente por no convertirse en una jurisdicción consultiva que resuelva dudas y preguntas de los tribunales nacionales *in abstracto*, sin tener ninguna relevancia para la solución de los asuntos que se ventilan

ante las jurisdicciones nacionales. En el asunto *Foglia c. Novello* (de 11 de marzo de 1980, asunto *Foglia c. Novello*, núm. 104/79), el Tribunal afirmó lo siguiente:

[...] el artículo 177 no atribuye al Tribunal de Justicia la misión de emitir dictámenes consultivos sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros. Por consiguiente, no sería competente para responder a cuestiones interpretativas que se plantean en el marco de construcciones procesales amañadas por las partes con objeto de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ciertos problemas de derecho comunitario que no obedecen a una necesidad objetiva inherente a la solución de un litigio.

Pero además de exigir que no se remitan cuestiones que no tengan una trascendencia en la resolución del caso concreto, también exige que esa relación sea con el objeto del litigio principal y que sea una relación de necesidad, es decir, que la exégesis de la norma comunitaria resulte necesaria para la solución del caso. Así lo señaló en una sentencia posterior *Foglia II* (de 16 de diciembre de 1981, asunto *Foglia c. Novello* núm. 24/80), en la que el Tribunal recalcó:

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la necesidad de llegar a una interpretación del derecho comunitario que sea útil para el órgano jurisdiccional nacional exige definir el marco jurídico en el que debe encuadrarse la interpretación solicitada y que, en esta perspectiva, puede convenir, según las circunstancias, que los hechos del asunto estén determinados y que los problemas de mero derecho nacional estén resueltos en el momento de la remisión de hecho y de derecho que puedan ser importantes para la interpretación que se le pide del derecho comunitario. En efecto, a falta de tales elementos, el Tribunal de Justicia puede encontrarse en la imposibilidad de dar una interpretación útil.

En aras de proporcionar esta interpretación útil, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una segunda línea jurisprudencial en la que ha precisado los requisitos que debe reunir la cuestión que se plantea y que cercenan la libertad y capacidad de las jurisdicciones nacionales en relación con este mecanismo de cooperación nacional. En el asunto *Telemarsicabruzzo* (del 26 de enero de 1993, asunto *Telemarsicabruzzo e.a. c. Cirstotel e.a.*, núm. C-320 a 322/90), el Tribunal sostuvo lo siguiente: “Procede recordar que la necesidad de llegar a una interpretación del derecho comunitario

eficaz para el juez nacional exige que este defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos sobre los que se basan tales cuestiones”.

Esta jurisprudencia fue complementada posteriormente a raíz del asunto *Max Mara Fashion* (de 21 de diciembre de 1995, asunto *Max Mara Fashion c. Ufficio del Registro di Regio Emilia*, núm. C-307/95) al afirmar que:

La necesidad de llegar a una interpretación del derecho comunitario pertinente para el juez nacional exige que este defina el contexto fáctico y el régimen normativo en que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos en que se basan tales cuestiones.

A este respecto, la información contenida y las cuestiones planteadas en las resoluciones de remisión no solo deben permitir al Tribunal de Justicia dar respuestas pertinentes, sino que han de ofrecer la posibilidad de presentar observaciones a los Gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

En suma, el Tribunal de Justicia, a la hora de precisar el alcance hermenéutico de la norma comunitaria, no solo quiere tener un conocimiento cabal y preciso de las circunstancias del caso y de las normas nacionales afectadas por el alcance potencial de la norma comunitaria, es decir, del medio físico en el que se insertará su decisión, sino que exige que las cuestiones que se le plantean permitan a otros actores -Gobiernos de los Estados miembros; Comisión- dilucidar el potencial de afectación de la misma en sus respectivos ordenamientos jurídicos a efectos de que, a través de la figura procesal de la intervención, puedan presentar alegaciones. Con esto, el Tribunal pretende acopiar la máxima información posible de cara a ponderar primero la dimensión y alcance de las cuestiones, es decir, los intereses jurídicos en juego y, segundo, las consecuencias de su fallo en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La apreciación de la buena fundamentación de la cuestión es competencia del Tribunal que siempre puede recurrir al procedimiento que establece el artículo 104.5 del Reglamento de Procedimiento, y pedir nuevos datos y aclaraciones al Tribunal Nacional antes de la audiencia con el Abogado General.

Existe una buena razón para exigir el cumplimiento de los señalados requisitos para no admitir a trámite las cuestiones prejudiciales planteadas por falta de motivación suficiente: la sentencia prejudicial de validez despliega un alcance general, y la sentencia prejudicial de interpretación vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión. Pero también quedan vinculados al fallo -como si de un precedente judicial se tratara- los demás órganos jurisdiccionales que conozcan de un litigio “materialmente idéntico”, como se desprende de la doctrina del acto aclarado.

Por consiguiente, un juez nacional no estará obligado a plantear cuestión prejudicial de interpretación si la duda que se suscita en el marco de un litigio nacional se refiere a una disposición comunitaria que ya ha sido objeto de un fallo prejudicial por parte del Tribunal de Justicia. El estándar de “materialmente idéntico” impuesto en *Da costa* y reiterado con posterioridad en *CILFIT*, y que de nuevo ilustra la vocación del Tribunal de Justicia de afianzar su posición institucional y su función constitucional, está siendo objeto de revisión y atenuación debido a la ingente carga de trabajo a la que está sometido este tribunal.

## **2.4. EFECTOS DE LA SENTENCIA PREJUDICIAL**

Finalmente, un último elemento falta a este inventario: la eficacia de la sentencia en los ordenamientos internos. Esta cuestión ha sido abordada por el asunto *Kühne* (de 13 de enero de 2004, asunto *Kühne & Heinz NV c. Produktschap loor Pluimvee en Eiren*, núm. C-453-00) en el que el Tribunal admite la revisión de resoluciones judiciales firmes, en virtud de la primacía del derecho comunitario que también alcanza a las sentencias del Tribunal de Justicia:

La interpretación que, en ejercicio de la competencia que confiere el artículo 234 CE, da el Tribunal de Justicia de una norma de derecho comunitario, esclarece y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de esta, tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor [...].

De lo anterior resulta que una norma de derecho comunitario así interpretada debe ser aplicada por un órgano administrativo en el ámbito de sus competencias, incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se dictara la sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncia sobre la petición de interpretación.

Los tres elementos hasta ahora expuestos -es decir, los requisitos que debe reunir el planteamiento de la cuestión por parte del juez nacional, la vinculación del juez a las decisiones prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia y la eficacia de las sentencias prejudiciales en el ordenamiento interno- nos permiten concluir que, con su jurisprudencia, el Tribunal ha querido asimilar su labor a la de un tribunal constitucional. Para tales fines, utilizan la cuestión prejudicial como un proceso constitucional que cumple, como sucede en el recurso de amparo, una “función objetiva”, o sea, la función de proteger el orden objetivo inscrito en el proceso contradictorio subjetivo.

## **2.5. MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL INTRODUCIDAS POR EL TRATADO DE LISBOA**

La principal novedad introducida por el Tratado de Lisboa (2007) en la competencia del TJUE es reflejo de la conformación de un nuevo Título IV TFUE denominado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” que contiene, además de un capítulo I referido a disposiciones generales, otros cuatro capítulos que tratan de las cuestiones siguientes: políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración; cooperación judicial en materia civil; cooperación judicial en materia penal; y cooperación policial.

Una consecuencia importante de esta reglamentación es que se resuelven las múltiples dudas surgidas a raíz del Tratado de Ámsterdam respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales en el ámbito de Seguridad, Libertad y Justicia (ESLJ). Además, modifica el sistema jurisdiccional *ad hoc* que para estos ámbitos establecía el art. 68 TCE.

El Tratado de Lisboa reconvierte los Títulos IV TCE y VI TUE en un conjunto de disposiciones sobre Libertad, Seguridad y Justicia. Estas materias pasan a ser competencia de la Unión y se integran plenamente bajo la competencia del TJ, por lo que también en este ámbito cabe plantear cuestiones prejudiciales con excepción de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, y sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior. También quedan exceptuadas del control del TJUE las disposiciones de seguridad común y los actos adoptados sobre la base de estas.



El Tratado de Lisboa recoge una importante modificación en el artículo 267 TFUE. Al final de este, incluye el párrafo siguiente: “Cuando se plantee una cuestión de este tipo (cuestiones prejudiciales en asuntos de ESLJ) en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el TJUE se pronunciará a la mayor brevedad”. Este párrafo ha de ponerse en relación con los esfuerzos emprendidos por el Tribunal para dar respuesta rápida a los órganos jurisdiccionales nacionales que le han planteado una cuestión prejudicial, esfuerzos que redundaron en la modificación por dos veces del Reglamento de procedimiento en el 2000. Estas modificaciones tenían como objetivo permitir que, en determinados casos, se pudiera aplicar un procedimiento acelerado para la tramitación de los asuntos.

En lo que se refiere a los asuntos prejudiciales, este procedimiento está previsto en el art. 104 titulado como Reglas de procedimiento; de hecho, este procedimiento simplificado -que consiste en un plazo inferior al art. 23 del Estatuto para la presentación de las alegaciones u observaciones escritas y la falta de conclusiones del abogado general- ha sido utilizado por el Tribunal.

Pero el nuevo párrafo del artículo 267 TFUE introduce, como se ha indicado, un nuevo procedimiento que se añade al acelerado. Se trata del denominado “procedimiento de urgencia”, el cual será de aplicación, cuando la cuestión prejudicial se plantee en relación con una persona privada de libertad.

En tales casos, como ha señalado el propio Tribunal, el procedimiento prejudicial ordinario, tal y como está regulado por el artículo 23 de Estatuto del Tribunal de Justicia y las disposiciones del Reglamento de procedimiento, no permite que el Tribunal se pronuncie con la celeridad necesaria sobre las cuestiones que se le han sometido.

Mediante la decisión del 20 de diciembre de 2007, el Consejo modificó el Protocolo del Estatuto del TJ para introducir un nuevo artículo 23 bis RP, que prevé la posibilidad de establecer un procedimiento prejudicial de urgencia para las revisiones prejudiciales relativas al ESLJ que simplifica las fases del procedimiento prejudicial en la línea del procedimiento acelerado, pero introduciendo la posibilidad de omitir la fase escrita del procedimiento: “El reglamento de procedimiento podrá establecer un procedimiento acelerado y, para las remisiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia”.

Estos procedimientos pueden prever, para la presentación de alegaciones u observaciones escritas, un plazo inferior al previsto en el artículo 23, y no obstante lo dispuesto en el artículo 20, párrafo cuarto, la falta de conclusiones del abogado general. En atención a todo lo anteriormente expuesto, el Consejo del día 20 de diciembre de 2007 procedió a la modificación correspondiente del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, estableciendo un procedimiento prejudicial de urgencia que limita y simplifica las fases del procedimiento prejudicial.

### **3. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS DERECHOS INTERNOS**

#### **3.1. EL DUE COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO AUTÓNOMO**

Conviene, antes que nada, hacer una introducción sobre la naturaleza y las características del ordenamiento jurídico comunitario. En cuanto a su naturaleza, es comúnmente admitido por la doctrina que las normas del DUE integran un sistema jurídico, cuya unidad y especialidad le confieren un alto grado de autonomía respecto al derecho interno (nacional) y al derecho internacional público.

La unidad y cohesión del sistema viene asegurada por los principios y objetivos comunes contenidos en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, y por la instauración de procedimientos y mecanismos propios para la producción de normas y el control de su validez, aplicación e interpretación.

La especificidad habría que centrarla en dos rasgos característicos: uno, en la atribución de competencias estatales a las instituciones comunitarias, como fundamento del orden jurídico comunitario; y otro, en la complejidad de su sistema de fuentes, donde convergen, junto a los procedimientos autónomos de creación de normas (derecho derivado), otros propios del derecho internacional público (tratados internacionales) y del derecho interno. En base a esto, y siguiendo la sistematización hecha por Jean Víctor Louis, cabe señalar como características del ordenamiento jurídico comunitario las siguientes:

- 1) La atribución de competencias estatales a las instituciones comunitarias: en virtud de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, los Estados miembros aceptan que determinadas

competencias, sean, en principio, ejercidas -en todo o en parte- por las instituciones comunitarias; lo que significa la consiguiente limitación de soberanía de los Estados miembros, en beneficio de la Comunidad;

- 2) Existencia de un sistema institucionalizado de creación de normas: A partir de la atribución de competencias estatales a la Unión, los Tratados constitutivos dotan a las instituciones comunitarias del poder normativo apropiado para el ejercicio de tales competencias, y establecen un procedimiento específico de creación de normas a través de dichas instituciones (son las instituciones comunitarias las que crean el “derecho derivado”);
- 3) Control institucional de la validez, aplicación e interpretación del DUE. Tanto en relación a los Tratados constitutivos de la CE, como en relación al derecho derivado, el control sobre la validez, aplicación e interpretación de dichas normas corresponde a las instituciones comunitarias, destacando el Tribunal de Justicia al que corresponde decidir sobre las infracciones del derecho comunitario, realizadas por los Estados miembros [artículo 258 TFUE, sobre la legalidad de la actividad o inactividad de las instituciones comunitarias (artículo 253-256 TFUE) y sobre la interpretación del derecho comunitario (artículo 267 TFUE)]; y
- 4) Procedimiento propio de revisión de los Tratados. La revisión o modificación de los Tratados constitutivos de la UE se somete a un procedimiento especial donde participan tanto las instituciones comunitarias como cada Estado miembro (procedimiento único de revisión establecido por el TUE en su artículo 48). Así se trata de garantizar tanto el carácter constitucional que dichos Tratados tienen en el sistema jurídico comunitario, como el derecho de los Estados a no aceptar más limitaciones de su soberanía que las expresamente consentidas en el Tratado.

A partir de esta peculiar caracterización del ordenamiento jurídico comunitario, las relaciones entre el DUE y el derecho interno de los Estados miembros también son peculiares y diferentes de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos.

### **3.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y LOS DERECHOS INTERNOS**

Instrumento de interés común de los pueblos y Estados de la Comunidad, el derecho nacido de las fuentes comunitarias no es un derecho extranjero ni siquiera un derecho exterior: es derecho propio de cada uno de los Estados miembros, lo mismo que su derecho nacional, con la calidad suplementaria de coronar la jerarquía de los textos normativos de cada uno de ellos. Por su propia naturaleza, el derecho comunitario posee una fuerza específica de penetración en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros.

En ese sentido, las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros están presididas por tres principios:

- 1) El principio de aplicabilidad inmediata: la norma comunitaria adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados;
- 2) El principio de aplicabilidad directa o el efecto directo: la norma comunitaria es susceptible de crear, por ella misma, derechos y obligaciones para los particulares; y
- 3) El principio de la primacía del derecho comunitario: la norma comunitaria ocupa en el ordenamiento jurídico interno un rango prioritario sobre cualquier norma nacional.

### **3.3. PRINCIPIO DE APLICABILIDAD INMEDIATA**

Al contrario de lo que sucede en el derecho internacional público, el derecho comunitario no es indiferente al tipo de relaciones que deben establecerse entre el DUE y los derechos nacionales: postula el monismo e impone su respeto a los Estados miembros. Esto significa que, si bien los Estados miembros son libres de conservar su concepción dualista respecto al derecho internacional, el dualismo, por el contrario, es desechado en las relaciones UE/Estados miembros; y el derecho comunitario -original o derivado- es inmediatamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, lo que implica tres consecuencias:

- 1.<sup>a</sup> El DUE está integrado de pleno derecho en el ordenamiento de los Estados miembros, sin necesitar ninguna fórmula especial de recepción;
- 2.<sup>a</sup> Las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario; y
- 3.<sup>a</sup> Los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario.

Respecto a la aplicabilidad inmediata de las diferentes fuentes comunitarias, hay que decir que en relación a los Tratados constitutivos la aplicabilidad inmediata significa no tanto la proscripción de una recepción formal como la neutralización de sus efectos; es decir, se prohíbe a los jueces de un país dualista invocar el no cumplimiento de los procedimientos de recepción de los Tratados internacionales establecidos por su constitución para dispensarse de aplicar un Tratado comunitario regularmente ratificado, o de aplicar ese Tratado como derecho interno y no como derecho comunitario, bajo el pretexto de que la recepción haya transformado ese Tratado en derecho nacional.

Con relación al derecho derivado, no hay duda de que el derecho surgido de la actividad normativa de las instituciones se impone en el ordenamiento jurídico nacional de los Estados sin transformación, sin orden de ejecución ni aún de publicación en el nivel nacional (respecto al Reglamento, la recepción está expresamente prohibida y las directivas y decisiones dirigidas a los Estados miembros que apelan a medidas nacionales de aplicación, cabe señalar que las medidas adoptadas por los Estados miembros son expresión de una competencia de ejecución y, en modo alguno, una competencia de recepción).

### **3.4. PRINCIPIO DE LA APLICABILIDAD DIRECTA O EL EFECTO DIRECTO**

Este principio, como dice R. Lecourt: “Es el derecho para cualquier ciudadano comunitario de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias. Es la obligación para el juez de hacer uso de estos textos, cualquiera que sea la legislación del país del que depende”.

El efecto directo viene, en definitiva, a completar directamente el patrimonio jurídico de los particulares con derechos subjetivos y/o obligaciones, tanto en sus relaciones con otros particulares como en sus relaciones con el Estado del cual son nacionales.

Esta cuestión se planteó por primera vez ante el TJCE en 1963, a propósito del asunto *Van Gend and Loos* (asto. 26/62. Sentencia del 5 de febrero de 1963).

