



Romina Figoli Medina
Asociada de Headrick Rizik Álvarez
& Fernández.

« DERECHO PROCESAL CIVIL »

Medidas de instrucción *in futurum* y el juez de los referimientos: una herramienta de extrema utilidad poco utilizada

RESUMEN: Ante el peligro de desaparición de una prueba o en el supuesto de que resulte necesario clarificar ciertos hechos previo a iniciar un litigio, el legislador francés ha establecido las denominadas medidas de instrucción *in futurum*, las cuales son solicitadas a través del referimiento preventivo o probatorio, figura que a pesar de no estar establecida expresamente en la legislación dominicana, ha sido reconocida por la jurisprudencia local. En el presente trabajo se analiza la importancia de esta figura en el proceso civil, los casos en los cuales es posible utilizarla, sus condiciones y, finalmente, la incidencia de este tipo de medidas sobre el juez posteriormente apoderado del fondo de la contestación.

PALABRAS CLAVES: Referimiento preventivo, medidas de instrucción, pruebas, motivo legítimo, litigio eventual, anticipación de la prueba, legalidad, derecho a la prueba, tutela judicial probatoria, prescripción.

Desde sus orígenes, la figura del referimiento ha experimentado gran desarrollo, llegando a convertirse actualmente en uno de los procedimientos más utilizados en la práctica judicial dominicana. Así, existen varias clases de referimiento, no todos sujetos a las mismas condiciones o caracterizados por las mismas cualidades.

A pesar de que la legislación dominicana no hace una clasificación expresa de los tipos de referimiento, la jurisprudencia local describió varios de ellos en la conocida Sentencia de fecha 17 de abril del año 2002, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la cual establece lo siguiente:

El referimiento, desde su origen en el país de su creación, se caracteriza por la rapidez de su procedimiento y la provisionalidad de sus decisiones, conociéndose, según la terminología utilizada por la práctica, las variedades siguientes: le *référé classique* en cas d'urgence (el referimiento clásico en caso de urgen-

cia), le *référé de remise en état* (el referimiento para prescribir medidas conservatorias para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita), le *référé préventif* (el referimiento preventivo, mediante el cual puede autorizarse la conservación de una prueba, antes de todo proceso), le *référé provision* (el referimiento para acordar una provisión al acreedor) y le *référé injonction* (el referimiento para ordenar la ejecución de las obligaciones de hacer).¹

La mayoría de los tipos de referimiento indicados por nuestra Corte de Casación en la precitada sentencia son conocidos por los actores del sistema judicial dominicano. Sin embargo, el *référé préventif* (referimiento preventivo), objeto del presente trabajo, es una figura poco utilizada, cuya importancia procesal resulta en muchos casos desconocida.

Según establecen los autores Serge Guinchard y Cécile Chaignais, el referimiento preventivo es un procedimiento destinado a

¹ SCJ, 1.ª Cám., 17 de abril de 2002, núm. 13, B. J. 1097, p. 193. Subrayado de la autora.



conservar o establecer la prueba antes de todo proceso, cuando existiere un motivo legítimo para ello².

En efecto, en ciertos casos pudiera resultar que el demandante no esté en condiciones de aportar la prueba en el momento procesal oportuno. ¿Por qué motivo? Puede que dicha prueba se encuentre en peligro de desaparecer, o quizás, sencillamente sea preciso clarificar los hechos sobre los cuales se basaría su eventual demanda, previo a embarcarse en un litigio tortuoso y difícil de resolver.

Es por lo anterior que el legislador francés en una reforma del año 1973, estableció en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil Francés las “medidas de instrucción *in futurum*”, las cuales pueden ser solicitadas vía referimiento o a requerimiento, con el fin de permitir la preservación de la prueba antes de la existencia de un litigio.