La administración aduanera holandesa había percibido un derecho de aduana superior al del resto de los Estados miembros por la importación de un producto químico proveniente de la R.F.A. La empresa de transporte holandesa *van Gend und Loos* planteó una demanda ante los tribunales ordinarios holandeses, alegando que la administración aduanera había violado el artículo 25 (antiguo artículo 12 TCEE). El tribunal holandés planteó al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: ¿puede un particular alegar, basándose en este artículo, derechos de carácter individual que el juez debe salvaguardar?

Frente a la opinión contraria de tres gobiernos (Holanda, Bélgica y Alemania) y del abogado general, R. Roemer, la Comisión entendió que sí.

Bajo este entendido, el TJCE señaló: “El objetivo del TCEE es crear un mercado común, cuyo funcionamiento afecta directamente a los particulares en la Comunidad Europea. Este tratado constituye algo más que un acuerdo que solo crearía obligaciones mutuas entre los Estados contratantes”.

Los ciudadanos están directamente afectados por el derecho comunitario (acercamiento de los pueblos; atribuciones de poderes a ejercer sobre los ciudadanos; participación de los nacionales de los Estados miembros en órganos de la UE, como el PE y el Comité Económico y Social; y organización de recursos jurisdiccionales, etcétera).

La CE constituye un nuevo orden jurídico en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en sectores circunscritos, sus derechos soberanos. De tal organización son sujetos no solamente los Estados miembros, sino igualmente sus nacionales; por consiguiente, el derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, al igual que crea deberes para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entren en su patrimonio jurídico; derecho que tienen su origen no solo en atribuciones explícitas existentes en el Tratado, sino también en las obligaciones que el Tratado impone de forma bien definida lo mismo a los particulares que a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias.

Acto seguido, el TJ aplica estos principios al artículo 25 TCE. Este artículo define una prohibición clara e incondicional que es una obligación no de hacer, sino de hacer. Esta obligación no va acompañada de ninguna reserva de los Estados de subordinar su puesta en práctica a un acto positivo de derecho interno. Se presta perfectamente, por su naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus particulares. Por lo tanto, el artículo 25 produce efectos inmediatos y engendra derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar.

A partir de esta sentencia el Tribunal ha tendido a ampliar el alcance de las normas directamente aplicables, alegándose diversas justificaciones doctrinales al respecto. Siguiendo la línea de ampliación del alcance de las normas directamente aplicables, el TJUE considera que el efecto directo no solo afecta a los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos (efecto directo “vertical”), sino también a las relaciones entre los particulares (efecto directo “horizontal”).

De esta forma, por ejemplo, las normas sobre competencia aplicables a las empresas (artículo 101 TFUE) pueden ser invocadas directamente por una empresa contra otra. También los trabajadores pueden hacer valer sus derechos respecto de convenios colectivos (libre circulación de profesionales). Quizás la expresión más gráfica, por parte del TJCE, del concepto de “efecto directo horizontal” lo hallamos en su sentencia *Watrave*, asto. 36/74, del 12 de diciembre de 1974.

En este asunto se dilucidaba la compatibilidad del Reglamento de la Unión Ciclista Internacional, relativo a los campeonatos del mundo de ciclismo de medio fondo tras moto con el derecho comunitario. De acuerdo con el citado Reglamento, “el conductor de la moto debe ser de la misma nacionalidad que el corredor con el cual forma equipo”, un extremo que se oponía al artículo 54 del Tratado CEE, que recoge el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad referente al trabajo asalariado.

El TJCE señaló que en el artículo 45 TFUE (libre circulación de trabajadores) la mencionada prohibición “se extiende igualmente a los convenios y reglamentos que no emanen de las autoridades públicas”. Idéntica postura mantuvo respecto del artículo 157 TFUE, según el cual “cada Estado aplica el principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo”. Este principio se impone -ha señalado el TJUE- no solamente a la acción

de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todo convenio que regule de forma colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares.

Entre los criterios necesarios, según el TJUE, para que una norma comunitaria sea directamente aplicable está: que la norma sea clara y precisa; que sea completa y jurídicamente perfecta; y, finalmente, que sea incondicional. A partir de esta jurisprudencia, y de las características del derecho derivado, pueden establecerse como normas de efecto directo las siguientes:

a) Disposiciones de los Tratados constitutivos de la UE:

- Disposiciones de aplicabilidad directa completa (crean derechos y obligaciones no solo con respecto a los Estados miembros, sino para los particulares en sus relaciones interpersonales): disposiciones en materia de competencia y normas relativas a la libre circulación de trabajadores, etcétera.
- Disposiciones de aplicabilidad directa limitada (crean derechos y obligaciones para los particulares respecto de los Estados miembros): pueden ser prohibiciones u obligaciones de no hacer -por ejemplo, artículo 30 TFUE que prohíbe los nuevos derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente-.

b) Reglamentos:

Según el artículo 288, párrafo segundo del TFUE, el Reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros, requiriéndose su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad para su entrada en vigor -art. 297 TFUE-.

Este carácter de normas directamente aplicables de los reglamentos ha sido precisado por el TJCE en el asunto *Leonesio*. Sentencia del 10 de octubre de 1973. Cabe destacar que la señora Leonesio era una propietaria agrícola italiana que había sacrificado un número determinado de vacas en cumplimiento de una disposición comunitaria y reclamaba al Estado italiano las primas a las que tenía derecho según los correspondientes reglamentos comunitarios. Entonces, la postura del Gobierno italiano fue reacia al pago de dichas compensaciones, argumentando que, según el artículo 81 de la Constitución, era necesaria la promulgación de una ley para autorizar su pago.



El TJCE indicó: “Desde el momento en que se cumplen las condiciones previstas por los reglamentos y a partir del vencimiento del plazo que sigue al establecimiento de la prueba del sacrificio, los reglamentos citados confieren al agricultor el derecho de exigir el pago de la prima sin que el Estado miembro interesado pueda basarse en su legislación, o en su práctica administrativa para oponerse a tal pago”. Además, declaró que “los reglamentos comunitarios, para imponerse con la misma fuerza a los ciudadanos de todos los Estados miembros, se integran en el sistema jurídico aplicable en el territorio nacional, que debe permitir que se ejerza el efecto directo prescrito en el artículo 249 (antiguo artículo 189), de tal forma que los particulares pueden invocarlos sin que se les opongan disposiciones o prácticas de orden interno”.

Por todo lo dicho, el TJ consideró como contraria al derecho comunitario la exigencia de publicación interna del Reglamento, ya que “la aplicación directa de un reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en perjuicio de un sujeto de derecho se realice sin ninguna medida de recepción en el derecho nacional”.

c) Directivas:

En principio y según el TCE (artículo 288.3), las directivas no son directamente aplicables; obligan al Estado destinatario en cuanto al resultado, dejando a las instancias nacionales la competencia para determinar la forma y los medios que deberán adoptarse para su aplicación.

Sin embargo, el escaso margen de discrecionalidad que algunas directivas dejan para su aplicación por los Estados miembros -dado su pormenorizada concreción- ha llevado a una jurisprudencia favorable a su aplicación directa. Así lo estableció el TJ en el asunto *Van Dyun* (S. de 4 de diciembre de 1974).

El artículo 45, apartados 2 y 3 del TFUE, recoge el derecho de todo trabajador de los Estados miembros a contestar una oferta de empleo de presentarse en el país de acogida y de desplazarse al mismo, a efectos de hacer la oportuna entrevista. Este precepto fue desarrollado por el Reglamento 1612/1968, del 15 de noviembre, que fija las modalidades para el ejercicio de los derechos vinculados a la libre circulación; y por la Directiva 64/221 relativa a policía de extranjeros, cuyo artículo 3 indica: “Las medidas de orden público o de seguridad pública (que limitan los

derechos mencionados previamente) deben basarse exclusivamente en el comportamiento individual del individuo objeto de las mismas”.

En mayo de 1973, M. Van Dyun, ciudadana holandesa, vio rechazada su petición de entrada en el Reino Unido, para ir a trabajar como secretaria de la Iglesia de la Cienciología en un establecimiento que el Ministerio Británico de Interior consideraba que podía representar un peligro para la sociedad. Ante esta situación, formuló una demanda ante los tribunales británicos; entonces, la High Court interpuso cuestión prejudicial ante el TJCE.

El TJCE entendió que algunas disposiciones de la Directiva 64/221 tienen un efecto directo sobre los particulares interesados, y de forma específica señaló que “el artículo 3, párrafo 1 de la Directiva, engendra en favor de los particulares derechos que pueden ser invocados en juicio en un Estado miembro, y que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar”.

Las Directivas (así como las decisiones dirigidas a los Estados), en principio, están desprovistas de efecto directo, a menos que la precisión de sus términos, la claridad y la incondicionalidad de la obligación que contienen permitan tal efecto. Ahora bien, la aplicabilidad directa de las Directivas tiene un carácter limitado: solo se produce ante la falta de normas de desarrollo nacionales aprobadas dentro del plazo previsto (o ante desarrollos incorrectos o insuficientes), lo que crea un derecho para los justiciables beneficiarios de invocarlas ante un Estado miembro que ha incumplido con su deber de ejecución, así como ante todos los Órganos de la Administración.

Estas disposiciones de efecto directo obligan al Juez Nacional a no aplicar una regla nacional contraria a la norma comunitaria. En este sentido, es clásica la Sentencia del 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77, *Simmenthal*). Es bueno recalcar que *Simmenthal* importa carne para el consumo humano de Francia a Italia; y que la legislación italiana exige que la carne sea sometida en la frontera a un control sanitario, por el que *Simmenthal* debe pagar cierta suma. Esta empresa considera que tanto el control como las tasas constituyen obstáculos a la libre circulación de mercancías, consagrada en el Tratado CE, por lo que se dirige al *Pretore di Susa* para lograr la recuperación de la suma indebidamente pagada.

En la respuesta a la cuestión prejudicial que se le plantea, el TJ confirma la apreciación de *Simmenthal*. El juez italiano ordena entonces a la

Administración de Hacienda que proceda a la devolución de las tasas. Esta se niega bajo el alegato de que su actuación se basa en una ley nacional posterior a las normas comunitarias y de que la jurisprudencia del Tribunal constitucional no permite al juez resolver la cuestión, sino que exige el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante dicho Tribunal. Así que, enfrentado a una jurisprudencia tan distinta a la del TJ, el Pretore opta por plantear a este último una nueva cuestión prejudicial sobre los efectos plenos e íntegros en los derechos internos de los Estados miembros de las disposiciones comunitarias aprobadas en virtud del artículo 288 TFUE.

De su lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades declaró que “las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros (...), hacer inaplicable de pleno derecho, y por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional”.

Antes de proceder al estudio del principio de primacía del Derecho comunitario, conviene poner de manifiesto que los principios de aplicabilidad inmediata y de efecto directo se superponen y se necesitan mutuamente. El efecto directo ha de concebirse, así, como una referencia técnica y tuitiva: la invocabilidad de las normas comunitarias por los particulares al haber creado la norma de determinados derechos protegibles. Sobre ese particular, la aplicabilidad inmediata también debe entenderse como una referencia técnica: la autosuficiencia de la norma, que no necesita medidas comunitarias ni nacionales para su aplicación en el derecho interno de los Estados miembros.

### 3.5. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

El principio de primacía del derecho comunitario, en relación con el derecho nacional, es consecuencia lógica del principio de efecto directo; y actúa como garantía de la aplicación del derecho comunitario, ante la carencia de poder de ejecución de la Comunidad. Este fue formulado por primera vez por el TJCE en 1964 en la sentencia recaída en el asunto 6/64, *Costa/ENEL* (S. del 15 de julio de 1964). Allí, *Costa* se niega a pagar el recibo de la luz que le presenta el ENEL. Considera que la Ley italiana de 1962, por la que se nacionalizó la industria eléctrica y por la que se creó el ENEL viola los antiguos artículos 37, 53, 92 y 102 del TCEE, y así lo hace valer ante el *Giudice conciliatore* de Milán; así que, este decide

suspender el procedimiento en curso, y plantea una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJ y una cuestión de constitucionalidad (de la ley) ante la *Corte costituzionale*.

En su respuesta, el Tribunal puso de manifiesto que “todo juez nacional competente en una materia determinada tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que este confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la Ley nacional anterior o posterior a la regla Comunitaria”.

Como vemos, el principio de primacía se formula como una norma dirigida al juez nacional; entonces, no son ni el legislador ni el poder constituyente quienes han de establecer este principio a nivel legislativo o constitucional, sino que es el juez nacional quien debe consagrarlo mediante su función a aplicación del derecho comunitario. En este sentido, cabe señalar que la práctica judicial de los Estados miembros ha contribuido de forma eficaz a la consagración del Principio.

Así, entre otros supuestos, cabe referirse al Tribunal de Casación belga, que en su sentencia de 27 de mayo de 1971 (“Le Ski”) señalaba:

Los Tratados que han creado el derecho comunitario han instituido un nuevo orden jurídico, en virtud del cual los Estados miembros tienen limitado el ejercicio de sus poderes soberanos en las materias que estos Tratados determinan. Por lo que, en caso de conflicto entre una norma de derecho nacional y una norma de derecho comunitario, el Juez tiene el deber de rechazar la aplicación de disposiciones de derecho nacional que sean incompatibles a una disposición de un Tratado o de otras normas comunitarias. Pero el principio de primacía del derecho comunitario no se establece solo respecto a las normas internas con rango de ley, sino que como muy bien observa el profesor Rodríguez Iglesias, antiguo presidente del TJUE: ‘La primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno ha sido proclamada por el TJCE con independencia de que las normas internas que eventualmente sean contradictorias con el derecho comunitario tengan rango constitucional’.

El problema básico que plantea esta afirmación es determinar si cabe ejercer un control constitucional de las normas comunitarias. Cuestión que está en el vértice de las relaciones del orden jurídico comunitario con los ordenamientos de los Estados miembros, y de la actividad de

aplicación del derecho comunitario por el juez nacional. Es decir, se trata de establecer cómo y por quién resolver el posible conflicto entre una norma comunitaria y un precepto constitucional.

Desde el punto de vista jurídico formal, la cuestión se resuelve en las Constituciones de los Estados miembros mediante la doble vía de admitir expresamente la posibilidad de transferir competencias soberanas a una organización internacional, y de arbitrar un sistema específico de garantía para la celebración de Tratados que supongan una transferencia de competencias, a fin de asegurar su no contradicción con la Constitución. Esto asegura, en principio, la no contradicción entre los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y las respectivas constituciones nacionales, pero no puede prever los contenidos concretos de las normas de derecho derivado, ni evitar la posibilidad de conflicto entre una norma comunitaria y un precepto constitucional.

De nuevo, la práctica ha dado ocasión a que el tema sea objeto de diversos pronunciamientos, tanto por el TJCE como por los Tribunales constitucionales de los Estados miembros. En ese sentido, el Tribunal constitucional italiano y el Tribunal constitucional alemán se han pronunciado para descartar el control constitucional de los reglamentos comunitarios, por tratarse de actos de un poder público “supranacional”, y de materias sustraídas a la competencia legislativa nacional.

La interpretación que subyace a estos pronunciamientos es, tal como entiende N. Catalano, que no se trata de una cuestión de jerarquía entre ambos ordenamientos, sino de competencias, operándose “la sustitución del derecho nacional por el derecho comunitario, en los ámbitos materiales en que la transferencia de competencias ha sido operada: en estas materias la regla que se aplica es la del derecho comunitario”.

Sin embargo, distinto es el problema que se plantea cuando una norma de derecho comunitario puede contradecir los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución de un Estado miembro. Ante tal posibilidad, el Tribunal constitucional italiano ya señaló, en su sentencia del 27 de diciembre de 1973, que se reservaba la competencia de pronunciarse, si se diera una interpretación aberrante de los Tratados contraria a los derechos fundamentales y a los principios del orden constitucional italiano.

La jurisprudencia comunitaria reafirma en todos casos la aplicación del derecho comunitario, si bien ha ido evolucionando desde la sentencia recaída en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 de diciembre de 1970, en que afirmaba que “la invocación de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución de un Estado miembro... no podrán afectar la validez de un acto de la Comunidad o su efecto sobre el territorio de este Estado” hasta la posición actual. Actualmente, la jurisprudencia comunitaria, para salvar las posibles contradicciones, ha optado por interpretar que “Los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho”... y que “no podrían ser admitidas en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de los Estados miembros” [Sentencia 14-5-1974 (Nold c. Comisión); y de 13-12-1979 (Liselotte Hauer c. Land Rheinland)]. La protección de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito comunitario, a pesar de no aparecer en los Tratados constitutivos, se garantiza actualmente a través de la construcción jurisprudencial realizada por el TJCE.







# **CAPÍTULO XV**

## **LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y EL PROCESO JUDICIAL**

**Raquel Alastruey Gracia**



# CAPÍTULO XV

## LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y EL PROCESO JUDICIAL

Raquel Alastruey Gracia

### INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial ejerce la importante función de dar protección al ciudadano, ya sea frente a otros individuos que desconocen o contradicen sus derechos e intereses, ya sea frente a las instituciones y poderes del propio Estado; pero al darle una mirada a los datos estadísticos relativos a la justicia de nuestro entorno y de cualquier país, nos cuestionamos si dicha protección de los derechos del ciudadano siempre se alcanza. Si tenemos en cuenta que no hay tutela eficaz y, además, es tardía, excesivamente costosa y no alcanza a pacificar la disputa, aunque sea de aplicación recta la norma legal, la respuesta necesariamente ha de ser negativa.

Esta ineficacia del sistema judicial comporta no solo inseguridad jurídica, sino también enormes costes sociales y económicos. Una administración de justicia eficiente y, por tal razón, necesariamente ágil y rápida, es la base imprescindible de una convivencia ordenada y de la seguridad de las relaciones personales, comerciales y económicas.

Donde hay justicia, hay igualdad de oportunidades, libertad y, sobre todo, seguridad y certidumbre; entonces, es cuando podemos hablar de un verdadero Estado de derecho. Si los derechos de los ciudadanos no pueden hacerse valer de forma adecuada ante los tribunales, quiebran los valores propios del Estado social y democrático de derecho, que el Estado debe garantizar, como recoge el artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana, pues “es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”.

Un análisis, siquiera superficial, de las estadísticas judiciales pone de manifiesto que, a pesar del enorme esfuerzo de jueces y tribunales, se

ingresan más litigios que los que se resuelven. Esto es una constante en cualquier país desarrollado o en vías de desarrollo: tanto en España, que en 2018 ingresó 5.993.828 asuntos en el total de jurisdicciones y que mantiene una tasa de congestión de 1,45<sup>1</sup>; como en la República Dominicana, que en 2016, en Primera Instancia, tuvo un ingreso de 94.691 asuntos civiles y comerciales, y resolvió un total de 85,486 asuntos.<sup>2</sup> Lo mismo ocurre en todos los países de Europa.<sup>3</sup>

Esta parcial ineficacia del sistema judicial se debe, en primer lugar, a la complejidad de la sociedad actual que se transforma a ritmo vertiginoso y con futuro incierto, donde ni personas ni bienes conocen fronteras; y donde la información es global y todos estamos interconectados en tiempos inmediatos, mezclándose así culturas, lenguas, formas de hacer y sentir diferentes. Entonces, esa dinámica transformación social se encauza mal a través de normas rígidas, estrictas, previas.

Hoy en día, la Administración de Justicia, que debe servir para garantizar la convivencia pacífica en las sociedades mediante la aplicación de la ley, para que dicha convivencia no solo se mantenga, sino para que sea motor de progreso, queda en muchas ocasiones por detrás del cambio social y se adecúa mal a las controversias que se manifiestan.

Señalaba Encarna Roca, vicepresidenta del Tribunal Constitucional español, en el discurso de agradecimiento por el Premio Pelayo que le fue otorgado el 15 de noviembre de 2018, que en una sociedad global, sin fuentes objetivas de creación del derecho, y regida únicamente por la autonomía de la voluntad de los operadores económicos, la única posibilidad que se ofrece a los operadores jurídicos va a existir mediante la aplicación directa y efectiva de los derechos fundamentales, que van a ser el común denominador y las únicas reglas jurídicas efectivas que van a proporcionar al juez las pautas para sus decisiones.

A consecuencia de lo anteriormente expuesto, debemos preguntarnos si en todos los casos es adecuado el proceso judicial confrontativo, que es la forma con que el Estado pretende dar respuesta a las solicitudes de tutela efectiva ante los conflictos que se producen. Partiendo del monopolio jurisdiccional, que en última instancia garantiza la

---

1 Justicia dato a dato, 2018. Consultable en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

2 Boletines estadísticos, consultables en: [www.poderjudicial.gob.do/publicaciones/estadisticas-judiciales](http://www.poderjudicial.gob.do/publicaciones/estadisticas-judiciales)

3 Vid. Informes de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (Cepej). Consultables en: [www.coe.int/en/web/cepej](http://www.coe.int/en/web/cepej)

Constitución, ¿es suficiente que se incremente la cantidad de órganos judiciales? ¿O deberíamos plantearnos formas distintas de hacer justicia?

En la década de 1970, el rector de la Universidad de Harvard, antiguo decano de su Facultad de Derecho, describía el sistema judicial americano como un sistema sembrado de esperanzas defraudadas, pues resultaba demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico. Salvando la distancia temporal y geográfica, esa afirmación parece hecha a la medida de la Administración de Justicia española y de muchos otros países.

Por lo tanto, es necesario que los Gobiernos y los operadores jurídicos reflexionen sobre si además de contar con más recursos para seguir dirimiendo las disputas en base al derecho, no sería mejor hacer otras cosas o hacerlas -al menos- de otra forma.

En gran parte del mundo las personas y las organizaciones son cada vez más conscientes de sus derechos y de sus mecanismos de defensa (los tribunales), lo que está llevando a una sobrelitigación; pero esa litigación excesiva se debe a que, tanto los ciudadanos como también los profesionales del Derecho, desconocen otras alternativas diferentes a la vía judicial.

Tras casi 30 años ejerciendo como juez, el convencimiento alcanzado es que muchos de los asuntos que entran en la máquina de la justicia deberían tener otro recorrido, para hallar una verdadera solución. ¿Es sensato que un conflicto de vecinos por el tendido de la colada o el ruido o la tenencia de animales tiene que solucionarse en los tribunales? ¿Tiene algún sentido que dos grupos enfrentados de socios pasen años litigando e interponiendo demanda tras demanda, mientras la empresa se va a la quiebra? ¿Resulta lo más adecuado que personas que solo han estado casadas dos o tres años lleven más de diez litigando por pensiones, por el reparto de los bienes comunes o por el sistema de crianza de los hijos?

Los jueces aplicarán normas jurídicas, pero en pocas ocasiones su decisión será una verdadera solución para las controversias planteadas. Quizá es el momento de que la justicia formal aspire, y aprenda, no solo a decir el derecho, sino a gestionar y resolver los conflictos por medios distintos al único que hasta ahora utilizamos, para así lograr la verdadera y efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos.

Si la justicia es a la sociedad lo que la medicina es al ser humano, y dado que los médicos diagnostican y tratan las enfermedades del cuerpo con distintos procedimientos y técnicas de intervención, los tribunales deberíamos diagnosticar y tratar las enfermedades sociales con el método adecuado a cada caso; sin embargo, en los tribunales solo contamos con tratamiento quirúrgico, nuestro bisturí es la ley y la aplicamos de forma implacable, cortamos por lo sano y con cirugía no se sana un resfriado, ni una infección. La salud de nuestra sociedad demanda “medicinas” alternativas.

## **1. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS**

Las fórmulas directas en que las partes solucionan por sí mismas sus conflictos, se han desarrollado desde los tiempos antiguos con la finalidad de restablecer la paz social. No obstante, la inicial autodefensa se basaba en la imposición de la decisión de una parte frente a la otra y producía situaciones peligrosas, pues hacía tambalear la propia estructura del grupo al quedar siempre subyugado el más débil al más fuerte o poderoso. De ahí que, en un segundo paso, se tratara de buscar la intervención de terceros (fuera el jefe de la tribu, el cabeza de familia o el representante de la estirpe), a fin de que conciliaran y gestionaran las posibilidades de las partes en conflicto para hallar una solución no impuesta por razón de fuerza, sino por fuerza de la razón.

De estas formas autocompositivas basadas en la conciliación se dio paso al arbitraje, en tanto se iban reglamentando las formas y modos de seguir el camino conciliador; y, con la aparición del Estado, esta reglamentación del proceder en la solución de los conflictos se asume como un instrumento estatal, por cuanto implica un mínimo de organización política y social, dando paso al proceso judicial.

Al generalizarse los derechos individuales y someterse las estructuras estatales a control, fue incrementándose la confianza en los tribunales, que ya no estaban sometidos al poder del Rey o del Gobierno de turno, sino al imperio de la Ley.

La ley ha ido generando el hábito de pretender que desde el Estado, a través de los tribunales, se dé la razón a nuestros planteamientos, sin analizar previamente si obtener la razón satisfecerá realmente nuestras necesidades. En tal razón, Pascual Ortuño, que fue director de la

Escuela Judicial Española, representante español en la elaboración del “Libro verde” sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en la Unión Europea, y primer presidente de la Sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (Gemme), indica que presentar una demanda en un juzgado es una declaración formal de guerra. Y tiene razón, en la medida en que para que una parte gane a la otra, necesariamente ha de perder, y en la mayoría de los casos no se ha desarrollado previamente una actividad negociadora constructiva, pues cuando se negocia se pretende la rendición del adversario sin un análisis previo de si eso conllevará la satisfacción del interés.

Actualmente, existe una tradición centenaria de transformar los problemas en litigios. Hay una cultura del pleito sólidamente enraizada en nuestra sociedad y es necesario cambiar esa cultura de la confrontación legal, lo que pasa por cambiar la costumbre de litigar, de traspasar a un tercero la decisión sobre la vida y los intereses de cada uno, como primera opción y eso solo será posible si se instaura un hábito de mayor responsabilidad individual sobre las cosas que ocurren, se promueve el diálogo y se deja espacio al acuerdo.

La tradición cultural de un concreto pueblo será la que marcará una mayor receptividad hacia la búsqueda de soluciones generadas desde el mismo individuo o, por el contrario, hacia la búsqueda de soluciones ofertadas desde el poder público.

Diversos autores argumentan sobre el peso de las diferencias sociológicas y culturales entre las sociedades anglosajonas y las latinas, como determinante del diverso grado de desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos, los denominados ADR (Alternative Dispute Resolution). En especial, Pimentel destaca que las primeras serían más proclives a la negociación para el acuerdo y las segundas cederían su confianza a un poder del Estado; y, probablemente, esto tenga que ver con el principio de responsabilidad individual protestante frente al principio del comportamiento debido al castigo divino, propio de la religión católica.

Pero esta, con todo y ser importante, no es la única razón. También desde perspectivas antropológicas debemos referirnos al peso que en nuestro comportamiento tienen las emociones. En las culturas latinas los individuos son más proclives a las reacciones pasionales; y una vez disparadas las emociones ya no somos capaces de ver todas las caras de nuestro problema que, de forma reduccionista, lo acotamos a los

límites legales, sin percibir que las normas jurídicas dejan un amplísimo margen de libertad personal en la toma de decisiones.

La Constitución de la República Dominicana del 2015 garantiza ese margen de libertad, cuando en su artículo 40.15 expresa: “A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda, ni impedírsele lo que la ley no prohíbe”. De hecho, la ley es igual para todos: “Solo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica”.

Sin embargo, la vehemencia propia de la idiosincrasia latina tiende a cerrar las puertas a la negociación entre las partes y ante el mínimo conflicto se “amenaza” con ir a los tribunales. Probablemente, la elevada litigación en España y en otros países de nuestro entorno cultural tenga que ver con la demora en el afianzamiento de las estructuras democráticas y, consecuentemente, en el mantenimiento del autoritarismo en todas las relaciones sociales generalizándose la idea de que solo desde el poder podían resolverse todos los conflictos.

Esta tendencia, a su vez, fomenta una fe ciega en la justicia y una infravaloración de las potencialidades de los propios individuos para solucionar sus problemas. Es consecuencia del “estado de bienestar” que los ciudadanos exijan del poder público la atención a todas sus carencias, necesidades y problemas. Además, existe una cultura acomodaticia a abdicar de la propia responsabilidad en un tercero, que siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver los problemas de sus ciudadanos. Y más todavía, eso se exagera cuando los conflictos son cada vez más complejos y, por lo tanto, su gestión es mucho más laboriosa.

Paralelamente, el nivel de exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos se incrementa como consecuencia de una sociedad más democrática, más libre, más culta y, por tanto, más exigente del respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Finalmente, otra causa podría ser el excesivo protagonismo del Estado que, sin embargo, no promueve mecanismos que inviten a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos. Si el Estado garantiza la existencia de derechos individuales, también debe arbitrar los sistemas que permitan un adecuado servicio prestacional de la garantía de dichos derechos.



En los países con un sistema jurídico continental se ha magnificado el monopolio jurisdiccional, que debe existir, pero como “última ratio” y no como primer recurso. Ni el Estado debe asumir ese papel paternalista, por cuanto va reduciendo las posibilidades de libre desarrollo individual de los ciudadanos, ni puede plantearse como única vía posible de solución de conflictos la respuesta que den sus órganos jurisdiccionales, pues precisamente el deseo de convertir en realidad el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, ha llevado al colapso de la Administración de Justicia y, con ello, a la injusticia de no hallar respuestas pacificadoras en un tiempo razonable.

En los últimos años es palpable por parte de los poderes públicos, el deseo de buscar una mayor eficiencia a través de soluciones de justicia alternativa o complementaria, con miras no tanto a descongestionar los tribunales como a alcanzar mayor calidad en la justicia y mejor pacificación social; o en palabras de Simone Gaboriau, presidente de la Cámara Honoraria de la Court d’Appel de Paris, hemos de contemplar la juridiversidad, debemos dirigirnos hacia una justicia dulce que evite confrontaciones inútiles de los ciudadanos.

Esa búsqueda de una justicia mejorada y más eficaz ha llevado a todo el ámbito de la Unión Europea a promover las vías alternativas de resolución de conflictos en un doble sentido: por una parte, acogiendo como complementarios y no como antagónicos u opuestos a la jurisdicción los sistemas que se engloban como ADR (la mediación, la conciliación, la evaluación neutral, el dictamen de expertos, el arbitraje...); por otra, hacia la necesidad de que los órganos jurisdiccionales asuman la función de posibilitar la solución negociada del conflicto por las propias partes interesadas.

En este sentido, la Carta Magna de los Jueces, aprobada por el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos, el 17 de noviembre de 2010, en el ámbito del Consejo de Europa, establece: “El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos” (Artículo 15).

Desde una perspectiva temporal, en relación con el proceso judicial, algunas soluciones alternativas, que en todo caso deberán ser promocionadas desde el poder público como primer paso para cambiar la cultura del litigio, serán utilizadas directamente por las partes en conflicto y actuarán como sistemas preprocesales o de desplazamiento

de la jurisdicción, mientras que otras se manifestarán una vez planteado judicialmente el conflicto y será la actividad del juez la que permitirá, dentro de la flexibilidad de la norma, que finalmente se encuentre esa solución al margen de su “iuris-dictio”.

## **2. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS**

Consecuencia de las transformaciones sociales, de la globalización y de la posmodernidad que se aparta de la búsqueda de una única verdad y de la razón en mayúsculas; de la evolución de las necesidades básicas del individuo y del ritmo vertiginoso que pautan las nuevas tecnologías; de la evolución en el desarrollo del conocimiento que ya no es posible si no es en colaboración con otros; y de muchas otras circunstancias actuales, las normas estrictas y rígidas de las que se dotan las sociedades para regular la convivencia pacífica ya no son útiles en muchos casos, que ni siquiera han previsto. Con acierto, señala la profesora M. Munné, que las necesidades de las personas en una sociedad cada vez más plural exigen adaptar fórmulas individualizadas de resolución a los múltiples e inéditos conflictos que surgen en comunidades cada vez más imprevisibles.

La vida social, y la vida en sí misma, no se entiende solo en términos de relación jurídica y en términos de derechos y deberes; en el ámbito del derecho disponible las relaciones son de libertad, de posibilidad de hacer, admitir o negar.

Por más que se considere como una frase común el referirse al conflicto como legal, no hay conflictos legales; legales son los instrumentos para tomar una decisión en último caso: una decisión de autoridad que pretende poner fin a la controversia entre dos o más personas, conforme a un marco preexistente, estable y conocido. Pero, fuera de la ley, quedan todos los matices del conflicto, que en muchas ocasiones ni siquiera los propios interesados se preocupan por reconocer.

La cuestión es que cuando una persona está enfrentada a otra, lo primero que sucede es que se disparan las alertas emocionales: la rabia, la frustración, el temor a lo que puede suceder, la tristeza... Nos sentimos débiles... Y, disparada la emocionalidad, se reduce proporcionalmente la racionalidad. Entonces, llega el momento de la amenaza judicial: “Nos veremos las caras en el Juzgado”.

Ante la incapacidad momentánea de racionalizar nuestro problema, de ver todas las facetas del mismo -las visibles y las ocultas-, optamos por acotarlo a términos legales y negamos la posibilidad de negociar con la otra parte, a quien vemos como nuestro enemigo; y, así, cualquier propuesta de la otra parte es rechazada y además comporta un afianzamiento en la nuestra que, por definición, es opuesta y excluyente.

Sin embargo, si queremos solucionar el problema, hemos de conocerlo en global. Para eso, resulta imprescindible que ambas partes hablen; hablar para tomar conciencia del problema en todas sus facetas. Como la luna, los problemas tienen partes que se ven y otras ocultas; pero, ante todo, el problema no es solo del otro, sino nuestro, o, si se quiere, un problema de ambos.

Una vez aceptado el hecho de que hay un problema que afecta a dos o más personas, el siguiente planteamiento a asumir es que se desea solucionarlo. Tener razón o vengar la situación pasada no es sinónimo de solución.

Durante mucho tiempo he defendido que quien presenta una demanda ante un tribunal no quiere una sentencia, sino una solución; no obstante, ya he llegado al convencimiento de que eso no siempre es así. En ocasiones, se busca venganza, o ridiculizar al otro; o sencillamente obtener la razón, y eso significa que muchos de los litigios se sostienen internamente, porque la parte necesita afianzamiento, empoderamiento, sentirse bien consigo misma y con la actuación que tuvo en el pasado, sin percibir que eso le ancla y no le permite avanzar hacia un futuro mejor. Eso se ve con mucha frecuencia en los litigios de familia o en las relaciones entre socios de una empresa.

Por ende, resultará fundamental la actitud de los sujetos que intervienen en el conflicto para que este encuentre la solución justa y más adecuada a los intereses de cada uno. Esta actitud dependerá en gran medida del conocimiento y la aceptación de otras vías de solución distintas de la sentencia judicial, pero que, en todo caso, se alinean en los mismos principios que la justicia estatal: de ser alternativa a la fuerza, a la coacción, a la imposición de la solución unilateral o a tomarse la justicia por cuenta propia.

Este conocimiento, en tanto no proceda de la herencia cultural, como ocurre, por ejemplo en tradiciones orientales -Confucio ya enseñaba que nada debía perturbar la armonía natural en las relaciones humanas,

armonía que se interrumpe por la aparición de los conflictos-, puede adquirirse desde la más temprana edad, en las escuelas, trabajando con los más pequeños los principios de una cultura de paz y de no confrontación.<sup>4</sup>

Hablamos de un sistema de valores en el que lo importante no sea ganar o perder, sino tomar parte en el proceso de decisión de los propios intereses, asumiendo la responsabilidad de gestionar las consecuencias de las relaciones libremente establecidas, ya sean en el ámbito puramente privado, comercial, laboral, vecinal o familiar; se trata, en definitiva, de interiorizar el principio de que la responsabilidad es la medida de la libertad. Esta será la forma más adecuada de transformar los hábitos que determinan una cultura.