Desde la perspectiva del derecho probatorio, podríamos señalar que las medidas de instrucción *in futurum* encuentran su fun-

damento en el debido proceso y la tutela judicial efectiva, pues el derecho a la prueba constituye un derecho de rango constitucional que debe asistir a toda parte en justicia. En tal sentido, si bien existe una etapa procesal determinada en la cual las partes en un litigio tienen la oportunidad de presentar sus pruebas, la mencionada tutela judicial efectiva y probatoria implica, entre otras cosas, que ese derecho a la prueba no debe limitarse exclusivamente al momento procesal en el cual el legislador permite su producción dentro de un proceso judicial ya iniciado.

La afirmación anterior resulta, a nuestro parecer, perfectamente razonable, pues todo litigio requiere necesariamente de la sucesión de una serie de actos, y por ende del transcurso del tiempo, por lo que, ante la existencia de un temor fundado de la desaparición de una prueba, mal pudiera cercenarse este derecho a aquella parte que ha acudido ante un juez para preservarla antes de la iniciación del litigio.

En la República Dominicana no contamos, por el momento³,

² CHAINAIS, Cécile, et al. *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*: Paris, Dalloz, 2010, p. 1374.

con un texto que expresamente establezca el referimiento probatorio y sus condiciones. Sin embargo, entendemos que esto no es óbice para su utilización dentro del marco de los artículos 109 y 110 de la Ley 834 de 1978, textos que han servido de base para la mayoría de los apoderamientos del juez de los referimientos.

Corroborando lo anterior, en nuestro país existen casos en los que se ha utilizado esta figura y su existencia ha sido reconocida no solo por la Suprema Corte de Justicia sino también por tribunales de rango inferior. A modo de ejemplo, nos permitimos citar una decisión de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación de Santo Domingo, veamos:

El artículo 145 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés le permite al juez, si existe un motivo legítimo, ordenar la prueba de los hechos de los cuales podrá depender la solución de un litigio ulterior. Se trata de las llamadas medidas de instrucción "in futurum" que constituyen una verdadera extensión del ámbito del referimiento en la legislación moderna⁴.

Conviene indicar que a través del referimiento probatorio es posible procurar la celebración de cualquier medida de instrucción fuera de instancia, es decir, un informativo testimonial, una comparecencia personal de las partes, un peritaje, una inspección de lugares o una comunicación de piezas.

Ahora bien, al referirnos a la comunicación de piezas es importante no confundir el referimiento probatorio que analizamos en el presente trabajo con el "referimiento en producción forzosa de documentos", o "en entrega de documentos", los cuales son comúnmente utilizados en los tribunales locales.

La diferencia radica en que el referimiento preventivo o probatorio requiere, necesariamente, la existencia de un litigio potencial e inminente cuya solución podría depender de la medida de instrucción solicitada a futuro. Mientras el referimiento en producción forzosa de documentos o en entrega de documentos puede tener dos lecturas, ninguna de ellas relacionada con la anticipación de la prueba, veamos:

- 1) La primera se trata del referimiento tradicional utilizado para prescribir medidas conservatorias, cuya finalidad es simple: que una de las partes produzca un documento que está en su poder, pues su no producción —según el demandante— es susceptible de causar un daño inminente o está causando una turbación manifiestamente ilícita.
- 2) La segunda ocurre cuando se trata de un verdadero *réfère injonction*, mediante el cual la parte demandante busca única y exclusivamente que se le entregue un documento para hacer cumplir una obligación previamente pactada, por ejemplo: el nuevo

propietario de un inmueble requiere al vendedor, a través del referimiento, la entrega del título de propiedad.

I. CONDICIONES

La doctrina y la jurisprudencia francesa han establecido las condiciones para la procedencia del referimiento probatorio. Ahora bien, previo a referirnos a las condiciones es importante resaltar que estas no se encuentran subordinadas a la justificación de urgencia o a la ausencia de contestación seria, es decir, a los requisitos tradicionalmente exigidos para la intervención del juez de los referimientos.

Tal y como ha sido establecido reiteradamente por distintos autores, y sin ánimos de adentrarnos en toda una discusión sobre la urgencia, es importante señalar que existen ciertas clases de referimientos que no requieren justificación de urgencia, ya que por su naturaleza misma dicha urgencia se encuentra sobreentendida o subyacente; este es el caso del referimiento preventivo que analizamos.