Paralelamente es necesario que en los planes docentes de las universidades y en los cursos de formación continua de los operadores jurídicos y sociales (jueces, abogados, asistentes sociales, psicólogos, etcétera) se incluya la formación en ADR. No cabe olvidar que fue precisamente en la universidad norteamericana donde se desarrolló el germen del actual movimiento de ADR que, a pesar de recuperar antiguos sistemas autocompositivos de solución de conflictos, no surgió como evolución de ideas jurídicas tradicionales, sino que aparece en la segunda mitad del siglo XX, como alternativa necesaria para que todos puedan acceder a soluciones justas, ante la incapacidad del sistema judicial (Universidad de Harvard) y tras los trabajos sobre el análisis económico del Derecho (Universidad de Chicago).

Debido a la universalización de las ideas y modos de vida, los métodos que incorporan el diálogo en búsqueda de una solución negociada, basados en la primordial importancia de la libertad individual, en el valor trascendente del acuerdo de voluntades, están tomando fuerza en muchos países, ya pertenezcan a sistemas de *common law* o a sistemas de *civil law*.

De igual modo, la Unión Europea está tratando de dirigir un proceso de uniformización de respuestas alternativas al proceso jurisdiccional, en todo caso desde la doble perspectiva de que hay posibilidad de tutelar intereses y derechos en conflicto sin necesidad de acudir a los tribunales

---

4 La Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el período comprendido entre los años 2001 y 2010, Decenio Internacional de una cultura de paz y no violencia para los niños del mundo (Resolución 53/25), y aprobó la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (Resolución 53/243).

y de que es necesario descargar de trabajo a los órganos judiciales, pues, de otra forma, resultan inoperativos.

También muchos países del ámbito hispanoamericano (una visión comparativa puede consultarse en: <http://www.maparegional.gob.ar/>) apuestan por los ADR como métodos eficaces y eficientes de elaborar soluciones justas a los problemas de sus ciudadanos.

Inicialmente, el Consejo de Europa realizó una serie de recomendaciones [Recomendación (98) 1 sobre mediación familiar; Recomendación (99) 19, sobre mediación en materia penal; Recomendación (2001) 9, sobre los modos alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y los sujetos privados; y la Recomendación (2002) 10, sobre mediación en materia civil)],<sup>5</sup> para que los Estados pusieran en marcha mecanismos de resolución de conflictos que no implicaran la toma de decisiones por los tribunales.

El impacto de dichas recomendaciones en las diferentes legislaciones nacionales es objeto de seguimiento por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (Cepej). Aquí, la idea subyacente es que en la concepción actual de la justicia debe evitarse la confrontación ante los tribunales, porque una victoria de una de las partes ante un tribunal impacta muy negativamente en la otra, de forma que la decisión será resistida por quien se considere perdedor y dará lugar al recurso correspondiente; su cumplimiento será igualmente resistido y dará lugar a procesos de ejecución forzosa. Pero, sobre todo, dejará quebradas las relaciones entre las partes, y eso es enormemente perjudicial -incluso para quien ha ganado el litigio-.

Ahora bien, no bastan las leyes para modificar la cultura litigiosa. Es preciso que los operadores jurídicos, a quienes inicialmente se les traslada el problema, advierten los aspectos positivos de alcanzar una solución no jurisdiccional. Así que, la negociación colaborativa, el arbitraje no vinculante, la evaluación neutral por un experto independiente, la mediación o la justicia restaurativa son alternativas reales y prácticas que empoderan a las personas que teniendo un conflicto participan de la construcción de su solución. De modo tal que, el nivel de uso de los ADR tiene mucho que ver con el nivel de madurez de la sociedad civil.

---

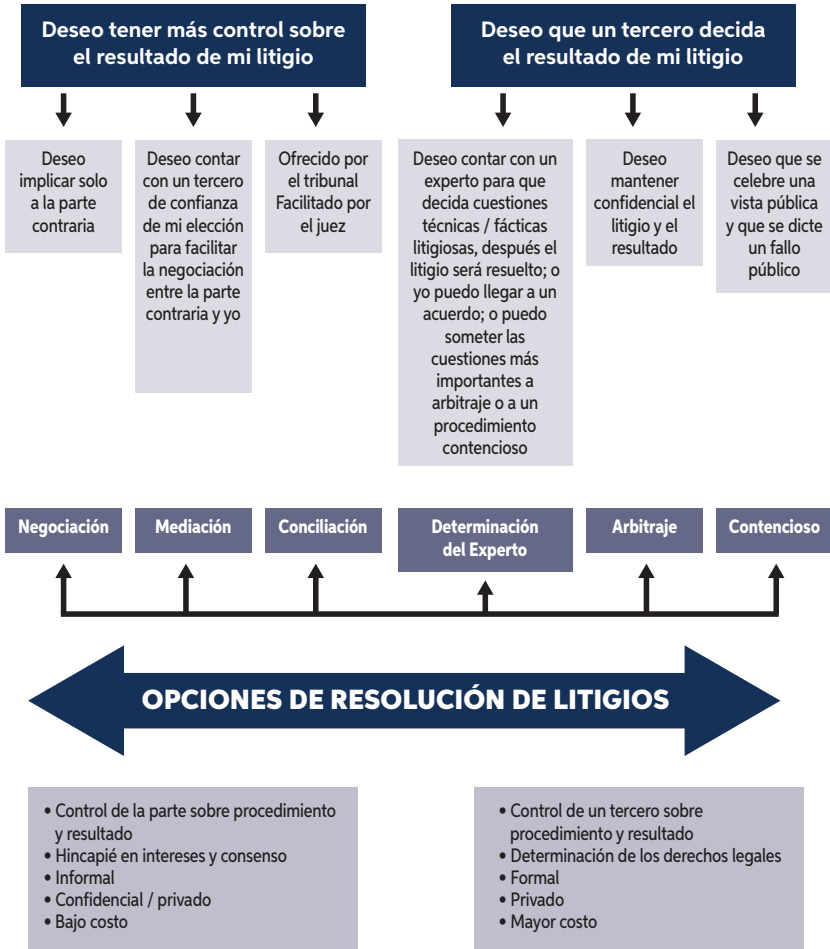
5 Consejo de Europa. (2020). *Mediación*. [www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation](http://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation)

Definitivamente, si cambiamos la manera en que los ciudadanos tienen de afrontar sus problemas, cambiaremos también la forma de relacionarse con el Estado, y de los Estados entre sí, y lograremos un mayor nivel de paz general. Entonces, es necesario empoderar de nuevo a la sociedad civil para que sepa afrontar sus propios problemas sin necesidad de acudir a un tercero para que decida.

Los métodos de solución alternativa de conflictos se asientan en tres pilares fundamentales: la confidencialidad, la voluntariedad y la predisposición de las dos partes a intentar buscar una solución de consenso. Lo que se pretende con estos es gestionar el conflicto y sus consecuencias desde la racionalidad, atendiendo a los intereses más profundos y tratando de satisfacer las necesidades desatendidas, truncadas por la situación problemática. Cuando realmente se buscan soluciones a los problemas y, como dijera Louis Prugnon, diputado a la Asamblea Constituyente francesa, el 7 de julio de 1790, antes de pasar por el templo de la justicia debemos entrar en el templo de la concordia.

Y en ese templo de la concordia encontramos, básicamente, los siguientes métodos de solución de conflictos: la negociación cooperativa, el arbitraje, la mediación, los sistemas híbridos de mediación y arbitraje, la conciliación, la evaluación neutral o dictamen de expertos y la abogacía colaborativa. Que se elija uno u otro dependerá mucho del tipo de controversia, de la voluntad de las partes en mantener en su propia mano el resultado, de la necesidad de mantener relaciones futuras y de no impactar negativamente en terceros, de la rapidez con que se precise un resultado, y de la reserva o privacidad con que se quiera gestionar el problema.

## ELECCIÓN DEL MODO DE RESOLVER SU LITIGIO



## 2.1. LA NEGOCIACIÓN

Dentro del concierto de métodos de resolución de conflictos, la negociación es el más variado y desestructurado. Este es el proceso bilateral o multilateral en el que las partes, directamente o a través de sus representantes, pero sin intervención de un tercero neutral, intentan resolver las disputas a través de la comunicación, la discusión y/o la persuasión, asumiendo que deberán ceder en sus posiciones para llegar a una solución, en definitiva, tienden a hallar una solución transigida, sin la intervención ni ayuda de terceros.

Por las pautas de comportamiento que se desarrollan en una negociación, se viene distinguiendo entre: a) Una negociación competitiva; y b) Una negociación en colaboración. En el primer caso se trata de ir ganando terreno al contrario, de manera tal que, mediante mecanismos psicológicos, tales como: las exageraciones y las amenazas de no continuar, entre otros, se pretende que el adversario ceda ante las pretensiones mantenidas por la parte contraria; y abarca tanto a los que van dispuestos a obtenerlo todo o a destruir al oponente, como a los que tienden a ceder, con la frustración que esto acarrea.

Esto se trata de un pensamiento de suma cero: uno gana lo que el otro pierde. La negociación competitiva es apta fundamentalmente para dos tipos de situaciones: una, aquella en la que el vínculo entre los sujetos en conflicto carece de importancia, puesto que no van a continuar la relación más allá de la resolución del conflicto que los une, es lo que llamamos negociación única. Otra, cuando la satisfacción de los intereses primordiales de cada parte excluye la posibilidad de satisfacción de los intereses primordiales de la otra.

El segundo tipo de negociación tiende a cooperar con la otra parte, como forma de ir generando y ganando confianza que permita alcanzar acuerdos de forma que el presente conflictivo no determine un futuro peor. Cuando la relación de futuro importa, y ello es especialmente visible en el mundo de los negocios, es mejor seguir una negociación cooperativa.

Como indica Fajardo, el comercio internacional se ha dotado de un sistema supranacional de solución de conflictos, sin perjuicio de acudir a los apoyos jurisdiccionales que se precisen para la ejecución forzosa de los acuerdos o resoluciones, en los que básicamente radica en la negociación; claro está, en una negociación basada en intereses (los



de cada sujeto) y no tanto en principios (los generales propios de cada cultura). Sobre ese particular, en el mundo de los negocios tanto el método de solución, como su desarrollo, es válido al ser eficiente y al obtener un resultado deseado por ambas partes (bien coincidente).

En tanto, en el contexto de los conflictos empresariales internacionales, se han impuesto los mecanismos alternativos de solución de conflicto de corte anglosajón, diseñados para ser operados utilizando un modelo de Harvard de técnicas de negociación, que parte de la identificación del propio interés (sin perjuicio de considerar el del contrario solo por una razón estratégica) y precisamente porque las relaciones entre las partes tienden a ser continuadas y a repetirse a lo largo del tiempo, generándose, en consecuencia, sucesivas transacciones. Definitivamente, es mucho más eficiente y eficaz cooperar, desde el propio egoísmo, que enfrentarse.

Ahora bien, establecer un diálogo con vistas a una solución, es realmente difícil, porque partimos de premisas que consideramos inamovibles. Y Si entramos a negociar las premisas rígidas e inamovibles no avanzaremos. Entonces, un diálogo es ante todo un debate argumentativo y racional, que permite avanzar de un primer escenario a otro, y a otro... y así sucesivamente hasta encontrar los espacios comunes. Por esto es conveniente, tomando como ejemplo “el dilema del prisionero”, iniciar la negociación cooperando y siguiendo la estrategia “tit for tat” (“golpe por golpe” o “donde las dan las toman”) que desarrolló el profesor de ciencias políticas y políticas públicas de la Universidad de Michigan, Robert Axelrod, aplicando la teoría de juegos a las estrategias cooperativas en las economías complejas, conocida como “la estrategia correcta” o “estrategia amable”, pues se coopera en el primer envite y se replica en el siguiente en función de lo que haya hecho el contrario en el envite anterior.

Cuando el conflicto ya está judicializado es difícil que las partes negocien directamente, pero los abogados que aún no conocen el resultado de las pruebas que la otra parte va a aportar al proceso y, por lo tanto si existe una información asimétrica, sí pueden ser invitados por el juez a que desarrollen una negociación que ponga fin al litigio desde perspectivas más cooperadoras que competitivas.

## 2.2. LA MEDIACIÓN

La mediación no es un sistema para dar y quitar razones, ni para validar derechos frente a agravios; tampoco es un proceso de enfrentamiento de posturas, como sí lo es el proceso judicial o el arbitral, que deja el conflicto a la decisión de un tercero. No es un proceso de negociación directa entre los abogados que actúan como interlocutores de los interesados, en la mayoría de los casos desde la premisa de que si no se aviene una parte a las pretensiones de la otra se acabará en los tribunales. En todos estos casos se parte de la postura concreta y cerrada, desde planteamientos jurídicos.

La mediación es un método para transformar el conflicto en oportunidad mediante el diálogo dirigido por un profesional (un tercero sin interés en alcanzar un resultado concreto, es decir, neutral; y sin interés en el beneficio de alguna de las partes, es decir, imparcial, pero con formación multidisciplinar que favorece el ambiente de comunicación positiva). Esto a fin de que los propios interesados sean capaces de aflorar sus intereses y de hallar la solución al conflicto que les atañe, y que normalmente lo impiden errores de juicio sobre su propia conveniencia o el no saber articular de manera racional sus deseos, intereses o valores.

La mediación se sustenta en el principio de libertad personal y en la capacidad de toda persona o institución en mantener el poder de cambiar las situaciones en las que se encuentra, una vez ha identificado correctamente cuál es su interés ante el problema. Se trata de evidenciar que quien sufre el problema también tiene a su alcance la solución, que será en todo caso la mejor posible en tanto se adecúe a su interés. Por otro lado, la mediación es útil en todos aquellos conflictos en los que el interés es propio y disponible, los de carácter patrimonial, y también en aquellos para los que las normas jurídicas no tienen respuesta única o cuando la respuesta legal no puede contemplar la situación planteada en todos sus matices, sus condicionantes emocionales, sus circunstancias y su posibilidad de efectividad inmediata.

Cabe destacar que su instrumento básico es el diálogo que no está sometido a la regla del enfrentamiento, del ganar y perder, por lo que la información que se transmite al mediador y a la otra parte es para encontrar las zonas comunes, donde generar opciones a partir de las que se construye la solución. Para ello, es esencial la profesionalidad del mediador.

Antonio Tula, mediador con más de 40 años de experiencia y referente en la formación de mediadores, externa que se trata de un sistema diseñado para que las personas que tienen divergencias respecto a un tema, y que no pueden superar mediante un diálogo directo, intenten solucionarlas recurriendo a un diálogo asistido por un tercero imparcial. Y aquí ya encontramos la verdadera naturaleza del método: el diálogo.

En una situación de conflicto, cada sujeto la percibe según la narrativa que realice de lo que le sucede, de forma que legitime su acción y que justifique su inclusión en el conflicto. Y se recurre a explicaciones que revisten cierta apariencia de objetividad (hechos, estadísticas, datos, normas) a los que llamaremos justificaciones o argumentaciones. El rol del mediador consiste en favorecer el restablecimiento del sistema de comunicación que les permita escucharse para así poder entenderse, de forma tal que el mediador y las partes logran formar un equipo de reflexión para la acción, para la transformación de su relación e, incluso, para el acuerdo.

El mediador tiene muy presente que los conflictos de las partes tienen sus raíces en su pasado, en su presente y en su futuro imaginado; y todo ello configura su narrativa o relato del conflicto, en sus pensamientos, sentimientos, actitudes y creencias, que no son los del mediador. De ahí que sea imprescindible que este mantenga su neutralidad, es decir, su falta de posicionamiento sobre la cuestión que mantiene en tensión a las partes. Por eso mismo, escucha activamente qué dicen y cómo lo dicen, qué semántica tienen esas emociones que les llevan a un posicionamiento concreto y al mismo tiempo reconoce que las partes son los únicos expertos en su universo particular, pero debe ayudarles a trascender el estado temporal de confusión y desequilibrio que el conflicto les produce y reconectarlos con su capacidad innata para tomar el timón de sus propias vidas.

De este modo, el mediador puede utilizar sus habilidades en escuchar activamente, para después cambiar la narrativa que ancla a cada uno con su posición y así ir avanzando hacia el territorio de los intereses y las necesidades que quedan ocultas tras el relato.

En la dirección del proceso de mediación, la persona mediadora buscará establecer un clima de cooperación y confianza, donde a través del diálogo estructurado se permita el empoderamiento de cada uno y el reconocimiento mutuo como interlocutores válidos para hallar una zona de convergencia en la que se puedan satisfacer los intereses de cada uno

(intereses mutuos que no es lo mismo que intereses comunes). El arte de la mediación radica en facilitar que se avance en el debate racional mediante el manejo de herramientas reflexivas, para la movilización del pensamiento posicional y el estatus emocional del inicio, con el objetivo de realizar el abordaje de los temas enunciados -los contenidos de la agenda-, exclusivamente con herramientas comunicacionales que propicien las variaciones posicionales y generen opciones para la satisfacción de los intereses subyacentes: las necesidades, temores, preocupaciones, deseos, proyectos, etcétera.

Además, entre el mediador y cada parte se establece una relación empática, abierta, confiable, no directiva, donde cada uno puede ir modificando el relato de su vivencia (percepción subjetiva); y así encontrar respuestas que no estaban en el repertorio inicial de su posición.

La mediación es un proceso, que se inicia porque las partes quieren, de forma que la voluntariedad constituye un pilar de la mediación. En este sentido, las partes están en mediación porque quieren hallar una solución; por lo tanto, la voluntariedad abarca el iniciar el procedimiento, el mantenerse en él, el llegar a acuerdo y el retirarse del mismo. A la mediación se acude para hallar una solución, pero partiendo de que nadie puede ser obligado a consensuar o convenir; de hecho, hay libertad para poner fin al proceso en cualquier momento, cuando se perciba que una solución satisfactoria ya no es posible, por lo que, en ningún caso, veda la posibilidad de acudir a los tribunales.

Como procedimiento estructurado que empieza en algún sitio y momento, continúa con pasos ciertos e identificables, y termina en otro lugar diferente. Es conveniente describir las etapas de este viaje, en el bien entendido de que en el proceso se producen retrocesos por existir, puntos oscuros no suficientemente identificados o aclarados, o saltos de fase al avanzar rápidamente en definir la zona de cooperación y de posibles acuerdos.

Aunque esto dependerá de cada mediador y del tipo de conflicto que se someta, se podría establecer un proceso universal de mediación de cinco etapas básicas, sin perjuicio de la preparación de la mediación, que en ocasiones se produce ante las gestiones solicitadas por una parte para llamar a la mediación a la otra, o cuando se realizan gestiones previas por los abogados que eligen la persona o institución mediadora con quien preparan la suscripción del convenio de mediación o solicitud de inicio de la mediación.

Las fases no presuponen necesariamente un periodo temporal entre una y otra, pues dependiendo del procedimiento que siga el mediador, puede realizarse en una o varias sesiones:

- 1) Establecer las normas de funcionamiento, incluye la acogida de las partes, la información sobre el objeto del conflicto que se somete a mediación, la firma del convenio de mediación o acuerdo de confidencialidad (ambas partes). A esta sesión constitutiva o inicial se refiere el artículo 19 de la Ley 5/2012;
- 2) Definir y aclarar lo sucedido (entrevistas conjuntas o por separado);
- 3) Examinar el conflicto. Formación de la agenda de temas (reuniones conjuntas);
- 4) Desarrollo de opciones variadas y viables (posibles soluciones); y
- 5) Fase de acuerdo, redacción y formas de garantizarlo. Se distinguen distintas escuelas o metodologías mediadoras. En el ámbito de las mediaciones familiares parece que la metodología transformativa y circular narrativa son las más adecuadas porque no se busca tanto un acuerdo puntual a un conflicto previamente definido, sino un cambio o transformación de cada uno que permita enfocar positivamente el futuro, en el que han de seguir relacionándose, mientras que la mediación lineal (Escuela de Harvard representada por Fisher y Ury) tiende a la búsqueda del acuerdo aparcando o disminuyendo las diferencias mediante la negociación basada en principios y es más útil en conflictos empresariales e internacionales.

La mediación transformativa, desarrollada por Busch y Folger, tiende a que las partes se den cuenta de su capacidad para considerar, reconocer y preocuparse de los otros, y eso determina una transformación personal y relacional. La mediación narrativa iniciada por Sara Cobb y desarrollada por Marinés Suares se asienta en el principio de que las personas organizamos nuestras experiencias en forma de historias y de relatos. Y hay una gran diferencia entre la historia (conjunto real de acontecimientos) y el discurso (la narración de esos hechos). Las historias del conflicto son notoriamente rígidas, reacias al cambio, no porque las personas no estén dispuestas a resolver sus conflictos, sino porque la historia de cada una presenta un cierre que la dota de estabilidad y que puede ser asumida y contrastada por otros.

En consecuencia, la mediación es un proceso que requiere desestabilizar las narraciones, abrir los relatos a interpretaciones alternativas y, si se consigue la variación del relato histórico (rígido e individual), se debilitan las motivaciones negativas hacia el otro; y eso permite construir otra historia común sobre lo que constituye la controversia, porque lo interesante no es valorar las quejas del pasado, sino redirigir a las partes en conflicto a hablar de sus aspiraciones para el futuro.

El buen mediador se maneja con herramientas propias de las diferentes Escuelas sin limitarse a seguir las pautas estrictas de una u otra, será la idiosincrasia de cada uno y su nivel de experiencia lo que determinará que se desarrolle una buena mediación.

Nótese que una buena mediación no es únicamente la que termina en un acuerdo. Las partes pueden no llegar a un acuerdo, bien porque tras la exploración de todas las opciones no desean ninguna de las posibles (falta de acuerdo), bien porque internamente no aceptaron el objetivo de alcanzar un acuerdo en la mediación (participación no genuina), bien porque el debate fue deficitario (déficit de exploración). Solo esta última es responsabilidad del mediador, cuyo deber vinculado a su rol profesional es conseguir que las partes debatan correctamente sobre las posibilidades de alcanzar un buen acuerdo más que conseguir que las partes lo alcancen.

El buen mediador llegado el momento del acuerdo prácticamente ha desaparecido de la mesa de diálogo. Su figura ya no tiene importancia, porque los propios sujetos son los verdaderos protagonistas de todo lo que está ocurriendo. Pero para llegar a ese nivel de excelencia profesional es imprescindible no solo el entrenamiento para el desarrollo de las capacidades, competencias y habilidades comunicacionales con las que se va a manejar el mediador, sino también un proceso continuo de reflexión, aprendizaje, comprensión y exploración.

Lo interesante de la mediación como método de gestión de un conflicto es que el mediador propicia una reflexión diferente que habilita el cambio. Se dirige a que la persona en conflicto recupere las tres R: racionalidad, razonabilidad y responsabilidad. Las partes deciden qué hacer con sus reflexiones. Si no hay acuerdo las partes saben por qué no lo desean; y si lo hay existe, desde luego, un consentimiento bien informado.

### **2.3. CONCILIACIÓN**

Inicialmente era sinónimo de mediación y mientras en Estados Unidos se ha impuesto el término “mediación”, en otros países (como Australia, Nueva Zelanda y algunos hispanoamericanos) se utiliza el término “conciliación”, para indicar el mismo procedimiento.

La diferencia se sitúa en el grado de intensidad de la participación del tercero neutral, que en conciliación resulta más directa que la del mediador, con capacidad incluso para hacer propuestas de solución. Habitualmente se desarrolla desde una posición de autoridad (por ejemplo, la conciliación judicial o la que se realiza desde algunas instituciones administrativas).

En el ordenamiento jurídico español la conciliación ya no se prevé como una actividad en la que el juez pueda y deba desarrollar en el litigio del que conoce, sino como un procedimiento previo al litigio que cualquiera de las partes puede instar con la finalidad de evitarlo y que corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia o a los Jueces de Paz (artículos 139 y ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

La conciliación desarrollada por los jueces, que antaño se preveía en nuestro sistema procesal civil, puede comportar una quiebra de la imparcialidad y la neutralidad, características que cabe predicar del juez. Aquí las partes pueden percibir que se les está presionando para que se finalice el pleito sin sentencia y se corre el riesgo de adelantar el contenido de la decisión, cuando aún falta la prueba que la confirme, y porque no deja de efectuarse desde las premisas personales de cada juez y partiendo de la pretensión ejercitada en el litigio, cuando la problemática interpartes tiene muchos otros matices.

### **2.4. ARBITRAJE**

El arbitraje es un método heterocompositivo realmente equivalente al proceso jurisdiccional (Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 62/1991, del 22 de marzo, FJ 5). En este caso, será un tercero imparcial quien imponga una decisión a las partes, resolviendo el conflicto planteado, pero sin negociar con ellas. Se trata, en definitiva, de la justicia privada, en la que destacan frente a la justicia pública o estatal que el proceso es igualmente de confrontación o adversarial, que se pretende una decisión de tercero, pero que se sustenta en la voluntariedad

de las partes de someter la cuestión a arbitraje, en la flexibilidad del procedimiento, pues las partes en conflicto pueden convenir que el arbitraje sea de derecho o de equidad y que se desarrolle según sus normas o conforme a las normas de la institución que lo administre, en la confidencialidad y en la corta duración del procedimiento. Por norma general el laudo no es apelable, aunque en las diferentes legislaciones se regulan sistemas de anulación por infracciones procedimentales o por nulidad de la cláusula arbitral.

Aunque pueden llevarse a arbitraje todas las materias de libre disposición, su uso es común en los conflictos colectivos de trabajo, en relaciones de consumo y en los conflictos comerciales, sobre todo los de ámbito internacional. Determinar la competencia de los tribunales de uno u otro país, la aplicabilidad de las normas legales de los distintos Estados, la celeridad de los sistemas de Administración de Justicia y, sobre todo, la confianza que los mismos generan, son variables incentivadoras del uso de métodos más rápidos, confiables y seguros, que previamente las partes hayan podido convenir.

En los negocios internacionales se acostumbra a seguir la ley modelo de Naciones Unidas sobre arbitraje comercial internacional (Uncitral).<sup>6</sup>

Cabe resaltar que el arbitraje sí excluye el acceso a la jurisdicción ordinaria. Así lo establece el artículo 8 de la Ley núm. 489/08, de la República Dominicana. Se trata de un método totalmente alternativo y excluyente de la jurisdicción, que únicamente interacciona con él para la adopción de medidas cautelares, la práctica de pruebas, la ejecución del laudo o decisión arbitral, y la anulación.

## 2.5. FÓRMULAS MIXTAS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Si el proceso judicial está regulado (principio de legalidad procesal), el proceso arbitral se caracteriza por su flexibilidad y la mediación por su estructura informal y flexible, existen figuras híbridas de mediación y arbitraje.

Med-Arb es un procedimiento híbrido en el que las partes someten inicialmente su disputa a una mediación y, en el caso de que no lleguen

---

6 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2020). *Arbitraje*. [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)



a un acuerdo, o sobre los aspectos en que no se logre, se inicia un procedimiento de arbitraje. Arb-Med funciona a la inversa, primero va el arbitraje que se convierte en mediación.

De su lado, Fajardo considera que en determinados conflictos en materia de seguros es muy eficiente una primera fase de depuración fáctica configurada como mediación y una eventual fase de aplicación jurídica decisoria, configurada como arbitraje.

También se considera una fórmula de Arb-med, los llamados arbitrajes no vinculantes, cuando las partes someten a decisión de un tercero su controversia, pero existe voluntariedad para el acatamiento de la decisión, de forma que si alguna de las partes rechaza la decisión o laudo, previamente ambas se han obligado contractualmente a no utilizarlo en un posterior proceso judicial y a no esgrimir contra la otra, ni siquiera, el hecho de que se sometieron a arbitraje.

En Europa la figura del arbitraje no vinculante se estableció en la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, del 2 de noviembre.

## **2.6. LA EVALUACIÓN NEUTRAL Y LA OPINIÓN DE EXPERTOS**

A través de la evaluación neutral anticipada, un tercero independiente, con prestigio en el área o sector en el que el conflicto se produce, emite a petición de las partes un informe en el que evalúa la posición de cada parte bajo la fórmula: “Si tuviese que resolver esta disputa, mi decisión sería...”. Se trata de una opinión realista, experta y neutral que facilita que se acorten las diferencias entre las partes para iniciar un diálogo.

La opinión de expertos se utiliza en controversias de carácter puramente técnico o para realizar valoraciones económicas. La opinión del experto, en principio, no será vinculante, salvo que los interesados establezcan otra cosa.

Este sistema se ha introducido en la Ley española 35/2015 del 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, cuando prevé que si el perjudicado por el accidente no acepta la oferta motivada

de la compañía aseguradora se solicitará con cargo a esta un informe del Instituto de Medicina Legal, cuyo resultado obligará a nueva oferta motivada y, en último caso, las partes podrán acudir a mediación.

## 2.7. LA ABOGACÍA COLABORATIVA

La sociedad demanda en la actualidad a abogados que les ayuden a gestionar sus problemas de la forma más eficiente, en el menor tiempo y con el menor coste, minimizando los daños colaterales (emocionales, relacionales y organizativos) y de la forma más eficaz; esto es, que puedan alcanzar un resultado satisfactorio.

Los abogados deben ser los profesionales que sepan hacer un buen análisis del conflicto para definir cuál es el método más adecuado para su solución y definir la estrategia para aplicarlo. Así deberían ser los prescriptores principales de los ADR; sin embargo, en muchos países, sea por la formación recibida o por la falta de experiencia en métodos alternativos, se sigue valorando excesivamente al abogado litigador.

De ahí ha surgido un movimiento, en el ámbito profesional de la abogacía, denominado “Derecho colaborativo” o “Práctica cooperativa”, que promueve la resolución negociada y consensuada de los conflictos, manteniendo al margen a los tribunales, y que ha producido incluso su propia normativa-marco en Estados Unidos (*Uniform Law Collaborative Act*, 2009).

El abogado colaborativo se compromete con su cliente a intentar resolver el conflicto trabajando conjuntamente con el abogado contrario, negociando y acudiendo a mediación, e incluso cuando sea necesario a otros profesionales (por ejemplo, en el ámbito de familia, psicólogos, educadores o trabajadores sociales). Luego, suscribe con su cliente un contrato de prestación de servicios que prevé que si no fuera posible la consecución del acuerdo y fuera ineludible el acceso contencioso a los tribunales, el abogado cesaría en su función y el cliente debería ser representado por otro profesional.

### **3. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y SU INTERACCIÓN CON EL PROCESO JUDICIAL**

En el ámbito de la Unión Europea, y tras el trabajo común que dio lugar, en 2002, al “Libro verde” sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, ha supuesto un verdadero impulso la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se publicó junto al Código de Conducta europeo para mediadores.

La Directiva 2008/52 nació con el objetivo -como se desprende de su Considerando (5)- de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo cual se ha de facilitar el acceso a métodos, tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La mediación, por tanto, se concibe desde su origen como un instrumento para dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, que puede facilitar, con mayor probabilidad, el cumplimiento voluntario de los acuerdos resultantes de ella, al tiempo que posibilita, con el mismo grado de probabilidad, la preservación de una relación amistosa y viable entre las partes.

En dicha norma se define la mediación como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un juez siempre que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio, pero no incluye las gestiones realizadas para resolver el litigio por el órgano jurisdiccional o el juez competente durante el curso del proceso judicial referente a ese litigio, es decir, la conciliación.

La Directiva europea es respetuosa con la diversidad de normas estatales que organizan y estructuran los poderes judiciales nacionales y con sus propias normas procedimentales. Esto arroja un concepto de mediación: el llevado a cabo por un tercero neutral que no tiene el

deber de decidir, diferenciándose de la conciliación que, en la tradición europea, se refiere a la que realiza alguien dotado de autoridad y con capacidad para proponer soluciones concretas al caso. Básicamente, regula cuatro aspectos que son trascendentes para que la mediación resulte operativa: se refiere a la calidad de la mediación (art. 4); al carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación (art. 6); a la confidencialidad de lo que sea tratado en mediación (art. 7); y a que la solicitud de la mediación produzca el efecto de interrumpir los plazos de caducidad y la prescripción.

Dicha directiva ya ha sido traspuesta con menor o mayor amplitud a todas las legislaciones nacionales de los países de la Unión Europea y, en concreto, en España, a través de la Ley 5/2012, del 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Ley 5/2012 (en adelante LM), de mediación en asuntos civiles y mercantiles también regula dos vías de inicio del proceso de mediación: la convencional o pactada, y la derivada desde el tribunal. En su articulado es fácil advertir que se dirige a posibilitar la cláusula de mediación en los contratos o convenios, al tiempo de su conclusión y a que esta no quede en letra muerta sin haberse intentado -de ahí la posibilidad de interponer la declinatoria prevista en el artículo 10.2 LM y las correlativas modificaciones de los artículos 39, 63 y 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) que regulan la declinatoria por sumisión a mediación internacional o nacional-; o bien que se convenga acudir a mediación, cuando ya ha surgido el conflicto, aunque todavía no se ha acudido a los tribunales.

Con ese mismo fundamento de respeto a la libertad contractual (artículo 1255 del Código Civil) y buena fe en la conducta (artículos 1256 y 1258 CC), además de la declinatoria por sumisión a mediación, se establece también la condena en costas del demandado que se allane a la demanda judicial, después de que se hubiera iniciado una mediación (artículo 395.1 LEC), que lógicamente terminó sin acuerdo. Igualmente se prevé que, como consecuencia del poder dispositivo sobre la controversia, las partes puedan convenir acudir a mediación, no obstante tener ya instaurado el proceso judicial (artículo 16.3 LM) y en tal caso podrán solicitar la suspensión de este.

Otro aspecto a destacar en las relaciones entre mediación y proceso judicial es el relativo a la confidencialidad. Precisamente porque las partes deben sentirse en plena libertad a la hora de transmitir

información en el procedimiento de mediación para poder elaborar la solución que les pueda satisfacer a ambas, es imprescindible que esa comunicación libre no pueda constituirse en un factor negativo para ellas, en caso de que finalmente la mediación termine sin acuerdo. En consecuencia, se “impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo” (art. 9.2 LM). Y, en el mismo sentido, la LEC, en sus artículos 335 y 347, impide la aportación de informes periciales, y su intervención en el juicio, de quien hubiera intervenido como perito en la mediación del mismo asunto.

Finalmente y para dotar de máxima garantía de cumplimiento a lo acordado por los interesados, cuando la mediación se desarrolle una vez iniciado un proceso judicial, se regula la homologación judicial del acuerdo al artículo 25.4 LM. Dicha homologación es potestativa, es decir, la validez de lo acordado entre las partes no depende de dicha homologación, pero su ejecutividad sí. Las partes pueden, en todo caso, desistir del proceso (artículo 19 LEC) o alegar la carencia sobrevinida de objeto (artículo 22 LEC), lo que ocurrirá cuando lo acordado haya tenido cumplimiento inmediato y no precise garantizar su ejecución en el future; y cuando lo acordado exceda del litigio sometido al tribunal, las partes pueden optar por otorgar escritura pública, con la misma efectividad o valor que si de una sentencia judicial se tratara (artículo 517.2 LEC).