Por su parte, en cuanto a la ausencia de contestación seria, en el referimiento preventivo ocurre una situación muy particular, pues parecería que, contrario a los demás, en este sí se requiere que el demandante esboce, al menos someramente, la seriedad de la contestación aún no iniciada, a fin de justificar la existencia de un motivo legítimo, conforme veremos a continuación.

a) El motivo legítimo

La existencia de un motivo legítimo está íntimamente ligada al litigio eventual. El demandante debe establecer que existen razones suficientes para pensar que un litigio podrá nacer, es decir, como expresa el doctrinario Pierre Estoup: "la demanda debe expresar, o al menos dejar entrever la pretensión que será eventualmente sometida al juez del fondo"⁵.

Es importante indicar que el referimiento probatorio fue prácticamente reformado por tres decisiones de las Cámaras Reunidas de la Corte de Casación francesa del año 1982⁶, las cuales, entre otras cosas, consagraron la autonomía de esta figura e hicieron más flexibles las condiciones para su validez.

Debido a la mencionada flexibilización, las medidas de instrucción *in futurum* ya no están exclusivamente reservadas a aquellos elementos de prueba en peligro de desaparecer, pues tal y como afirma el Profesor Guinchard:

Se ha producido un cambio en la utilización de este procedimiento, la idea clásica de recabar pruebas en peligro de desaparecer, ha dado paso a otra concepción más moderna: la búsqueda de la oportunidad de iniciar un proceso⁷.

³ El Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil en su artículo 330 hace una traducción prácticamente exacta del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil Francés, y a pesar de que suprime ciertas disposiciones de considerable relevancia, establece expresamente la posibilidad de solicitar medidas de instrucción *in futurum*.

⁴ Corte de Apelación de Santo Domingo, 10 de enero de 2001, núm. 2, B. J. núm. 1, p. 29.

⁵ ESTOUP, Pierre. *La pratique des procédures rapides*: Litec, París, 1990, p. 80.

⁶ Cas. Cámaras Reunidas, 7 de mayo de 1982, sentencias números 79-11.814, 79-11.974 y 79-12.006, 3 esp. Bull. Ch. Mixte, núm. 2.



b) Legalidad de las medidas solicitadas

La segunda condición es simple: la medida de instrucción debe ser legalmente admisible. Esto significa que el juez de los referimientos, antes de emitir su decisión, debe verificar que la medida solicitada no colide con reglas del derecho probatorio.

Así las cosas, el juez de los referimientos apoderado de una solicitud de este tipo no puede ordenar medidas de instrucción que no estén establecidas legal o jurisprudencialmente, ni que contravengan normas y principios legales y procesales. A modo de ejemplo, el autor Roger Perrot señala la imposibilidad de ordenar medidas tendentes a la producción de documentos protegidos por el secreto profesional⁹, o que atenten contra la dignidad humana o el derecho a la intimidad.

c) La inexistencia de un proceso principal en curso

Las medidas de instrucción *in futurum*, como su propio nombre lo indica, deben ser ordenadas previo a una eventual demanda que aún no se ha lanzado, pues si bien el litigio debe ser determinable, si este ya se ha iniciado, es a la jurisdicción de fondo que le corresponderá ordenar las medidas de instrucción necesarias para dirimir la controversia.

En ese orden, cabe preguntarse ¿qué ocurre cuando existe una cláusula arbitral? La doctrina del país de origen de nuestra legislación ha precisado que siempre y cuando el árbitro aún no se encuentre apoderado del diferendo, es decir, cuando no existe un proceso en curso, es perfectamente posible acudir al juez de los referimientos para solicitar medidas de instrucción tendentes a la conservación de las pruebas¹⁰.

II. INCIDENCIA SOBRE LA ACCIÓN PRINCIPAL

Luego de reunidas las condiciones *ut supra* indicadas y ordenada la medida por el Juez de los referimientos, surge la interrogante de cuáles son los efectos que tendrá dicha acción preventiva sobre el proceso principal posteriormente promovido. Por ejemplo, ¿es el referimiento preventivo capaz de interrumpir la prescripción para el ejercicio de la acción principal?