En diversos ámbitos y cada vez con mayor intensidad, las recientes reformas legales apuntan hacia el uso de la mediación antes de acceder al litigio, así por ejemplo la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tras la reforma operada por la Ley 35/2015, del 22 de septiembre, o la Ley 7/2017, del 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Después de la ley definitoria de la mediación, el legislador está optando por incorporarla para gestionar conflictos que puedan producirse en todos los sectores económicos.

En los países de nuestro entorno jurídico se apunta también hacia el incentivo directo o indirecto de estos métodos de composición amigable de los conflictos, bien sea porque se deba justificar en la demanda

las alternativas que se han utilizado previamente, como en Francia; bien sea por la obligatoriedad previa en determinada clase de litigios, como en Italia; o bien sea porque los tribunales insten a las partes a acudir a mediación, como en la República Checa. En ese sentido, en determinados Estados miembros de la Unión Europea se ofrecen incentivos económicos para que las partes recurran a la mediación, ya sea en forma de reducción de costes, de asistencia jurídica o de sanciones, en caso de negativa injustificada a considerar la mediación (Resolución del Parlamento Europeo, del 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles).<sup>7</sup>

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la obligatoriedad de acudir a mediación antes de iniciar un proceso judicial (STJUE del 14 de junio de 2017, Caso Menini), en el ámbito de relaciones entre consumidores y empresarios, indicando que no es contrario al principio de tutela judicial efectiva que la legislación italiana establezca la mediación obligatoria previa a la demanda judicial, siempre que la ley nacional no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Es decir, que optar por la mediación, si esta no acaba en un acuerdo, no limita la posibilidad de presentar demanda judicial; y que el carácter voluntario de la mediación no reside en la libertad de las partes de recurrir o no a este proceso, sino en el hecho de que “las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”.

El actual Gobierno español tiene preparado un anteproyecto de ley para impulsar la mediación, de forma que haberla intentado antes de acudir al proceso judicial se configurará como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda. Dicho anteproyecto ya ha sido informado favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial<sup>8</sup> y además fortalece la derivación judicial, es decir, que cuando ya está entablado el

---

7 Parlamento Europeo. (2020). *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación)2016/2066(INI)*. [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321_ES.html)

8 Poder Judicial. (2020). *Informe al anteproyecto de ley de impulso a la mediación*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-ley-de-impulso-a-la-mediacion>

proceso judicial, el Tribunal pueda derivar el asunto a mediación como método más adecuado para la solución del caso.

### 3.1. LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN DESDE EL PROCESO JUDICIAL

Recuerda la profesora Soletto que, en 1976, con motivo de la Pound Conference, el profesor Sander apuntó diversos criterios (naturaleza del conflicto, relación entre las personas en disputa, cuantía del asunto, coste del proceso, rapidez...) que podían ayudar a elegir el mecanismo a utilizar para la solución de la concreta controversia, partiendo de la base de que el sistema judicial no era en todo caso adecuado. Su idea principal era que en los tribunales se estableciera un sistema flexible y variado de resolución de conflictos, y que se organizara para el filtrado de los casos en virtud de la adecuación de cada procedimiento de resolución al caso. Esta concepción constituye el concepto básico de tribunal multipuertas (*multidoor courthouse*), que ha cobrado protagonismo en la organización judicial de Estados Unidos, Canadá y otros países anglosajones.

Muchos países han iniciado la introducción de otros métodos de solución de conflictos, y especialmente la mediación, vinculada al tribunal, como ha ocurrido en España.

Desde hace más de diez años, el Consejo General del Poder Judicial de España, en su compromiso con la calidad y la modernización de la Justicia, viene apoyando de forma decisiva la mediación, como sistema que complementa la Administración de Justicia. Es decir, desarrolla una serie de actividades para la implantación de la mediación intrajudicial en todos los juzgados y tribunales, lo que a su vez contribuye al conocimiento y desarrollo de la mediación extrajudicial, como opción que debería ser previa al planteamiento del conflicto. En esa línea dedica formación específica en todos los programas de acceso a la carrera judicial, pero también en el ámbito de formación continua suscribe los convenios con colegios y organismos que ofrecen servicios de mediación, para que estén al abasto de los tribunales y apoyen las iniciativas que puedan llevar a cabo los jueces en esta materia; para tales fines, se ha editado la “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, que debe servir de pauta a los jueces que se inician en la desjudicialización de los conflictos.

Este valioso documento,<sup>9</sup> que abarca y contempla la derivación de los asuntos judicializados, en todos los ámbitos (civil y comercial, familiar, social, contencioso-administrativo y penal), tiene una parte divulgativa de los principios de la mediación y las normas reguladoras. También contempla un protocolo de actuación para los tribunales, desde la selección de los casos y criterios a seguir, los momentos procesales en que es más adecuado efectuar la derivación, cómo llevar el control de los casos derivados y finalmente cómo incorporar el resultado de la mediación al proceso judicial, con los respectivos documentos tipos para las distintas resoluciones a dictar.

Ahora bien, para que la mediación intrajudicial se desarrolle eficazmente es necesaria una implicación del juez y del personal del tribunal, que va más allá de las resoluciones escritas que se puedan dictar para eso. El juez ha de ser consciente de que está promoviendo un cambio en la cultura de los operadores jurídicos y de los sujetos en conflicto, y debe saber aprovechar al máximo: su autoridad, la confianza que supone el que los litigantes hayan acudido al tribunal y su conocimiento del caso, porque los inicios no son fáciles y las reticencias son muchas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española (artículo 414.1) permite que el juez revierta la situación litigiosa. Al convocar a la audiencia previa ante el juez, “si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”.

Ese dar razones de la negativa a acudir a la sesión informativa de mediación. comporta algo más que manifestar la imposibilidad de acuerdo: determina que las partes expliquen qué condicionantes impiden iniciar la búsqueda de soluciones negociadas, qué conocimiento han podido alcanzar sobre el procedimiento de mediación y por qué no les parece adecuado para su particular conflicto, dado que el tribunal ha valorado que sí lo era.

En definitiva, las explicaciones que pueda dar la parte, o la falta de explicaciones, ha de permitir al juez valorar su buena o mala fe procesal, porque mantenerse en un enfrentamiento donde solo puede haber

---

9 Poder Judicial. (2020). *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>



vencedores y vencidos, denostando otros sistemas donde ambas partes puedan desarrollar un acuerdo satisfactorio (*win-win*) de otra forma no explorada hasta entonces, puede ocasionar un abuso del proceso que no es amparable en derecho (artículo 7.2 del Código Civil, y artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y que incluso podría considerarse sancionable (artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La experiencia enseña que es mucho más efectivo derivar a mediación en audiencia ante el juez, que hacerlo por resolución escrita. Hacerlo teniendo a las partes presentes y acompañadas por sus abogados evita problemas en la transmisión (o no) de la información que se da para que acudan a la primera sesión de mediación y permite seducir más y mejor a todos los intervinientes; la necesidad de implicar a los trabajadores del tribunal para que perciban que el incremento de trabajo que les puede acarrear es una inversión para reducir los trámites (juicio, sentencia, ejecución) y a la larga para reducir la litigiosidad.

Respecto a los abogados, el juez debe tratar de seducirles con el procedimiento de mediación, indicándoles que seguirán teniendo un papel importantísimo en el mismo, como asesores y pacificadores del conflicto, y no como sujetos que beligeran en nombre de su cliente (“gladiadores en la arena judicial”). Además, se deberá hacer hincapié en el mantenimiento de sus honorarios, dado que el proceso ya está entablado; en la satisfacción del cliente ante una solución negociada y querida por él, que se alcanzará en menos tiempo del que se emplearía en el proceso judicial; y que en todo caso lo que se trate en la mesa de mediación no podrá ser trasladado al tribunal para el caso de no acuerdo, lo que les ha de permitir mayor libertad a la hora de negociar sobre distintas opciones. En definitiva, se trata de que los abogados acaben siendo cómplices del tribunal en el uso de la mediación.

A las partes se les debe transmitir que ya se posee un profundo conocimiento de la causa, tal y como ha sido expuesta en la fase de alegaciones (escritas u orales) y que el caso muestra una complejidad que no podrá ser tratada correctamente con el uso de las normas legales. También debe informárseles que el caso tiene una posibilidad de decisiones diversas y que ellos deben saber que la probabilidad de que alcancen lo que solicitan es incierta, en la medida en que lo es la de la parte contraria, que posiblemente con la decisión judicial no terminará su transitar por los tribunales, pues la sentencia puede ser recurrida o resistido su cumplimiento por la parte a quien desfavorezca, con referencia a los vínculos personales que mantienen y que posiblemente

deberán seguir manteniendo en el futuro, o a las posibilidades de soluciones creativas que se adapten mucho mejor a sus necesidades.

Es conveniente que la derivación a mediación se efectúe sin alargar más el proceso judicial, es decir, aprovechando los tiempos existentes entre un trámite y otro, dado que una mediación por norma general no se dilata más allá de dos meses en temas familiares e incluso puede realizarse en una única sesión o en varias sucesivas en los temas comerciales.

Al final lo que se pretende es que las partes en litigio vean que el juez, que conoce bien su caso, estima que es mucho más conveniente que lo negocien antes en una mesa de diálogo, asistidos de un tercero que les facilite el entendimiento y les dirija hacia la formulación de propuestas que puedan ser admitidas por ambos y que con ello no tienen nada que perder y sí mucho que ganar.

Al derivar a mediación, el juez ha de ser consciente de que está tratando de otorgar la mejor tutela posible para esas personas y su conflicto, y ha de saber derribar los mitos que existen acerca de la Justicia.

Frente al mito de que el pleito es la solución propuesta por el abogado, debemos volver a “apoderar” al sujeto, para que vuelva a tomar las riendas de sus asuntos y para que evalúe otras posibilidades (en todas ellas continuará teniendo al abogado como asesor). En tanto, frente al mito de la solución legal, es importante plantear una realidad: todas las circunstancias de la vida no caben en los códigos, ni en las leyes.

Frente al mito de la justicia, es conveniente que adviertan que los jueces dan decisiones legales, pero que en la mayoría de casos la decisión no constituye una solución del problema. Asimismo, frente al mito de ganar el juicio, hay que advertir que si una sentencia no se puede cumplir de forma inmediata acarrea un importante problema: la ejecución forzosa, y que en muchas ocasiones no se tienen recursos suficientes para evitar la insolvencia del deudor, o la desaparición del obligado, o muchas otras circunstancias que impiden o ralentizan el cumplimiento forzoso de lo ordenado. En muchas ocasiones, ganar la batalla te acerca más a perder la guerra.

Y, finalmente, frente al mito de la necesidad de que se reconozca que tenía razón y el otro estaba equivocado, no está de más cuestionar para qué sirven las razones sobre el pasado, si lo importante en la vida es

el camino que desarrollamos hacia el futuro, y cuánto coste personal, emocional, económico y temporal ha conllevado que me dieran la razón.

#### **4. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ADR EN EL ÁMBITO DEL CONFLICTO FAMILIAR**

Un efecto positivo de acudir a mediación es que las partes mantienen las riendas de su vida, sin dejar su futuro al albur de las decisiones de un tercero; y si el acuerdo se logra es porque se desea internamente, porque se ha trabajado en su gestación y porque existe una voluntad de cumplimiento.

Al mismo tiempo la mediación provoca cierta revolución interna en los sujetos que la han utilizado, porque han aprendido a pensar en primera persona desde su necesidad y sus propios valores y no desde la exigencia de una conducta del otro, y porque también han aprendido a incluir a la otra persona como parte implicada en el sufrimiento que el conflicto comporta y no únicamente como la causante del malestar. Nos permite entender que la realidad es compleja, que las cosas no son nítidas ni iguales para todos; nos impulsa a pensar que se pueden cambiar las propias percepciones sin dejar de ser uno mismo, y cambiar las expectativas iniciales e individuales por otras conjuntas.

Esta última observación es especialmente trascendente en los conflictos familiares, en los que se pretende una correcta organización de la vida futura de las familias, pues aporta un valor añadido de enorme calado cuando hay descendencia. A la postre, esta es la gran beneficiada por el cambio de actitud de sus progenitores, que pasan de la confrontación a la colaboración, y con ello transmiten valores importantísimos para el desarrollo equilibrado de los futuros adultos, que reproducirán los patrones observados de conducta.

Cuando madres y padres se muestran respeto y consideración, saben escucharse y dialogar ante un conflicto, aportan a sus hijos e hijas: seguridad, flexibilidad y posibilidad de adaptación al cambio y confianza para afrontar los obstáculos que la vida les ha de deparar, a través también del diálogo y no de la fuerza.

La Resolución del Parlamento Europeo, del 12 de septiembre de 2017, destaca la especial importancia de la mediación en el ámbito del derecho de familia (en particular, en lo relativo a las modalidades de

custodia de los hijos, el derecho de visita y la sustracción parental de menores), pues la mediación puede crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres. Así es más probable que las soluciones amistosas sean duraderas y esto va en interés de los menores, ya que pueden abordar, además de la residencia principal del menor, también las modalidades de visita o los acuerdos relativos a la pensión alimenticia del menor; hace hincapié en la necesidad de aumentar la tasa de utilización de la mediación familiar en contextos transfronterizos, en particular en el caso de sustracción de menores.

De igual modo, recomienda a los Estados miembros que intensifiquen sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación mediante campañas adecuadas de información, ofreciendo a los ciudadanos y a las personas jurídicas información adecuada y completa con relación al objeto del procedimiento y sus ventajas en términos de ahorro de tiempo y dinero; así como, para mejorar la cooperación entre los profesionales de la justicia con este fin. Y apuesta por el impulso desde los propios tribunales de justicia.

Precisamente, los jueces han sido los mayores impulsores de metodologías alternativas en el ámbito de los conflictos de familia. El Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (Gemme), a cuya sección española pertenezco y cuyo portal de internet tiene contenidos muy atractivos ([www.mediacionesjusticia.es](http://www.mediacionesjusticia.es)), realiza esfuerzos constantes por implementar en los tribunales, por apoyar a otros jueces para que se inicien, por seducir a los demás operadores jurídicos y por divulgar entre la ciudadanía no solo la mediación, sino también otras medidas de trascendental importancia, de cara a facilitar que tras la crisis de pareja se mantengan las relaciones entre padres e hijos, que los progenitores separados aprendan a ejercer una responsabilidad parental compartida y que los hijos crezcan seguros y equilibrados, evitándose que los más indefensos sean los grandes perdedores de la ruptura de la convivencia.

Como señala Ortuño:

Tras la ruptura de la pareja, cada miembro de la familia va siguiendo su propia evolución, en cuanto a los diversos procesos psicológicos que F. Kaslow analizó ya en 1983, poniendo de relieve que, junto al divorcio legal, se produce la separación física, que implica una revolución del sistema de apoyos emocionales, hábitos sexuales,

sustrato económico y entorno social, así como una ruptura de los 'roles' clásicos en relación a los hijos. Esta perspectiva global del hecho de la separación muestra claramente la insuficiencia del modelo judicial clásico, que se limita a acoger la pretensión de una parte y a condenar a la otra, imponiendo unas reglas rígidas para regular las consecuencias de la ruptura.

Lo cierto es que la judicialización de estos conflictos agrava todavía más las relaciones entre los adultos, porque solo responde a una foto fija con enfoque de pasado, y coloca a los hijos menores en medio de una batalla psicodramática irreversible y con riesgo de graves daños psicológicos.

Por otro lado, no podemos olvidar que cuando existen hijos menores el superior interés de estos está por encima de cualquier otro interés legítimo, según expresa el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Las consecuencias de las rupturas familiares deberían, en todo caso, enfocarse desde el interés de los menores, que no siempre es lo que cada progenitor, desde su particular perspectiva, considera mejor para el hijo.

Preparar a los hijos para la vida adulta, para que sean responsables de sus decisiones y mantengan un buen equilibrio en el entorno social que les toque vivir, que va a ser cambiante y distinto del actual, exige que no se les someta a los conflictos de lealtades y a los posicionamientos rígidos, que no se les haga partícipes del rencor ni el odio hacia el otro progenitor, sino que se les dote de cariño y protección para que se sientan seguros y confiados, que se les eduque en el respeto, que se les ofrezca modelos colaborativos, que se les desarrolle el espíritu crítico y la flexibilidad, sabiéndose queridos y protegidos por ambos, aprendiendo valores de uno y otro que les han de servir para la vida adulta, y para ello nada mejor que perciban el ejemplo de que sus progenitores son capaces de gestionar los problemas por sí mismos y en colaboración con el otro. Precisamente en mediación se puede elaborar el denominado plan de parentalidad, o documento compromiso de ambos progenitores sobre cómo van a desarrollar la crianza de sus hijos, qué obligaciones asume cada uno, la forma de establecer las comunicaciones entre ellos, el tipo de educación y los cambios de domicilio, entre otros.

Hay muchos otros conflictos familiares al margen de la ruptura de la convivencia de pareja. Algunos de estos podrán llegar a los tribunales tiempo después y con un enquistamiento difícil de gestionar, por lo que es conveniente prevenir esa situación y acudir a mediación previamente.

Pensemos en los supuestos de fallecimiento de un progenitor y la relación de los nietos con los abuelos de la otra rama familiar; en las condiciones de vida de los ancianos y la problemática que supone para ellos mismos, especialmente la soledad y sus cuidados personales, y para sus familias; los riesgos de la gestión patrimonial de personas sin capacidad suficiente, aunque no esté modificada judicialmente; las dificultades para establecer una relación positiva de los hijos entre las viejas y las nuevas parejas de uno o ambos progenitores; las relaciones nocivas entre hermanos al tiempo de la apertura de la sucesión de sus ascendentes o familiares en general; o los temas de sucesión en la dirección de las empresas familiares, su cambio accionarial, etcétera. Como se puede apreciar, son muchos los conflictos familiares en los que es necesario cambiar el modo de afrontarlos, para una gestión constructiva del problema, sin esperar a un momento en que sea prácticamente imposible revertir la dinámica confrontativa.