A fin de dar respuesta a esta interrogante, debemos recordar que conforme lo dispuesto por el artículo 2244 del Código Civil, la prescripción solo se interrumpe por una citación judicial, un mandamiento o un embargo, notificado a aquel cuya prescripción se quiere impedir. En principio se pudiese afirmar que estas causales son *numerus clausus*, y, por ende, la citación en referimiento, al ser una instancia distinta, no sería suficiente para interrumpir el plazo de prescripción de la acción principal.

Empero, la afirmación anterior no debe considerarse como una patente de corso para emprender una especie de “cacería” para iniciar una demanda, es decir, de procurar medidas de instrucción futurísticas con el único objetivo de verificar si surge o no alguna prueba que pueda dar pie a un litigio. En estos casos la Corte de Casación francesa ha sido clara al establecer que únicamente se puede recurrir a este procedimiento para apreciar mejor las posibilidades de éxito de un proceso que se tiene previsto comenzar, pero siempre debe existir un diferendo pasible de suponer un potencial litigio⁸.

Es decir, no se trata de suplir las carencias probatorias de una de las partes, sino de aclarar la situación previo a la posible interposición de una demanda, lo cual puede tener dos efectos, ambos positivos: 1) que el demandante decida —sobre la base del resultado de la medida ordenada— no incoar la demanda, por entenderlo innecesario o por haber comprobado que no tiene posibilidades éxito; o 2) que el demandante decida iniciar el litigio, llevando al juez del fondo un diferendo mucho más claro y simple de resolver.

En fin, la posibilidad de un proceso ulterior tiene un vínculo evidente con el motivo legítimo, el demandante de la medida de instrucción *in futurum* debe tener la posibilidad de ejercer posteriormente la acción principal por la cual solicita la prueba a futuro. De no ser así, el motivo es ilegítimo. Es suficiente con constatar que ese futuro litigio es posible, que hay un objeto y un fundamento suficientemente determinados y que su solución puede depender de la medida de instrucción solicitada.

7 GUINCHARD, Serge. *Droit et pratique de la procédure civile*: Paris, Dalloz, 2010, p. 49. El subrayado es de la autora.
 8 Cas. Civ, 3e, 16 de abril de 2008, No. 07-15.486.
 9 PERROT, Roger y Henry Solus. *Droit Judiciaire Privé*. Tomo 3, *Procédure en Première Instance*: Paris, Editions Sirey, 1991, p. 669
 10 ROBERT, Jean. *L'Arbitrage: Droit interne, droit international privé*, 5.a ed.: Paris, 1983, p. 104.

Sin embargo, conviene advertir que la prescripción establecida en dicho texto legal sanciona el desinterés y la inactividad de una de las partes. Así, pues, debemos recordar que el referimiento preventivo tiene una naturaleza distinta a los demás, pues se trata de un mecanismo legal cuyo objetivo es poner al juez del fondo en condiciones de estatuir.

Ante tales circunstancias, a nuestro modo de ver, el demandante de una medida de instrucción *in futurum* ha promovido una acción que, si bien es de naturaleza preventiva, es capaz de vencer la inercia con respecto a la acción principal, que es sancionada por el legislador mediante la prescripción extintiva. En consecuencia, somos de opinión que la citación en referimiento, y particularmente la relativa a un referimiento preventivo, es capaz de interrumpir la prescripción de la acción principal.

Sobre el particular antes señalado, el doctrinario francés Pierre Hébraud indica lo siguiente:

El hecho de formalizar un litigio es el resultado de un proceso en el que la contestación se va formando gradualmente. Así pues, se debe dar cabida a todas las diferentes etapas que marcan la introducción de una acción en justicia como causales de interrupción de la prescripción, particularmente al referimiento preventivo, el cual juega un rol preparatorio y anunciador de la controversia¹¹.

Por otro lado, ¿qué ocurre luego de iniciado el proceso principal?, ¿el debate empieza desde cero?, ¿están atadas las partes a los medios invocados ante el juez de los referimientos?

La profesora Isabelle Despres aclara que la instancia preventiva es totalmente distinta a la principal, el juez provisional no tiene como función referirse al fondo de la controversia, por lo que las partes no están obligadas a discutir ante él, y en ese momento procesal, todos los argumentos de los que disponen¹²; en otras palabras: la flexibilidad de las partes ante el manejo del objeto del litigio principal permanece intacta.

Lo mismo ocurre desde la perspectiva del juez de fondo, cuya decisión no está vinculada ni atada a lo ya establecido por el juez de lo provisorio. Al igual que sucede en las medidas de instrucción ordenadas en curso de instancia, el juez tiene el poder de apreciar soberanamente los resultados de las medidas de instrucción *in futurum*. Más aun, en caso de que el juez de fondo no se sienta convencido con el resultado del referimiento preventivo, puede, a solicitud de parte o de oficio, ordenar la nueva celebración de la medida de instrucción.

III. CONCLUSIONES

La acción preventiva de la prueba tiene como objetivo resolver la incertidumbre fáctica en la que se pudieran encontrar las partes

ante ciertas circunstancias que requieren un remedio sin demora. Así, la solución precisamente adecuada para este tipo de situaciones consiste en conceder, a título principal, una medida de instrucción a través del juez de los referimientos.

En nuestro país, el referimiento preventivo o probatorio ha sido prácticamente ignorado por los litigantes dominicanos, pues, salvo contadas excepciones, no es comúnmente utilizado. Ahora bien, a fin de que la figura que analizamos alcance en nuestro país su objetivo depurador y cautelar, tal y como ha ocurrido en Francia, somos de opinión que su implementación requerirá de una mentalidad despojada de dogmas jurídicos antiguos, que no son capaces de concebir escenarios distintos a los apoderamientos tradicionales del juez de los referimientos y menos aún la posibilidad de anticipación de pruebas.

En definitiva, el referimiento preventivo y las medidas de instrucción *in futurum* constituyen elementos de seguridad jurídica para los actores del proceso, garantizan el derecho a la prueba y a la tutela judicial probatoria, tienden a aclarar la extensión de los derechos de las partes, lo cual tiene como consecuencia que estas apoderen al juez del fondo en el momento ideal, sometiendo un litigio más claro y conciso, cuya resolución resultará mucho más sencilla.

BIBLIOGRAFÍA

- Cas. Cámaras Reunidas, 7 de mayo de 1982, Sentencias Nos. 79-11.814, 79-11.974 y 79-12.006, 3 esp. Bull. Ch. Mixte, No. 2.
- Cas. Civ, 3e, 16 de abril de 2008, No. 07-15.486.
- Corte de Apelación de Santo Domingo, 10 de enero de 2001, núm. 2, B. J. núm. 1.
- CHAINAIS, Cécile, *et al. Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*: Paris, Dalloz, 2010.
- DESPRES, Isabelle. *Les mesures d'instruction in futurum*: Paris, Dalloz, 2004.
- ESTOUP, Pierre. *La pratique des procédures rapides*: Paris, Litec, 1990.
- GUINCHARD, Serge. *Droit et pratique de la procédure civile*: Paris, Dalloz, 2010.
- HÉBRAUD, Pierre, obs. a la RTD Civ. 1970.
- HÉRON, Jaques y Thierry Le Bars. *Droit judiciaire privé*, 4.ª ed.: Paris, Lextenso éditions, 2010.
- PERROT, Roger y Henry Solus. *Droit Judiciaire Privé. Tomo 3, Procédure en Première Instance*: Paris, Editions Sirey, 1991.
- ROBERT, Jean. *L'Arbitrage: Droit interne, droit international privé*, 5.ª ed.: Paris, 1983.
- SCJ, 1.ª Cám., 17 de abril de 2002, núm. 13, B. J. 1097.
- VINCENT, Jean y Serge Guinchard. *Procédure civile*: Paris, Dalloz, 2001.

11 HÉBRAUD, Pierre, obs. a la RTD Civ. 1970, p. 398.

12 DESPRES, Isabelle. *Les mesures d'instruction in futurum*: Paris, Dalloz, 2004, p. 584.