Anteriormente se mencionaba el incremento de conflicto que resulta en muchas ocasiones de la sentencia judicial. Es fácilmente perceptible en los tribunales por la cantidad de ejecuciones forzosas que existen en el ámbito de familia. Si bien la variación en divorcios no consensuados es negativa (-3.9 %) entre el 2016 y el 2017; durante ese mismo período, las modificaciones de las medidas y las controversias en el ejercicio de la potestad parental se han incrementado (0.2 % y 13.2 %, respectivamente) y la pendencia en ejecuciones de procesos de familia también (de 116.376 a 120.419).

Cuando se trata de ejecuciones que se refieren a las relaciones parentales y al modo en que se ejerce la potestad por los progenitores, tal como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del 26 de febrero de 2015, la intervención continua y forzada de los tribunales que no suelen ser capaces de solventar esta especial problemática con los medios de ejecución clásicos (apercibimientos, multas, o la intervención de la fuerza pública) precisa de otro tipo de intervenciones. Y en concreto se refiere al coordinador parental, cuyas herramientas de intervención son las propias de la mediación, pero además actúa como colaborador del juez con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con lo menores, con los miembros de la familia extensa, con los profesores y con los médicos psiquiatras o psicólogos que atiendan a los padres o a los hijos; y debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial), que entienda adecuadas, informando al juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su

intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias de los menores con el padre que estime convenientes al juez de la ejecución para que este adopte la oportuna decisión.

Junto a la figura de la coordinación parental, procedente de Estados Unidos y Canadá, donde está teniendo un rápido desarrollo facilitado por las Directrices elaboradas por la Association of Families and Conciliation Courts (AFCC),<sup>10</sup> existen otras intervenciones que los tribunales pueden establecer, como los informes de los equipos psicosociales que, además de informar a nivel pericial al juez de familia sobre la oportunidad de determinadas medidas, también realizan una intervención con los miembros de la familia en crisis, que permite conocer su disponibilidad para realizar terapia familiar tendente a mejorar las capacidades parentales de los adultos de cara a la recuperación de los vínculos afectivos positivos con los hijos.

Asimismo se ha desarrollado en España una red de puntos de encuentros familiares, a los que la autoridad judicial puede confiar la supervisión del régimen de relaciones personales a la red de servicios sociales, si existe una situación de riesgo social o de peligro, para que se haga un seguimiento de la situación familiar. Para tales fines, se debe concretar la modalidad de intervención, que puede consistir en el control de las entregas y recogidas, en la vigilancia de la relación dentro del centro, en la asistencia para facilitar la relación o en cualquier otra modalidad de intervención que sea adecuada, debiendo los profesionales (psicólogos, trabajadores sociales) del punto de encuentro presentar a la autoridad judicial un informe de seguimiento cada tres meses o, sin esperar a la finalización del plazo, siempre que sea preciso. Además, habrán de proponer la modificación de la modalidad de intervención si aprecian que concurren circunstancias que lo aconsejan y, asimismo, plantearán al juzgado el cese de la medida si entienden que la relación que pretende garantizarse puede ser perjudicial para el menor; y en los casos en que no exista ningún riesgo de violencia, abusos o maltratos, cuando la relación parental se consolide, pueden los responsables del punto de encuentro familiar y pueden proponer a la autoridad judicial la derivación del caso a una sesión informativa de mediación familiar.

---

10 Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña. (2000). *Directrices para la coordinación de parentalidad*. [www.copc.cat/adjuntos/adjunto\\_21.pdf](http://www.copc.cat/adjuntos/adjunto_21.pdf)

Todas estas posibilidades de intervención van dirigidas a conseguir que las personas se escuchen y para que se puedan entender; en tanto, los tribunales, como servicio prestacional del Estado en garantía de una convivencia pacífica, han de actuar no solo como defensores de la legalidad, sino como constructores de una sociedad más equilibrada y con ciudadanos más satisfechos.

Como dice Nanclares Arango hay tres clases de jueces: los artesanos, verdaderos autómatas que, usando solo las manos, producen sentencias en serie y en cantidades industriales, sin descender a lo humano o al orden social; los artífices, que utilizan las manos y el cerebro, sometiéndose a los métodos de interpretación tradicionales, que les conducen inevitablemente a plasmar la voluntad del legislador sin más; y los artistas, que, con la ayuda de las manos, de la cabeza y del corazón, abren mejores horizontes para los ciudadanos, sin dar la espalda a la realidad ni a las situaciones concretas.

Es hora de que los jueces, seamos artistas, retomemos nuestra función de pacificación de conflictos y sepamos transmitir nuestra tarea, no como una amenaza de males desconocidos (la sentencia), sino como una posibilidad para la satisfacción de intereses, inicialmente, enfrentados.







# **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### DOCTRINA

Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J. (2004). Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil. *Homenaje a don Eduardo Font Serra, t. II*.

Abel Lluch, X. (2005). Los principios constitucionales relativos a la prueba. La valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez. *La constitucionalización del proceso civil*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.

Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J. (2007). *Objeto de la prueba en el proceso civil*. Barcelona.

Abel Lluch, X. (2012). *Derecho probatorio*, Barcelona.

Agueda Salazar, O. (2007). *Teoría General del Proceso*, San José, Costa Rica: Editorial Juristexto.

Aguiló, J. (2015). *El arte de la mediación*. Trotta.

Alastruey, R. (2014). La derivación a mediación en los juzgados de Primera Instancia de Barcelona. Crónica de una experiencia. *Mediación es justicia*. Huygens.

Alastruey, R. (2020). Los métodos de resolución alternativa de conflictos y el proceso judicial. *La constitucionalización del proceso civil*. República Dominicana.

Almagro Nosete, J. (1981). *Garantías constitucionales del proceso civil*. Justicia, (1), p. 18.

Alonso García, R. (2010). *Sistema jurídico de la Unión Europea*. (2.<sup>a</sup> edición). Cizur Menor, Navarra: Civitas.

Alonso García, R. y Ugartemendía, J. (2014). *La cuestión prejudicial europea*. European Inklings, N.º 4/2014. Oñate: Instituto Vasco de Administraciones Públicas (IVAP).

- Alonso García, R. (2019). *El juez nacional en su condición de juez europeo*. European Inklings, núm. 12/2019. Oñate: Instituto Vasco de Administraciones Públicas (IVAP).
- Alvárez, G. (2014). *¿Ser maestro en la mediación?* En F. Brandoni (coord.). *Hacia una mediación de calidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Andolina, I., Vignera, G. (1990). *Il Modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli.
- Aparicio Pérez, M. (1998). *Temas de derecho constitucional*. Barcelona: Cedecs Editorial.
- Aparicio Pérez, M. (2008). *Los Tribunales Superiores de Justicia en el Estado autonómico, Posición y funciones de los tribunales superiores de justicia*. Ponencia presentada en el Seminario en Barcelona, 4 de junio de 2008 / coord. por Manuel Gerpe Landín. Barcelona, pp. 11-32.
- Aragón Reyes, M. (1979). *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*. Revista de Estudios Políticos, p. 7.
- Aragón Reyes, M. (1986). *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado de control jurisdiccional*. Revista Española de Derecho Constitucional, p. 17.
- Arazi, R. (1998). *La prueba en el proceso civil* (2da. edición, actualizada y aumentada). Buenos Aires: Ediciones La Roca.
- Bacigalupo Zapater, E., Lucas Morillo, P., Trillo Torres, R. (2004). *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Barona Vilar, S. (1999). *Solución extra jurisdiccional de conflictos*. Valencia: Tirant Lo Blanc.
- Bartolomé, S., Conforti, B., Raimondi, G. (2001). *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Roma: Cedam.

- Baseh, J. (1993). *El derecho de apelación civil*, 2da. edición. Barcelona, España.
- Bellido Penadés, R. (2010). *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*. Revista Española de Derecho Constitucional, 30 (89), pp. 77-114.
- Bellido Penadés, R. (2019). *El derecho de acceso al recurso no penal en el proceso español a la luz de la CE y del CEDH*. Diario La Ley 240/2019.
- Berzosa Francos, M. (1992). Principios del Proceso. *Justicia*, (3), p. 557.
- Biaggi, J. (2002). *15 años de jurisprudencia constitucional dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Ediciones Trajano Potentini.
- Bilbao Ubillós, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: BOE.
- Blasco Soto, M. (1995). *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Calamandrei, P. (1997). *Derecho procesal civil, Tomo I*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A.
- Calvo Caravaca, L., Carrascosa González, J. (2018). *Derecho internacional privado, Vol. I* (18.ª ed.). Granada: Comares.
- Cancer Lalanne, E. (1999). *La Constitución como motivo del recurso de casación*. Cuadernos de Derecho Público, p. 7.
- Carnacini, T. (1951). *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Vol. II*. Studi in onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, p. 695.
- Carrasco, Y. (2012, octubre). *Legitimación, gravamen y recurso de apelación-perplejidades de quien ostenta calidad de ganador*. Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Azul, Argentina.

Cas. 23 de mayo de 1973, B. J. 750, página 1368; Cas. 29 de octubre de 1976, B. J. 791, página 1824; Cas. 22 de febrero de 1980, B. J. 831, página 322; Cas. 21 de mayo de 1980, B. J. 832, página 596.

Cobb, S. (2016). *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*. Gedisa.

Condomines Poll, E. (1995). *La prueba como derecho constitucional*.

Comoglio, L. P. (1991). *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, (3), 673.

Comoglio, L. P. (1994). *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, (4), 1063.

Corso Sosa, E. (1998). *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cortés Domínguez, V. (1993). Principios del proceso civil. AAVV, *Principios constitucionales en el proceso civil*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Couture, E. (1945). *Proyecto de código de procedimiento civil*. Buenos Aires: Editora Depalma.

Couture, E. (1946). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editora Depalma.

Couture, E. (1948). *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I*. Ediar.

Couture, E. (1989). *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I*, 3.ª ed. Buenos Aires: Depalma.

Couture, E. (2000). *Constitución y proceso procesal civil, Tomo II*. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Couture, E. (2002). *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4.ª Ed. Montevideo: Editora B de F, Ltda.

Cury, J. (2000). *Estudios críticos*. Santo Domingo: Editora Corripio.

- Chiovenda, G. (1986). *La acción en los sistemas de derecho* (traducción de Santiago Melendo Santis). Colombia: Editorial Temis, S.A.
- Chiovenda, G. (2000). *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Dávalos Fernández, R. (2006). *Derecho internacional privado. Parte general*. La Habana: Editorial Félix Varela, pp. 11-13.
- De la Oliva, A., Fernández, M. A. (1984). *Lecciones de derecho procesal* (Reimpresión de la 2.ª edición). Barcelona.
- De la Oliva Santos, A. (1999). *Derecho procesal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. (2000). *El proceso de declaración*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- De los Santos, M. (1996). *Una desviación práctica de los recursos ordinarios de apelación y nulidad*. Buenos Aires, Argentina: Editora Talleres Gráficos de La Ley S.A., Ponencia presentada en VII Congreso Nacional de Derecho Procesal: Hacia una justicia más efectiva (Termas de Río Hondo, del 19 al 22 de mayo de 1993).
- De Otto, I. (1997). *Derecho constitucional sistema de fuentes* (5.ª reimpresión). Barcelona: Editorial Ariel, S. A.
- Díez-Picazo, L. (1985). *Constitución, ley, juez*. Revista Española de Derecho Constitucional, p. 15.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid.
- Encyclopedie Dalloz. *Repertoire de Droit Civil, Tome VIII, Preuve*, 1999.
- Fabeiro Fidalgo, P. (2015). *El nuevo recurso de amparo constitucional*. Revista Vasca de Administración Pública, (102), pp. 161-181.
- Faggiani, V. (2015). *La integración a través del reconocimiento de derechos fundamentales: La función del CEDH y del TEDH en el Espacio Europeo de Justicia Penal*. BIB 2015/2953.



- Fajardo, P. (2016). *Cooperar como estrategia. Mediación en conflictos empresariales*. Navarra: Aranzadi.
- Favarotto, R. (2012). *El derecho al doble conforme*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, (28).
- Fernández-Ballesteros, R., Valls Gombau, J. F. (2000). *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Fernández Montalvo, R. (1985). La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*. Madrid.
- Fernández Segado, F. (1997). *El sistema constitucional español (2.ª reimpresión)* Madrid: Editorial DYKIN- SON, S. L.
- Fernández Urzainqui, F. (2001). Comentarios al art. 287 LEC. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil, t. II*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Ferrer, J., Salvador, P. (1997). Asociaciones, democracia y 'Drittwirkung'. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad*. Madrid: Editorial Civitas.
- Figueruelo, A. (1987). *Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional, p. 21.
- Fisher, R., Ury, W., Patton, B. (2011). *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000.
- Fix Zamudio, H. (1982). *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Civitas.
- Folger, J.P., Bush, R., Noce, D. (2016). *Mediación transformativa. Guía práctica. Teoría y recursos para la intervención en conflictos*. Mediadora Coaching.
- Gaboriau, S. (2012). *Promover la juridiversidad*. Petites affiches, Núm. 119.

García de Enterría, E. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid.

García de Enterría, E. (1984). *Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas en la jurisprudencia de la Constitución*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 10.

García Ramírez, S. (2012). *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. México: Editorial Porrúa.

García Roca, J. (1992). *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juez ordinario: el caso del Juez civil*. *Revista de las Cortes Generales*, (27).

Garcimartín Alférez, F. (2019). *Derecho internacional privado*. (19.<sup>a</sup> edición). Madrid: Dykinson.

Gazette du Palais (1977-1979). Tabla Alfabética. Tomo II.

Germán, S. (1996). *El Derecho de defensa*. Institucionalidad y Justicia. Vol. II. pp. 234-242.

Germán Mejía, M. (1996). *El Juez como garante de la contradictoriedad de los debates y del derecho de defensa*. Institucionalidad y Justicia.

Gimeno Sendra, V. (1981). *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas.

Gimeno Sendra, V. (2013). *La función de los Tribunales Superiores de Justicia y su relación con el Tribunal Supremo*. Poder Judicial y Modelo de Estado, pp. 103 y ss.

Gil, D. (2011). *Constitución comentada*. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus).

González Pérez, J. (1981). La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad. *El Tribunal Constitucional*, vol. II. Madrid.

González Pérez, J. (1989). *El derecho a la tutela judicial*, 2.<sup>a</sup> Edición. Madrid: Civita, S.A.

- Grasso, E. (1966). *La collaborazione nel processo civile*. Rivista di diritto processuale, p. 602.
- Guasp, J. (1943). *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal I*. Madrid.
- Guinchard, S. (1998). *Droit et pratique de la procédure civile*. París: Editions Dalloz.
- Guinchard, S., et al. (2001). *Droit processuel commun*. París: Editions Dalloz.
- Higuera, F. (2004). *La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial*. Ética del juez y garantías procesales, Manuales de formación continuada, N.º 24, pp. 235-314.
- Iglesias, M. (2018). *El recurso de amparo constitucional en España: la difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales*. El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución, Coord. por Alejandro Villanueva Turnes, Madrid, pp. 129 y ss.
- Jiménez-Blanco, A. (1993). *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Jiménez Campo, J. (1992). Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. *Los procesos constitucionales*. Madrid.
- Jiménez Campo, J. (1995). Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español. *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*. Madrid.
- Jorge Prats, E. (1994). *El poder sancionador de la Administración Tributaria*. Revista Estudios Jurídicos, 4 (1), 4-1.

- Juris-Classeur de Proc. Civil, Tomo V. Fascículo núm. 622, núm. 1, p. 2.
- Kartz, I. (2001). *La Constitución y los derechos privados de propiedad*. Estudios Jurídicos, 9 (1). Santo Domingo: Ediciones Capeldom.
- Lauroba, E. (2016). *Mediación familiar y civil en España: una institución que ha llegado para quedarse*. Revista ICADE, Núm. 98.
- Liebman, E. (1960). *Fundamento del principio dispositivo*. Rivista di diritto processuale, p. 551.
- Lojendio Irure, I. (1987). *Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español*. Revista de Administración Pública, p. 18.
- López, P. (2014). Los principios del proceso penal en particular: el principio de doble instancia. *Tratado de derecho procesal penal*. (6ta. ed.).
- López Ulla, J. (2000). *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*. Madrid.
- Mangas, A., Liñán, D. (2010). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos.
- Manzanares, J.L. (2017) La responsabilidad patrimonial de la administración de justicia por error judicial. *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra*. Madrid, Vol. 1, pp. 973-1006.
- Marín Pageo, E. (1990). *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid.
- Martínez del Toro, S. (2017). *Impugnación de la prueba ilícita propuesta en la vista del juicio verbal*. Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil, N.º 128.
- Mejías Gómez, J. (1997). *Sistemas alternativos de resolución de conflictos en evitación del proceso*. Cuadernos de Derecho Judicial XXIV. CGPJ.
- México: Tribunal Colegiado del 8vo. Circuito, 3 de octubre de 1975.

- Montero Aroca, J. (1976). *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos.
- Montero Aroca, J. et al. (2000). *Derecho jurisdiccional I*, 10.ª edic. Valencia: Editora Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2001). *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2002). *Derecho jurisdiccional I (parte general)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montón Redondo, A. (2000). La dinámica procedimental. *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morales, G. (2014). *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La Mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del Derecho a la tutela judicial efectiva*. Hispalex.
- Morales, J.M. (2014). *Recurso de amparo, derechos fundamentales y transcendencia constitucional*. Cizur Menor.
- Morillo, A. M. et. al. (noviembre, 1999). Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de Los Andes, Provincia de Neuquén, República de Argentina, del 5 al 9 de Octubre del 1999). Edición Talleres Gráficos de Flamini Impresiones, Argentina.
- Munné, M., Mac-Cragh, P. (2006). *Els 10 principis de la cultura de la mediació*. Graó.
- Muñoz Sabaté, L. (2001). *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*. Barcelona: Bosch.
- Nanclares, A. (2004). *Los jueces de mármol*. Medellín: Señal Editora.
- Ortells, M. (2010). *Formas del procedimiento y garantías fundamentales el proceso civil*. Revista lus et Praxis, N.º 1, pp. 395 y ss., esp. pp. 398 y ss.
- Ortuño, P. (2001). *La mediación familiar*. Revista Familia, (24). Universidad Pontificia de Salamanca, España.

- Ortuño, P. (2018). *Justicia sin jueces*. Ariel.
- Parra Quijano, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Colombia: Librería Ediciones Profesionales.
- Pellerano Gómez, J. M. (1994). La constitucionalización de los Tratados. *Estudios Jurídicos. Volumen IV*, Número 1, p. 101.
- Pellerano Gómez, J. M. ¿Qué es una Constitución? *Estudios Jurídicos*, t. II, vol. III. Santo Domingo: Ediciones Capeldom.
- Pellerano Gómez, J. M. (1998). *El control judicial de la constitucionalidad. Breviario 4*. Santo Domingo: Capel Dominicana.
- Pereda Gámez, J. (2020). El derecho a la prueba: Los principios constitucionales relativos a la prueba. la valoración y administración de la prueba. La iniciativa probatoria del juez. *La constitucionalización del proceso civil*. República Dominicana: ENJ.
- Pereda Gámez, J. (2020). El derecho a los recursos como derecho constitucionalmente reconocido. *La constitucionalización del proceso civil*, República Dominicana: ENJ.
- Pérez Méndez, A. (1998). *Procedimiento civil, Tomo I* (8.ª ed.). República Dominicana: Editora Taller.
- Pérez Méndez, A. (2002). *Procedimiento civil, Tomo II, volumen I* (5.ª ed.; corregida, ampliada y actualizada). Santo Domingo, República Dominicana.
- Pérez Royo, F. J. (2011). Cuestión de inconstitucionalidad. *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado / Coord. por César Aguado Renedo; Manuel Aragón Reyes (dir.)*. Madrid, Vol. 2.
- Pérez Tremps, P. (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid.
- Pérez Tremps, P. (1999). La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución. *Cuadernos de Derecho Público*, p. 7.

- Picó Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Editorial José María Bosch.
- Picó Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del Proceso*. Barcelona: Editorial José María Bosch.
- Picó Junoy, J. (1998). *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*. Revista del Poder Judicial, (51), pp. 294-295.
- Picó Junoy, J. (1998). *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*. Justicia: Revista de derecho procesal, (3-4), pp. 629- 640.
- Picó Junoy, J. (2000). Los principios del nuevo proceso civil, en las instituciones del nuevo proceso civil. *Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Vol. I*. Barcelona: Difusión Jurídica.
- Picó Junoy, J. (2001). *La prueba pericial en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosh.
- Picó Junoy, J. (2001). Los principios del nuevo proceso civil. *Instituciones del nuevo proceso civil, Vol. I*. Barcelona: Dijusa.
- Picó Junoy, J. (2012) *Las garantías constitucionales del proceso* (2ª ed.), Barcelona.
- Pichardo, R. L. (1994). El recurso constitucional de casación. *Estudios Jurídicos. Volumen IV, Número 1*. Santo Domingo: Editora Corripio.
- Pimentel, M. (2014). ¿Otra cultura en la gestión de conflictos? *Mediación es Justicia. El impacto de la ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*. Huygens.
- Pulido Quecedo, M. (1996). *La Constitución española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi.
- Ramos Méndez, F. (1983). *La influencia de la Constitución en el derecho procesal civil*. Justicia: Revista de derecho procesal, núm. 1.
- Ramos Méndez, F. (2003). *El procés civil del segle XXI*. Seminari. Reculld'aportacions del sponents, Documenta. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya.

- Requejo Rodríguez, P. (2014). *Jurisprudencia, cuestión de inconstitucionalidad e independencia judicial*. Revista Aranzadi Doctrinal, p. 9.
- Ribas Maura, A. (1991). *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid-Palma de Mallorca.
- Ripol Carulla, S. (2005). La aplicación del juez nacional del derecho comunitario: La cuestión prejudicial. *La constitucionalidad del proceso civil*. República Dominicana: ENJ.
- Ripol Carulla, S., Ugartemendía, J. (2017). *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales Un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP).
- Rizzoto, G. (1996, octubre). *El recurso de casación: un control suficiente a los fines previsto por el artículo 8.2.h*. Ponencia presentada en el XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ediciones Talleres Carybe.
- Rodríguez Aguilera, C. (1980). *El poder judicial en la Constitución*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A.
- Rodríguez Iglesias, G., Liñán Nogueras, J. (1993). *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid: Civitas.
- Rodríguez-Piñero, M., Bravo-Ferrer, F. (2014). *Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Diario La Ley 8905/2014.
- Romero Rey, C. (2000). *El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el proceso civil. Jurisprudencia constitucional (1997-2000)*. Revista General de Derecho, núm. 673-674, pp. 12811-12828.
- Rubio Llorente, F. (1979). La Constitución como fuente del derecho. *La Constitución española y las fuentes del derecho, Vol. I*. Madrid.
- Rubio Llorente, F., Aragón Reyes, M. (1981). La jurisdicción constitucional. *La Constitución española de 1978*. Madrid.



- Rubio Llorente, F. (1982). *Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en ejercicio de la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, p. 4.
- Sala Arquer, J. (1981). Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad. *El Tribunal Constitucional*, vol. III. Madrid.
- Sánchez Carrión, J. (1996). *La vertiente constitucional del derecho a los medios de prueba*. Revista de Derecho Político, núm. 42, pp. 184-210.
- Seone Spielgelberg, J. (2002). *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*. Navarra: Aranzadi.
- Serra Domínguez, M. (1972). *Liberalización y socialización del proceso civil (las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales)*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana.
- Serra Domínguez, M. (1979) *Contribución al estudio de la prueba. Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Serra Domínguez, M. (2000). *La Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*. Barcelona: Bosch.
- Soletto, H. (2017). *La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos*. Revista de Mediación, 10 (1).
- Suares, M. (1996). *Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Revista de Mediación. Paidós Ibérica.
- Suárez Robledano, J. (2001). La cooperación de autoridades judiciales notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero. Los instrumentos comunitarios en perspectiva del programa para la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo. *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Madrid: CGPJ., pp. 53-87.
- Suau Morey, J. (1995). *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*. Barcelona: Ediciones José María Bosh S.A.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè.

- Taruffo, M. (2012). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Tavares, F., hijo. (1999). *Elementos de derecho procesal civil dominicano, Volumen II* (primera reimpresión de la 8.<sup>a</sup> ed.), Santo Domingo: Editora Centenario.
- Tavares, F., hijo. (2000). *Elementos de derecho procesal civil dominicano, Volumen II* (reimpresión de la 8.<sup>a</sup> ed.), Santo Domingo: Editora Centenario.
- Tavares, F., hijo. (2002). *Elementos de derecho procesal civil dominicano. Volumen VIII* (4.<sup>a</sup> ed.). Santo Domingo: Editora Centenario.
- Tavares, M. (1995). *El recurso de apelación: principio del doble grado de jurisdicción. Su carácter. Estudios Jurídicos. Volumen V*. Santo Domingo: Editora Corripio.
- Tenorio, P. (2014). *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*. Madrid.
- Toscano, J. (2020). La cuestión de inconstitucionalidad: el control judicial de adecuación constitucional en la jurisdicción civil en el derecho español. *La constitucionalidad del proceso civil*. República Dominicana.
- Tresguerres García, A. (2019). *La tutela de la justicia civil europea*, en S. RIPOL CARULLA (Coord.). *Jornadas sobre Derecho, Migración y Empresa*. Madrid & Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons/Colegio Notarial de Cataluña.
- Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Valera, M. A. (2000). *Interpretación de la Constitución y la Suprema Corte de Justicia*. Estudios Jurídicos, 9 (13). Santo Domingo: Ediciones Capeldom.
- Vallespín, D. (2002). *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Ediciones Atelier.
- Van Dijk, P., Van Hoof, G. (1998). *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. La Haya: KluwerLaw.

- Vargas Silva, L. (2012). *Una mirada constitucional al proceso civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Venegas Grau, M. (2000). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*. Ponencia presentada en el Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III. Núm. 7.
- Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. (tesis doctoral). Madrid: Marcial Pons.
- Viehweg, T. (2016). *Tópica y jurisprudencia* (Traducción de Luis Diez Picazo Versión del original alemán “TopikUnd Jurisprudenz”, C.H. Becksche Verlagsbuchlandlung, Munich,1963. Reimpresión de la segunda edición española, 2007). España: Thomson Civitas.
- Viver Pi-Sunyer, C. (1999). *El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Cuadernos de Derecho Público, p. 7.
- Whatling, T. (2013). *Habilidades y estrategias*. Revista de la Mediación. Madrid: Ediciones Narcea.

## WEBGRAFÍA

- Almacén El Derecho (2015). *La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ*. [en línea]. Disponible en [www.almacenederecho.org](http://www.almacenederecho.org).
- Ministerio de Justicia (2020). [base de datos]. España: Secretaría de Estado de Justicia. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/cooperacion-juridica/auxilio-judicial-internacional>
- Garcimartín Alférez, F. (2015) *La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ*. [en línea]. Disponible en <https://almacenederecho.org>

HCCH (1951-2020). *Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado*. Disponible en <https://www.hcch.net/es/home>

López González, J. *Apelación diferida*. [en línea]. Costa Rica: Instituto Costarricense de Derecho. Disponible en <http://institutocdp.org/images/documentos/apelacionDiferidaJLopez.pdf>

OEA (2020). [en línea]. *Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*. Disponible en <http://www.oas.org/es/sla/ddi>

## **NORMATIVA**

### **Leyes, resoluciones, sentencias y otros**

Colombia. (10 de noviembre de 2009). [Leyes]. Corte Constitucional. Sentencia Núm. C-801/09.

República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 940-941. Santo Domingo: Editora El Caribe.

República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 1017. Santo Domingo: Editora Amigos del Hogar.

República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 1053. Santo Domingo: Editora Centenario.

República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 1059. Santo Domingo: Editora Centenario.

República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 1065. Santo Domingo: Editora Centenario.

República Dominicana. (4 de abril de 1874). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo.

República Dominicana. (12 de abril de 1875). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo.

República Dominicana. (24 de noviembre de 1881). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo.

República Dominicana. (10 de mayo de 1877). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo.

República Dominicana. (17 de noviembre de 1887). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo.

República Dominicana. (20 de junio de 1896). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo.

República Dominicana. (17 de junio de 1907). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 1821. Santo Domingo.

República Dominicana. (22 de febrero de 1908). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 1876. Santo Domingo.

República Dominicana. (4 de abril de 1934). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 4667.

República Dominicana. (12 de diciembre de 1966). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 9614. Santo Domingo.

República Dominicana. (14 de agosto de 1994). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 9890. Santo Domingo.

República Dominicana (7 de abril de 1884). [Leyes]. Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana.

República Dominicana. (17 de abril de 1884). [Leyes]. Código Civil de la República Dominicana.

República Dominicana. (1996).[Leyes]. Código de Procedimiento Civil. Santo Domingo: Editora Palma, S.A.

República Dominicana. (25 de julio de 2002). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 10240. Santo Domingo.

- República Dominicana. (1999). Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo: Editora Buho.
- República Dominicana. (26 de enero de 2010). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 10561. Santo Domingo.
- República Dominicana. (13 de junio de 2015). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Gaceta Oficial. Núm. 13805. Santo Domingo.
- República Dominicana. (29 de mayo de 1992). *Ley Núm. 16-92 que aprueba el Código de Trabajo dominicano*. Gaceta Oficial Núm. 9836.
- República Dominicana. (8 de mayo de 2000). *Ley Núm. 20-00 sobre Propiedad Industrial*. Gaceta Oficial Núm. 10044.
- República Dominicana. (23 de marzo de 2005). *Ley Núm. 108-05 de Registro Inmobiliario*. Gaceta Oficial Núm. 10316.
- República Dominicana. (21 de mayo de 2008). *Ley Núm. 65-00 sobre Derecho de Autor*. Gaceta Oficial Núm. 10056.
- República Dominicana. (11 de diciembre de 2008). *Ley Núm. 479-08 sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*. Gaceta Oficial Núm. 10497.
- República Dominicana. (19 de diciembre de 2008) *Ley Núm. 489-08 sobre Arbitraje Comercial*. Gaceta Oficial Núm. 10502.
- República Dominicana. (13 de junio de 2011). *Ley Núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales*. Gaceta Oficial Núm. 10622 (15 de junio de 2011).
- República Dominicana. (5 de diciembre de 2014). *Ley Núm. 544-14 sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana*. Gaceta Oficial Núm. 10787 (18 de diciembre de 2014).
- República Dominicana (1944). *Reformas constitucionales 1844-1942. Edición oficial*. Santiago, República Dominicana: Editorial El Diario.
- República Dominicana (1947). *Reforma constitucional de 1947*. G. O. 1065569, año LXVII, Santo Domingo: J. R. Vda. García, Sucesores.

- República Dominicana (1955). *Reforma constitucional de 1955*. G. O. Núm. 7918, año LXXVI, Santo Domingo: J. R. Vda. García, Sucesores.
- Suprema Corte de Justicia. (1918). República Dominicana. Sentencia del 9 de diciembre del 1918. Boletín Judicial N.º 101, Año 9, p.1
- Suprema Corte de Justicia. (1946). República Dominicana. Sentencia del 21 de diciembre del 1946. Boletín Judicial, N.º 401, Año 35, pp. 1145-65.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (6 de septiembre de 1991). República Dominicana.
- Suprema Corte de Justicia. (1997). República Dominicana. Sentencia del 26 de noviembre del 1997. Boletín Judicial N.º 1044, Año 88, pp. 307-308.
- Suprema Corte de Justicia. Pleno. (24 de febrero de 1999). República Dominicana. Resolución Núm. 1920-2003.
- Suprema Corte de Justicia. (1999). República Dominicana. Sentencia del 18 de agosto del 1999, N.º 17, Boletín Judicial N.º 1065, Año 90, Volumen II, pp. 586-587.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (6 de septiembre de 2000). República Dominicana. Sentencia Núm. 2.
- Suprema Corte de Justicia. Tercera Sala. (20 de junio de 2001). República Dominicana. *Sentencia Núm. 3.*
- Suprema Corte de Justicia. (2003). República Dominicana. Resolución N.º 1920-2003.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (2005). República Dominicana. *Sentencia núm. 43.* Boletín Judicial Núm. 1137.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (30 de noviembre de 2011). República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 1212.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (22 de febrero de 2012). República Dominicana. *Sentencia Núm. 22.* Boletín Judicial Núm. 1215.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (9 de abril de 2014). República Dominicana. Boletín Judicial Núm. 1241.

Suprema Corte de Justicia. (29 de octubre de 2014). República Dominicana. Sentencia Núm. 1145. Boletín Judicial Núm. 1247.

Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (14 de diciembre de 2016). República Dominicana. *Sentencia Núm. 1363*.

Suprema Corte de Justicia. Tercera Sala. (15 de marzo de 2017). República Dominicana. *Sentencia Núm. 150*.

Suprema Corte de Justicia. (27 de septiembre de 2017). República Dominicana. Sentencia Núm. 1768.

Tribunal Constitucional. (2013). República Dominicana. Sentencia Núm. TC/0034/2013 de fecha 15 de marzo de 2013.

Tribunal Constitucional. (2014). República Dominicana. Sentencia núm. TC/0256/14 de fecha 4 de noviembre de 2014.

Tribunal Constitucional. (2015). República Dominicana. Sentencia Núm. TC 0420/15.

Tribunal Constitucional. (2018). República Dominicana. Sentencia Núm. TC/0292/2018.

STCE 48/1984.

SSTCE 73/85, 14 de junio; 84/87, 29 de mayo; 198/87, 14 de diciembre; 114/88, 10 de junio; 29/90, 26 de febrero; 52/91, 11 de marzo, entre otras.

STCE 48/1986.

STCE 245/88, 19 de diciembre.

STCE 7/2003.

### **Tratados internacionales**

HCCH (1961). *Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjero (Convenio sobre Apostilla)*. Novena



Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y también Islandia, Irlanda, Liechtenstein y Turquía. La Haya, Holanda.

HCCH (2005). *Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro*. La Haya, Holanda.

ONU (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. San Francisco, Estados Unidos de América.

ONU (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. San Francisco, Estados Unidos de América.

OEA (1958). *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York, Estados Unidos de América.

ONU (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Viena.

OEA (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

OEA (1975). *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado. Panamá.

OEA (1979). *Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado*. Montevideo, Paraguay.

OEA (1979). *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)*. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Montevideo, Uruguay.

OEA (1989). *Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo (Convención de Montevideo)*. Montevideo, Uruguay.





ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPUBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

Esta obra está disponible —en formato digital y de manera gratuita— en la Biblioteca Virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura ([biblioteca.enj.org](http://biblioteca.enj.org)), como parte del legado de esta plataforma concebida para la búsqueda bibliográfica en línea tanto de jurisprudencia y normativa legal dominicana, como de doctrina y otros insumos de interés judicial.

Si desea recibir información periódica sobre las novedades de la Escuela Nacional de la Judicatura, escríbanos a: [biblioteca@enj.org](mailto:biblioteca@enj.org)



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA  
REPUBLICA DOMINICANA  
PODER JUDICIAL

Obra disponible en la Biblioteca Virtual  
de la Escuela Nacional de la Judicatura.  
Utilice este código para acceder



ISBN: 978-9945-425-61-1



9 789945 425611